

ACA-T-2422



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN



TUTELA JURIDICO PENAL SOBRE POSESION Y TRAFICO DE MONUMENTOS ARQUEOLOGICOS

8256879-5



T E S I S QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: CARLOS ALBERTO RIVAS REYES

M-0093711

Acatlán, Méx.

1989



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

D e d i c a t o r i a

A MIS PADRES

OSCAR VICENTE y DULCE MARIA

Por la comprensión y estímulo permanentes que, con amor sincero, se sirvieron brindarme durante mi trayectoria como estudiante;

A MI MAESTRO

LIC. MANUEL SUAREZ MUÑOZ

A quien por el infinito e incondicional apoyo dispensados en mi formación profesional, quedará eternamente agradecido;

A MI TIO

DR. JORGE REYES TAYABAS

Por ser quien me indujera sabiamente por el sendero de esta -
profesión, que desde ahora me ha deparado inmensas satisfacciones;
y

A MI NOVIA

XENIA

Por ser tan tolerante en mis constantes traslados a la biblio -
teca.

I N D I C E

CAPITULOS:		PAGS.
<u>Primero.</u>	INTRODUCCION	1-9
<u>Segundo.</u>	CONCEPTO DE MONUMENTO ARQUEOLOGICO Y SU NATURALEZA JURIDICA	10-41
Inciso a).	Definición de Monumento Arqueológico a través de los diversos ordenamientos legales que en nuestro país han regulado su protección.	10-16
Inciso b).	Naturaleza jurídica de un monumento arqueológico plasmada en la Ley General de Bienes Nacionales, en relación con la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas.	16-28
Inciso c).	Los monumentos arqueológicos como componentes del acervo cultural de la Nación.	28-41
<u>Tercero.</u>	SEMBLANZA HISTORICA DE LAS MEDIDAS Y DISPOSICIONES LEGALES DICTADAS - SOBRE PROTECCION DE MONUMENTOS ARQUEOLOGICOS EN NUESTRO PAIS.	42-62
Inciso a).	Epoca colonial.	42-45
Inciso b).	Epoca independiente	45-53
Inciso c).	Epoca contemporánea.	53-62
<u>Cuarto.</u>	MEDIDAS CONCERTADAS POR MEXICO EN EL CONCIERTO INTERNACIONAL PARA - PRESERVAR LA SEGURIDAD DE SUS MONUMENTOS ARQUEOLOGICOS.	63-98
Inciso a).	Definición y elementos de un tratado internacional.	64-67
Inciso b).	Principios que rigen la conclusión de los tratados internacionales.	67-69
Inciso c).	Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales aprobada el 17-XI-70	70-80

	PAGS.	
Inciso d).	Conclusión de tratados internacionales bilaterales de México con otros países.	80-98
<u>Quinto.</u>	LA POSESION LICITA DE MONUMENTOS ARQUEOLOGICOS POR PARTE DE PARTICULARES	99-114
Inciso a).	La importancia de considerar las similitudes y diferencias entre los conceptos de concesión, autorización, licencia y permiso en función de la tenencia de monumentos arqueológicos muebles.	99-108
Inciso b).	La concesión de uso en materia - arqueológica.	108-114
<u>Sexto.</u>	LA CONFIGURACION DE FIGURAS DELICTIVAS EN TORNO A LA POSESION Y TRAFICO DE MONUMENTOS ARQUEOLOGICOS.	115-188
Inciso a).	Principio de especialidad de la ley en el derecho penal.	115-121
Inciso b).	Concepto de delito y sus elementos.	121-149
Inciso c).	Transmisión ilícita de la propiedad de monumentos arqueológicos.	149-159
Inciso d).	Comentario critico a los delitos tipificados en la Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, en materia de monumentos arqueológicos muebles e inmuebles.	160-188
<u>Séptimo.</u>	LA TENTATIVA EN MATERIA DE DELITOS ARQUEOLOGICOS.	189-204
Inciso a).	Naturaleza jurídica de la tentativa.	189-197
Inciso b).	Punibilidad de la tentativa.	197-202
Inciso c).	La necesidad de regular esta figura jurídica en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.	202-204
CONCLUSIONES:		205-209
BIBLIOGRAFIA:		210-211
LEGISLACION:		212.

da artística o no, es de un valor incalculable como documento o -- fuente primaria de información sobre la vida de las culturas autóctonas que poblaron nuestro país antes de la conquista española. - Así pues, partiendo de esta premisa, resultan sumamente valiosas - ciertas piezas de cerámica, terracotas y esculturas menores prehispánicas que, aunque desde el punto de vista estético no se les -- atribuya un gran mérito, esto no mengua su valor intrínseco y más aún si pensamos que en realidad las esculturas menores, terracotas y piezas de cerámica utilitaria junto con la tradición oral transmitida de generación en generación, son la principal fuente de conocimiento sobre el sistema de vida y costumbres del pueblo en general, del nivel de organización social que por ejemplo entre los mexicas estaba constituido por la clase social de los "macehual -- tín" (artesanos, comerciantes, campesinos, etc.) ya que se ha considerado que otras manifestaciones plásticas tales como la escultura monumental o en relieve, la cerámica ritual o la pintura y aún la arquitectura, plasman fundamentalmente la vida de la clase rectora (gobernantes), sacerdotes y guerreros que en términos de la - cultura mexicana vendrían a conformar la clase social de los "pipiltín".

Por otro lado, nos encontramos con las culturas, figurillas y piezas de cerámica ritual policromas que descuellan por - su realismo y perfección en sus rasgos, lo que las hace acreedoras de un alto valor ya no sólo intrínseco sino estético; pero también nos encontramos con esculturas como la celeberrima "Coatlicue" que se exhibe en el Museo Nacional de Antropología, y que a primera - vista pudiera resultar incomprensible y tal vez hasta monstruosa; - pero sucede que si uno se compenetra en serio en el pensamiento - filosófico-religioso de las culturas mesoamericanas en particu -- lar, encontrará que la mencionada "Coatlicue" resulta ser una cul -- tura monumental, en la que queda plasmada plásticamente la esen -- cia del pensamiento filosófico-religioso del pueblo mexicana, que a su vez no es más que una aglutinación en su mayor parte de las - ideas sustentadas por otras culturas mesoamericanas coetáneas a - la mexicana o que se desarrollaron siglos antes del asentamiento - de esta última en la región del altiplano central.

Así las cosas, tanto las primeras esculturas y demás manifestaciones plásticas de las que se hizo mención y que parecieron artísticas y bellas, como la que a modo de ejemplo se trató líneas arriba y que resultaba aparentemente incomprensible e inclusive para algunos antiestética, pertenecen todas a un mismo legado cultural y tuvieron el mismo carácter de creaciones culturales no meramente utilitarias, sino más bien simbólicas, poseedoras de un profundo mensaje filosófico-religioso en la mayoría de los casos.

Asimismo, séame permitido hacer mención especial de aquellos monumentos arqueológicos conocidos técnicamente como -- "estelas" y "dinteles", que vienen a ser una modalidad de la escultura en relieve, y que tuvieron como más importante centro de florecimiento el área maya. Tales monumentos son, desde el punto de vista estético, de una belleza exquisita en su mayoría - (hay que considerar que algunas han sido deterioradas por la acción inexorable del tiempo o inclusive por la incalificable destrucción de que han sido objeto por parte de personas inconscientes del altísimo valor que encierran monumentos de esa envergadura). Pero aparte del innegable valor estético que les es atribuido, constituyen un riquísimo tesoro de información para que los especialistas estén en posibilidad de darnos mayores conocimientos sobre la vida de los mayas.

Haciendo ahora referencia a la arquitectura, todo monumento arqueológico inmueble (incluyendo también aquellos en donde se integra físicamente la arquitectura con la escultura como es el caso, por ejemplo, del templo de Quetzalcóatl en Teotihuacán), es en sí una importante fuente de información sobre aspectos tales como: técnicas de construcción, que en ocasiones son de un mérito sobresaliente, como por ejemplo el arco corbelado o bóveda de piedra salediza que es un detalle arquitectónico característico de la civilización maya y tan notable desde el punto de vista técnico; los materiales empleados en la construcción de monumentos que en ocasiones llaman poderosamente la aten

ción por tratarse de materiales que no abundan en la zona escogida para erigir tal o cual monumento; y uno de los aspectos que más revuelo ha causado prácticamente desde que surgió la arqueología científica, es la orientación astronómica que se ha comprobado presentan un sinnúmero de monumentos arqueológicos que se hallan repartidos a todo lo largo y a todo lo ancho del área de Mesoamérica y en donde se asentaron culturas tan avanzadas como la olmeca, maya, zapoteca, del centro de veracruz y la mexicana por mencionar las principales exponentes en este sentido. Tanta polémica y perplejidad que en un gran número de expertos se ha suscitado en los últimos años a este respecto, a propiciado inclusive el surgimiento de una rama especializada de la arqueología denominada arqueoastronomía.

Finalmente, en lo tocante a la pintura, resalta de manera significativa la pintura mural realizada bajo la técnica tradicional del fresco y el colorido armonioso de los manuscritos prehispánicos denominados por los cronistas españoles "libros pintados" y que en la actualidad se conocen como códices, que no son otra cosa que manuscritos o pinturas contenidos en tiras de piel de venado o de papel amate que contienen una rica información sobre diversos aspectos de la vida de nuestros antepasados autoctónos.

Por cuanto a la pintura mural, es ésta una de las principales fuentes de información para conocer el proceso de diversas ceremonias rituales (frescos de teotihuacán), atavíos, el acontecimiento de hechos histórico-militares (los murales de Bonampak, de Cacaxtla, de Chichénitzá, etc.), de varias de las culturas que como la teotihuacana, maya o mexicana, en diversos ámbitos geográfico-cronológicos dieron un gran realce a la vida cultural de Mesoamérica.

Huelga hacer hincapié en el alto valor estético que al contemplar tales pinturas se vislumbra y que les concede un invaluable mérito artístico, o en el profundo valor histórico de las

mismas como vastas fuentes de información para el estudioso de la vida religiosa y militar de nuestros antepasados aborígenes.

En lo concerniente a los códices, debo aclarar que no todos son prehispánicos, pues existen algunos (la mayoría) que datan de fechas posteriores a la Conquista; sin embargo los prehispánicos son en términos generales los más sobresalientes por su antigüedad y de los más representativos por su contenido y belleza. Pues bien, me atrevo a afirmar que, después de las obras escritas realizadas por los cronistas españoles o por los cronistas de origen mexicano, constituyen la fuente principal de conocimiento sobre la vida religiosa que constituyó la piedra angular en el desenvolvimiento cultural de Mesoamérica, y en ocasiones nos brinda una vasta y precisa información sobre acontecimientos históricos o genealógicos de ciertas regiones de dicho ámbito cultural (los códices mixtecos son el ejemplo más típico). Asimismo la maestría del "tlacuilo" en la elaboración de un códice se hace ostensible en la finura del trazo y perfección en el detalle plasmado en la mayoría de los códices prehispánicos.

Es en verdad un hecho muy lamentable la extracción de códices prehispánicos del patrimonio cultural de México, país al que debieron pertenecer originariamente. Dicho fenómeno tuvo lugar principalmente en los siglos inmediatos al de la conquista española, sin que hubiere en aquella época legislación o pseudolegislación alguna que impidiera la salida de territorio novohispano de los ya mencionados documentos indígenas, y no fue sino hasta las postrimerías del siglo XIX que se dictó la primera ley que preveía el dominio del Estado mexicano sobre todos los monumentos prehispánicos hallados dentro del territorio nacional. Pero el mal ya estaba hecho. La gran mayoría de códices prehispánicos -- que se salvaron de la destrucción ordenada por autoridades religiosas de la Nueva España, actualmente se hallan repartidos en varias regiones europeas (Inglaterra, Francia, Italia, España, Alemania y Austria) bien sea que se exhiban orgullosamente en varios de sus más connotados museos, o bien permanezcan arrumbados

en las bodegas de algunas bibliotecas de aquellos países, lo cual constituye, vuelvo a enfatizar, una verdadera desgracia en nuestra vida cultural.

Los códices prehispánicos y algunos posteriores a la conquista se agrupan en cuatro clases principales de acuerdo a la cual o región de donde provengan o bien a la temática a la que se refieren, a saber:

- a).- Códices del grupo Borgia.
- b).- Códices mixtecos.
- c).- Códices mayas.
- d).- Códices de la cultura mexicana o del altiplano.

Pues bien, por citar sólo los manuscritos prehispánicos más representativos de cada grupo a juicio de los expertos, mencionaré el lugar donde se hallan los originales en la actualidad. De los pertenecientes al grupo Borgia destaca especialmente el código Borgia cuyo original se conserva en la Biblioteca Apostólica Vaticana. Es uno de los más hermosos del México antiguo, pero además de su importancia estética, posee una inestimable información sobre los dioses venerados en el México antiguo y sus atributos, y posee asimismo un rico contenido calendárico y augural ya que es al igual que el resto de los manuscritos que forman parte de este grupo, un libro de presagios compuesto principalmente de secciones relacionadas con el tonalpohualli. Al mismo grupo pertenece otro código que, si no tan connotado como el anterior, sí se ha considerado a últimas fechas como un documento importantísimo para conocer diversos aspectos relacionados con la vida y funciones de aquellos individuos a quienes en el México prehispánico se les encomendaban tareas básicas para la prosperidad de su pueblo tales como el espionaje y el comercio. Me refiero a los pochtecas y al código Fejervary-Mayer cuyo original se halla en una biblioteca pública de la ciudad de Liverpool, Inglaterra.

Como exponentes más sobresalientes del grupo de códices mixtecos tenemos el códice Nutall, cuyo original permanece desde hace muchos años en el Museo del Hombre que es parte del Museo Británico de Londres, Inglaterra. Asimismo, otro exponente significativo de este grupo es el códice Vindobonensis, cuyo manuscrito original fue enviado junto con el códice Nutall por Hernán Cortés al rey Carlos I de España. Actualmente se halla en la Real Biblioteca de Viena, llamada actualmente Biblioteca Nacional Austriaca. Como expliqué en párrafos anteriores, el contenido de los códices mixtecos es fundamentalmente histórico-genealógico y han sido de gran ayuda para conocer la vida de los mixtecos del horizonte post clásico.

Respecto a los códices mayas, que es la tercera agrupación a que hemos hecho mención, indiscutiblemente sobresale con respecto a los otros dos códices que también forman parte de este grupo, el códice Dresden, que es el más bello de los tres y el de mayor antigüedad, pero sobre todo, el que nos ha proporcionado información clave de los sorprendentemente exactos conocimientos que en materia de astronomía llegaron a poseer los mayas (predicción de eclipses, revolución sinódica y sideral de la luna, de Venus y de Marte, los movimientos de rotación y de traslación de la tierra, el período de precesión del eje terrestre, por mencionar los más notables). Lo anterior ha sido posible gracias a que se han podido interpretar una gran mayoría de los glifos astronómicos contenidos en dicho códice, si bien no ha sido posible descifrar el sistema de escritura maya. El original de este manuscrito se encuentra en la ciudad de Dresden, Alemania.

Finalmente, y en relación con los manuscritos prehispánicos que forman parte de la agrupación de códices de la cultura mexicana o del altiplano, haré especial referencia al más sobresaliente de ellos: el códice Borbónico, cuyo original se con

sidera uno de los tesoros de la Biblioteca de la Asamblea Nacional Francesa de París. Dicho códice, además de descollar por el placer estético que nos brinda, contiene una información invaluable sobre los dioses principales venerados por los mexicas, de la manera en que se les representaba con todos sus atributos y los elementos y símbolos con los cuales se asociaban. Además, en la sección de las fiestas podemos observar a las deidades veneradas en cada una de ellas, las ceremonias que se practicaban, los atavíos empleados, etc.

Oficialmente en México se halla el original de un sólo códice prehispánico: el códice colombino que pertenece a la agrupación de códices mixtecos. Es un hecho lamentable de verdad y, aunque México ha hecho esfuerzos por rescatar los innumerables manuscritos prehispánicos originales que se hallan en el exterior (para ser exactos son quince códices prehispánicos los que se hallan fuera del país), carecemos de bases legales para lograrlo por la ausencia de disposiciones legales que regularan su preservación y conservación en territorio nacional, así como la falta de algún tipo de convenio internacional celebrado con los países en donde se localizan los originales en la actualidad.

Deseo puntualizar que si he hecho hincapié en el contenido y significado de las principales obras artísticas que forman parte de la cultura material de los grupos mesoamericanos, ha sido con el único fin de exponer las razones que nos han de llevar a valorar la trascendencia de tales monumentos por el conocimiento que de la vida de dichas culturas nos proporcionan, amén de su alto valor estético.

En fin, el objeto del presente trabajo será exponer un análisis sobre los diversos ordenamientos legales que, básicamente desde el siglo pasado, se han ido dictando en nuestro -

país tendientes a proteger los monumentos arqueológicos, cuyo valor he procurado exaltar en los anteriores párrafos, así como - efectuar un estudio crítico sobre la actual legislación y convenios internacionales que brindan un cierto marco de seguridad jurídica a los monumentos, haciendo algunas acotaciones que, a mi modo de ver, en caso de ser incorporadas a nuestro derecho positivo, permitirían observar un mayor grado de eficacia en el es--fuerzo realizado por México para proteger jurídicamente la con--servación y preservación de los monumentos arqueológicos, que -- constituyen un invaluable componente de su patrimonio cultural.

CAPITULO II

A).- Definición de monumento arqueológico a través de los diversos ordenamientos legales que han regulado su protección.

Comenzaremos el presente capítulo por analizar las definiciones que en los diversos ordenamientos legales relativos a monumentos arqueológicos han tenido vigencia en nuestro país. Cabe observar que si bien el primer esbozo de una legislación encargada de regular ciertos aspectos concernientes a los monumentos arqueológicos fué el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 1896 por el que se facultaba al Ejecutivo Federal para conceder permiso a personas particulares para la realización de trabajos de exploración, en el mencionado decreto no se trasluce en ninguna de sus partes ya no una definición de monumento arqueológico, sino siquiera las características esenciales que debiera reunir una pieza para ser considerada como monumento arqueológico. Por lo tanto, el presente decreto no es relevante para efectos de este capítulo, aunque por lo demás, será analizado en su momento. Ahora bien, como explicación de por qué en este primer dispositivo legal no se contiene un concepto de lo que debiera entenderse por monumento arqueológico, podemos decir que fué apenas en la segunda mitad del siglo pasado cuando comenzó a abrirse paso en nuestro país la arqueología como tal, por lo que en cierto modo es entendible que todavía no hubiere el interés jurídico suficiente por contemplar una definición de monumento arqueológico dada a la luz en el campo del derecho.

En la "Ley Vallarta" del 11 de mayo de 1897, misma que abrogara el anterior decreto, encontramos por fin el primer concepto técnico y jurídico que se diera en nuestro país de lo que es un monumento arqueológico, que con los conocimientos y terminología de la época define como: "las ruinas de ciudades, las Casas Grandes, las habitaciones trogloditas, las fortificaciones,

los palacios, templos, pirámides, rocas esculpidas o con inscripciones y, en general, todos los edificios que bajo cualquier aspecto sean interesantes para el estudio de la civilización o historia de los antiguos pobladores de México": (artículo segundo). En la anterior definición, como podrá observarse, se sigue un criterio ejemplificativo de una idea muy general, sujeto a criterio: "todos los edificios que bajo cualquier aspecto resulten interesantes para el estudio de la civilización o de la historia de los pobladores del México antiguo".

El 31 de enero de 1930 se expide otro ordenamiento legal tendiente a regular entre otros a los monumentos arqueológicos, que fue la "Ley sobre Protección y Conservación de Monumentos y Bellezas Naturales". En esta ley se observa un fenómeno curioso, pues si bien como se desprende del enunciado de su artículo primero se incluye dentro de su ámbito de aplicación a los monumentos arqueológicos, en ninguno de los preceptos que la conforman se define qué deberá entenderse por monumento arqueológico; el citado artículo sólo se refiere a lo que deberá entenderse para efectos de dicha ley por monumento en sentido lato, al señalar que se considera como monumentos "las cosas muebles e inmuebles cuya protección y conservación sean de interés público por su valor artístico, arqueológico o histórico". Asimismo agrega que "entre los monumentos se podrá comprender a los códices, manuscritos y otros documentos, incunables y otros libros raros o excepcionalmente valiosos, diseños grabados, planos y cartas geográficas, medallas, monedas, amuletos, joyas, sepulcros, fortificaciones, cenotes, cavernas y habitaciones prehistóricas, rocas esculpidas o pintadas y cualesquiera estructuras arquitectónicas o construcciones, ya sea que estén total o parcialmente descubiertas". Como se ve, sólo se preceptúa que serán considerados como monumentos algunos bienes que en sentido estricto son considerados en la actualidad como monumentos arqueológicos, tales como códices prehispánicos, habitaciones prehistóricas, rocas esculpidas o pintadas, o fortificaciones. cuya datación sea anterior a la conquista española.

Siguiendo un orden cronológico tal como lo hemos venido haciendo, hemos de analizar la definición de monumento arqueológico contenida en la "Ley Sobre Protección y Conservación de Monumentos Arqueológicos e Históricos, Poblaciones Típicas y Lugares de Belleza Natural" publicada en el Diario Oficial del 19 de enero de 1934 y que abrogara la Ley que le precedió. Dicho ordenamiento, en su artículo tercero prescribe: "Para los efectos de esta ley, son monumentos arqueológicos todos los vestigios de las civilizaciones aborígenes, anteriores a la consumación de la conquista". Lo encomiable de esta definición en relación con la prevista en la Ley de 1897, es que no abarca dentro de su ámbito material de aplicación tan sólo los bienes que sean interesantes para el estudio de las culturas prehispánicas, sino en general todo vestigio de dichas culturas. Por otra parte considero que, desde el punto de vista puramente técnico, en el concepto que estamos abordando se plasman los dos aspectos fundamentales a que debe hacer mención cualquier definición dada de monumento arqueológico, a saber:

- 1.- Que se trate de elementos materiales producidos por las culturas autóctonas de México.
- 2.- Que tales elementos daten de fechas anteriores a la consumación de la conquista.

Años más tarde, la ley aludida fue abrogada por la "Ley Federal del Patrimonio Cultural de la Federación" publicada en el Diario Oficial de la Federación del 16 de diciembre de 1970. De hecho, en esta nueva ley se ratificó, aunque en otros términos, la definición de monumento arqueológico prevista en la ley de 1934, aunque hace además una mención especial a restos humanos, de flora y de fauna.

En su artículo 50 se establece: "Son monumentos arqueológicos todos los bienes muebles e inmuebles producto de -

las culturas anteriores al establecimiento de la hispánica en México.

Se consideran monumentos arqueológicos los restos humanos y los de la flora y fauna asociados a las culturas a que se contrae el párrafo anterior".

Pienso que lo especificado en el segundo párrafo del citado artículo es hasta cierto punto irrelevante, pues es evidente que tanto los restos humanos como los de la flora y de la fauna, considerados como entes materiales surgidos en tiempos prehispánicos, no dejan de ser una fuente de información inclusive valiosa sobre la vida de nuestras culturas autóctonas, por lo que en consecuencia deben ser considerados - invariablemente como monumentos arqueológicos. Creo que el legislador lo que pretendió al hacer tal especificación fue - evitar, en forma por demás previsora, que se suscitaran posibles controversias sobre si considerar o no como monumentos - a los restos óseos humanos o bien de flora o de fauna, por re sultar tales hallazgos algo inusitado hace algunas décadas. - Como ejemplo ilustrativo de lo anterior, pongamos el caso de una persona que sin autorización alguna exhume los restos de un cadáver que date de la época prehispánica; si los restos a que nos referimos no tuvieren reconocida la naturaleza de monumento arqueológico, el infractor sería juzgado por el delito en materia de exhumaciones tipificado en nuestro Código Pe nal (artículo 280 fracción III), por cuya comisión se hace - acreedor el agente activo a una pena tan sólo de tres días a dos años de prisión. En cambio, tras ser considerados los - restos humanos prehispánicos como monumentos arqueológicos, - la pena aplicable en caso de exhumación ilícita de tales restos sería considerablemente mayor, pues en la Ley a que nos - estamos refiriendo se preveía una pena de prisión de dos a - siete años para aquél que sin previa autorización efectuara - la remoción de bienes arqueológicos, o bien al que aprovechan do la autorización de trabajos arqueológicos, se apoderara o

dispusiera para sí o para tercero de uno o más monumentos arqueológicos muebles (artículo 123 fracciones I y III).

Pero prosiguiendo con el análisis de la definición general contemplada en la Ley de 1970, si la comparamos con la definición prevista en la Ley del 19 de enero de 1934, observaremos que si bien se emplean términos disímbolos para ubicar la datación típica de un monumento arqueológico, pues mientras en esta última ley se establece que el monumento "debe ser anterior a la consumación de la conquista", la Ley de 1970 toma como patrón cronológico "el establecimiento de la cultura hispánica en México", ambos términos coinciden en lo fundamental sobre el marco de referencia cronológico a seguir, pues al consumarse la conquista de un pueblo se inicia necesariamente el establecimiento de la cultura propia del pueblo conquistador, en este caso del español, que habrá de coexistir e integrarse con la cultura tradicional del pueblo sojuzgado, en el presente caso la cultura de los pueblos autóctonos de México. El esclarecimiento de este punto resulta de una gran trascendencia jurídica, pues cualquier bien que date de alguna fecha posterior a la consumación de la conquista, o si se quiere, al establecimiento de la cultura hispánica en territorio nacional, reafirmando los términos empleados en las dos leyes que estamos comparando, será considerado ya no como monumento arqueológico sino como monumento histórico, naturaleza que lo hace estar bajo un régimen jurídico en algunos aspectos distinto al aplicable a los monumentos arqueológicos.

Por otra parte, es de interés hacer referencia a lo preceptuado en dicha ley en su artículo 51, primer párrafo, que dice:

"... son igualmente monumentos arqueológicos los bienes muebles producto de las culturas primitivas no aborígenes de México.

Estos bienes quedarán adscritos al Patrimonio Cultural de la Nación, mediante declaratoria en los términos de esta ley".

dispusiera para sí o para tercero de uno o más monumentos arqueológicos muebles (artículo 123 fracciones I y III).

Pero prosiguiendo con el análisis de la definición general contemplada en la Ley de 1970, si la comparamos con la definición prevista en la Ley del 19 de enero de 1934, observaremos que si bien se emplean términos disímolos para ubicar la datación típica de un monumento arqueológico, pues mientras en esta última ley se establece que el monumento "debe ser anterior a la consumación de la conquista", la Ley de 1970 toma como patrón cronológico "el establecimiento de la cultura hispánica en México", ambos términos coinciden en lo fundamental sobre el marco de referencia cronológico a seguir, pues al consumarse la conquista de un pueblo se inicia necesariamente el establecimiento de la cultura propia del pueblo conquistador, en este caso del español, que habrá de coexistir e integrarse con la cultura tradicional del pueblo sojuzgado, en el presente caso la cultura de los pueblos autóctonos de México. El esclarecimiento de este punto resulta de una gran trascendencia jurídica, pues cualquier bien que date de alguna fecha posterior a la consumación de la conquista, o si se quiere, al establecimiento de la cultura hispánica en territorio nacional, refiriendo los términos empleados en las dos leyes que estamos comparando, será considerado ya no como monumento arqueológico sino como monumento histórico, naturaleza que lo hace estar bajo un régimen jurídico en algunos aspectos distinto al aplicable a los monumentos arqueológicos.

Por otra parte, es de interés hacer referencia a lo preceptuado en dicha ley en su artículo 51, primer párrafo, que dice:

"... son igualmente monumentos arqueológicos los bienes muebles producto de las culturas primitivas no aborígenes de México.

Estos bienes quedarán adscritos al Patrimonio Cultural de la Nación, mediante declaratoria en los términos de esta ley".

Lo anterior significa que cualquier bien mueble perteneciente a alguna cultura cuyo desenvolvimiento hubiere terminado durante la etapa postrera en territorio nacional, y que no ocurriera desde sus inicios como es el caso de ciertos pueblos indios que surgieron en la porción occidental del territorio que actualmente corresponde a los Estados Unidos de Norteamérica y que en sus últimas etapas de desarrollo vinieron a ocupar algunas regiones del norte de México dejando vestigios sobre todo de cerámica y piezas de uso práctico como metates, puntas de flecha, cestos, etc., pasaría a formar parte del Patrimonio Cultural de la Nación mediante declaratoria y no por naturaleza del bien, siempre y cuando la datación del bien mueble de que se trate sea anterior al establecimiento de la cultura hispánica en nuestro territorio.

Finalmente, nos referimos al concepto de monumento arqueológico que nos brinda la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas del 28 de abril de 1972 y actualmente en vigor.

En su artículo 28, el citado ordenamiento dispone que:

"Son monumentos arqueológicos 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".

Evidentemente, el anterior concepto resulta ser una transcripción casi idéntica del contemplado en la anterior ley de diciembre de 1970, pues contiene exactamente los mismos elementos, por lo que la crítica y comentarios que pudiéramos en un momento dado formular serán los mismos que sostuvimos en el caso anterior.

En definitiva, si analizamos globalmente las cinco

definiciones a que hemos hecho referencia, se observará que ha habido para bien de la arqueología y del derecho, un progreso paulatino en el concepto de monumento arqueológico contemplado en la legislación mexicana a partir de la ley del 11 de mayo de 1887, pues sin duda se fueron corrigiendo algunas imperfecciones que si bien no fueron de gran trascendencia durante las primeras décadas en que comenzó a adquirir auge la actividad arqueológica en México, sí fué de capital interés subsanarlas en los últimos ordenamientos legales de la materia, para así ser congruentes con los enormes avances y multitudinarios hallazgos que durante los últimos lustros en especial se han suscitado dentro del campo de la arqueología en México.

B).- Naturaleza jurídica de un monumento arqueológico plasmada en la Ley General de Bienes Nacionales en relación con la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas.

- Patrimonio del Estado:

Al entrar al análisis de la naturaleza jurídica de los monumentos arqueológicos, debemos advertir en primer término que, ante todo, tales monumentos forman parte del patrimonio del Estado que si bien abarca una amplia gama de elementos, sus límites son muy precisos.

Dicho lo anterior, hagamos ahora referencia a la definición que sobre tal concepto nos brinda el prestigiado jurista Andrés Serra Rojas, quien afirma que el patrimonio del Estado "se halla constituido por la universalidad de los derechos y acciones de que es titular, los cuales pueden valorarse pecuniariamente, sumados a las obligaciones que los gravan encaminados a la realización de sus fines". (1)

(1) Derecho Administrativo. Tomo II. Pág. 103. Ed. Porrúa. Méx. 1974.

Por su parte el maestro Gabino Fraga opina que "el conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones, constituye el dominio o patrimonio del propio Estado". (2)

Si bien para algunos tratadistas como el doctor - Serra Rojas, el patrimonio del Estado se descompone en diversos patrimonios específicos como el de la Federación, el de las entidades federativas o el de los municipios, nosotros hemos de centrar nuestro interés tan sólo en el patrimonio de la Federación, pues en él quedan comprendidos la totalidad de los monumentos arqueológicos.

Así las cosas, el artículo primero de la Ley General de Bienes Nacionales nos dice cuáles son los bienes que conforman el patrimonio nacional:

"El patrimonio nacional se compone de:

- I.- Bienes del dominio público de la Federación;
- II.- Bienes del dominio privado de la Federación."

Como se podrá ver, el mencionado precepto distingue claramente entre el dominio público y el dominio privado de la Federación.

Ahora bien, en su artículo segundo la citada Ley enumera detalladamente los bienes que se consideran de dominio público, y entre estos quedan incluidos los monumentos arqueológicos. El mencionado precepto a la letra dice:

"Son bienes del dominio público:

- I.- Los de uso común...
- VII.- Los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles".

Entre las diversas fracciones que comprende dicho artículo, además de la fracción séptima que de hecho constituye la piedra angular de nuestro análisis, hemos destacado asimismo la fracción primera, pues, como se verá más adelante, los monumentos arqueológicos inmuebles son considerados por la propia Ley como bienes de uso común y por tanto cuentan con un doble carácter que los hace ser considerados como bienes del dominio público.

De todo lo anterior, se coligen los dos elementos básicos respecto a la naturaleza jurídica de todo monumento arqueológico, a saber:

- su inclusión en el patrimonio de la Federación;
- su sujeción al régimen de bienes del dominio público.

Una vez descritos los dos tipos de bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, abordemos ahora en forma especial el estudio del régimen jurídico de los bienes del dominio público federal, por ser parte de ellos los bienes arqueológicos en general.

- Bienes del Dominio Público de la Federación:

Sobre el significado del dominio público, el doctor Serra Rojas nos dice: "El dominio público está constituido por el conjunto de propiedades administrativas afectadas actualmente a la utilidad pública, sea por el uso directo del público, sea por decisiones administrativas y que, a consecuencia de esta afectación son inalienables, imprescriptibles y protegidas por las reglas de inspección". (3) Así pues el dominio público está formado por un conjunto de bienes a los que se reconoce como elemento esencial, el ser bienes aprovechados por la comunidad o directamente por el Estado sin que puedan de ningún modo ser apropiados por los particulares.

(3) Op. Cit. Pág. 116.

En cuanto a la naturaleza del dominio público. -- existe una corriente de opinión dentro de la doctrina administrativa, defendida entre otros por el maestro Serra Rojas, que sostiene que "los bienes de dominio público no presentan diferencia de naturaleza con los bienes ordinarios de los particulares. La única diferencia proviene de su afectación a la utilidad pública... El régimen general de la propiedad se aplica a estos bienes, ya que estamos en presencia de una propiedad administrativa, una verdadera propiedad pero regido por normas de derecho público". (4)

La tesis anterior es aceptable en cuanto a la naturaleza del dominio, pues en la propiedad pública existe una semejanza en ciertos aspectos a la propiedad privada; por ejemplo, hay caminos públicos y también caminos privados, etc.

Por otra parte, se puede afirmar que toda actividad pública ha tenido su origen en términos generales en actividades privadas anteriores de las cuales son su continuación, pero ahora gobernadas por la utilidad pública o el interés general que condiciona y limita el ejercicio del derecho de propiedad. Es indudable que la legislación mexicana se orienta en este sentido de acuerdo con la tradición jurídica y con el texto de la actual Ley General de Bienes Nacionales.

Por otra parte el artículo quinto de la multicitada Ley prescribe que los bienes de dominio público estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción de los poderes federales. Como consecuencia de lo anterior, dicho precepto previene también que las entidades federativas no podrán gravar los bienes de dominio público nacional en ninguna forma, ni tendrán eficacia alguna respecto de ellos las disposiciones generales o individuales que emanen de cualesquiera de ellos, o sea de sus autoridades, a menos que obren en auxilio o por encargo de las autoridades federales.

(4) Op. Cit. Pág. 117.

Igualmente dispone la Ley que sólo los tribunales federales serán competentes para conocer los juicios civiles, penales o administrativos así como de procedimientos judiciales no contenciosos que se relacionen con bienes nacionales, - sean del dominio público o del privado (artículo octavo).

Pero el rasgo esencial que caracteriza a los bienes del dominio público es el de la indisponibilidad, reconocido así tanto por la doctrina administrativa como por la legislación, y que a su vez comprende tres aspectos fundamentales, a saber:

- a).- La inalienabilidad,
- b).- La imprescriptibilidad; y
- c).- La inembargabilidad.

Ahora bien, la inalienabilidad de la que por cierto es una consecuencia la imprescriptibilidad, debe ser estudiada en cuanto a su fundamento para poder determinar así su alcance. Para el maestro Gabino Fraga la inalienabilidad significa "que los bienes de dominio público no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional y que los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes los derechos regulados en la propia Ley". (5)

Sin embargo, se declara que pueden establecerse sobre los bienes de dominio público aprovechamientos accidentales o accesorios compatibles con la naturaleza de tales bienes, en cuyo caso tales aprovechamientos se registrarán por el derecho común, pero los derechos de tránsito, de vista, de luz, de derrames y otros semejantes se registrarán exclusivamente por las leyes y reglamentos administrativos.

(5) Op. Cit. Pág. 348.

Es un hecho que la inalienabilidad es contraria a la facultad de disponer que se ha reconocido como elemento característico de la propiedad, tal y como lo prevén las legislaciones que derivan directamente de la romana; pero para que este argumento fuera válido, tendría que reconocerse únicamente este tipo de propiedad y que no fuera evidente la evolución del concepto primitivo de la propiedad considerada como derecho subjetivo, al de la propiedad como función social en la que el régimen correspondiente se basa no en modelos invariables sino en la necesidad de favorecer la realización de los fines a que los bienes están afectados.

Así, cuando aludimos a bienes del dominio público nos encontramos con un conjunto de bienes que tienen como finalidad satisfacer necesidades colectivas, de tal manera que si el régimen que les resultara aplicable autorizara su libre enajenación como cuando se trata de una propiedad que sólo satisface necesidades particulares de su titular, se haría imposible la satisfacción de intereses colectivos; pero abundando en lo anterior, como la satisfacción de tales intereses constituye una de las funciones esenciales del Estado, la propiedad que a éste se reconoce de los bienes de dominio público debe forzosamente estar sujeta a un régimen adecuado a su finalidad, y sólo prescribiendo la prohibición de enajenar se puede impedir que el Estado deje de cumplir de manera eficaz con sus atribuciones.

De esta cualidad fundamental de la inalienabilidad está investido, por supuesto, todo monumento arqueológico por ostentar el carácter de bien del dominio público; así lo dispone expresamente la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas en su artículo veintisiete, que en un afán de robustecer las cualidades previstas en la Ley General de Bienes Nacionales, prescribe:

"Son propiedad de la Nación, inalienables e imprescriptibles, los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles"

Desde luego el contenido del precepto anterior encierra una importancia mayúscula, ya que por primera vez en el campo de protección jurídica de los monumentos arqueológicos, una ley reconocía la propiedad de la Nación sobre cualquier monumento arqueológico sin importar ahora si procediere de un predio particular o federal o bien de algún monumento arqueológico inmueble, porque como se verá en el siguiente capítulo en el que analizaremos las diversas disposiciones legales que a lo largo de nuestra historia han regulado la naturaleza y protección de los monumentos arqueológicos, por virtud de un decreto expedido en el año de 1886 se dispuso que serían propiedad de la Nación sólo aquellas piezas arqueológicas que se hallaren con motivo de alguna excavación, excluyéndose por lo tanto las piezas descubiertas a nivel de superficie así como los monumentos arqueológicos inmuebles sobre los que se reconocía la propiedad privada, pudiendo ser además enajenados y gravados.

Más tarde se dió un paso adelante en la gama de bienes arqueológicos considerados como propiedad de la Nación, cuando al promulgarse la nueva Ley de 1934 se dispuso:

"Son bienes del dominio de la Nación todos los monumentos arqueológicos inmuebles. Se consideran inmuebles, y por consiguiente pertenecen a la Nación, los objetos que se encuentren en monumentos inmuebles arqueológicos". (Artículo cuarto)

Finalmente, la consideración anterior fue retomada por la Ley Federal del Patrimonio Cultural de la Nación que derogara la anterior y entrara en vigor en enero de 1971, al preceptuar en su artículo 52 lo siguiente:

"Los bienes arqueológicos inmuebles y los muebles que en ellos se encuentren, son propiedad de la Nación y quedan adscritos a su Patrimonio Cultural por disposición de esta Ley.

Los monumentos arqueológicos a que se contrae esta disposición, están fuera del comercio, serán inalienables, imprescriptibles y no podrán ser objeto de ningún gravamen salvo el caso a que se refiere el artículo 11".

A su vez el artículo sesenta y uno a que alude el señalamiento anterior, autoriza al permisionario o patrocinador económico de algún trabajo arqueológico a apropiarse de uno o más ejemplares de las piezas arqueológicas que se hallaren durante una excavación, siempre que no fueran raros o de excepcional valor cultural.

Así pues, no fue sino hasta mayo de 1972 cuando entra en vigor la actual Ley, que se reconoce el dominio de la Nación sobre todo monumento arqueológico mueble o inmueble sin que haya lugar a excepciones de ninguna índole; esta determinación es desde luego plausible y acertada, pues coadyuva eficazmente a la preservación de los monumentos arqueológicos y por ende, de una parte importante del patrimonio cultural de nuestro país.

Pero prosiguiendo con nuestro estudio de los bienes del dominio público en general y por lo que se refiere a su inalienabilidad, concluiremos diciendo que ésta tiene un carácter absoluto cuando se trata de bienes que por su naturaleza se incorporan al dominio público; por el contrario, cuando han sido afectados al uso común por disposición expresa de la Ley General de Bienes Nacionales, el carácter de inalienables sólo se les reconoce mientras no varíe su situación jurídica, según se desprende de lo preceptuado por el artículo dieciséis de la citada Ley.

Toda vez que la propia Ley reconoce a los monumentos arqueológicos inmuebles el doble carácter de bienes del dominio público general y de bienes de uso común, en especial, es oportuno hacer algunos comentarios sobre estos últimos por ser necesario para completar así nuestro estudio.

- Bienes de Uso Común:

Como ya se dijo anteriormente, la Ley General de Bienes Nacionales cataloga como bienes del dominio público tanto a los monumentos arqueológicos muebles como inmuebles, pero en el caso de estos últimos además les atribuye el carácter de bienes de uso común.

En efecto, la citada Ley preceptúa en su artículo veintinueve:

"Son bienes de uso común: ...

XIV.- Los monumentos arqueológicos inmuebles"

Ahora bien, siguiendo el criterio sustentado por el maestro Gabino Fraga, "los bienes de uso común pueden clasificarse desde dos puntos de vista diferentes:

- 1.- Desde el punto de vista de la naturaleza de los propios bienes.
- 2.- Desde el punto de vista de su forma de incorporación al dominio público".

"Partiendo del primer criterio, se pueden agrupar los bienes en las siguientes categorías:

- a).- Dominio Público Aéreo
- b).- Dominio Público Marítimo y
- c).- Dominio Público Terrestre.

... Desde el punto de vista de la forma de incorporación de los bienes al dominio público, se pueden clasificar en dos categorías: los que constituyen el dominio natural y los que constituyen el dominio artificial". (6)

Evidentemente, por cuanto a su naturaleza en sí, y tomando como marco de referencia el anterior para clasificar a los monumentos arqueológicos inmuebles, estos forman parte del dominio público terrestre por hallarse sobre la superficie o aún debajo de ella, pudiéndose ilustrar este último supuesto con los restos del Templo Mayor en la ciudad de México.

En cuanto a su forma de incorporación al dominio público, los monumentos arqueológicos inmuebles forman parte del dominio artificial, puesto que han sido incorporados por disposición expresa de la ley y no por su naturaleza misma, como es el caso de los bienes que constituyen el dominio natural dentro de los considerados como de uso común.

Por otra parte, el artículo treinta de la multicitada Ley de Bienes Nacionales señala:

"Todos los habitantes de la República pueden usar de los bienes de uso común, sin más restricciones que las establecidas por las leyes y reglamentos administrativos".

Si bien se reconoce el derecho de todo habitante para tener acceso a cualquier bien de uso común, también la Ley faculta a la autoridad para imponer restricciones sobre el ejercicio de tal derecho con el ánimo de preservar el buen estado o inclusive la propia conservación de tales bienes y en especial de los monumentos arqueológicos inmuebles.

(6) Op. Cit. Pág. 346.

En el caso de los monumentos arqueológicos inmuebles en particular, las restricciones existentes se aplican idénticamente a las zonas de monumentos arqueológicos. Pero para precisar el enunciado anterior, hagamos referencia a lo que la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas entiende por zona de monumentos arqueológicos:

"Zona de monumentos arqueológicos es el área que comprende varios monumentos arqueológicos inmuebles, o en que se presume su existencia". (Artículo treinta y nueve)

Pues bien, una serie de casos específicos en relación con tales zonas serán objeto de ciertas restricciones, según lo contempla la misma Ley en su artículo cuarenta y dos:

"En las zonas de monumentos y en el interior y exterior de estos, todo anuncio, aviso, carteles; - las cocheras, sitios de vehículos, expendios de gasolina y lubricantes; los postes e hilos telegráficos y telefónicos, transformadores y conductores de energía eléctrica e instalaciones de alumbrados; así como los kioscos, templetas, puestos o cualesquiera otras construcciones permanentes o provisionales, se sujetarán a las disposiciones que al respecto fije esta Ley y su Reglamento".

Otro tipo de restricción que la autoridad (en este caso el Instituto Nacional de Antropología e Historia) puede imponer tratándose de monumentos arqueológicos inmuebles, es el de impedir el acceso a una zona arqueológica determinada con motivo de la realización de obras de exploración o restauración sobre dicha zona, y que sean auspiciadas por el propio Instituto o en su defecto por alguna institución científica o

de reconocida solvencia moral, previa autorización.

Un rasgo que, como todos los que hemos venido analizando, comparten los bienes del dominio público en sí con los bienes de uso común, consiste en que su destino y aprovechamiento es de utilidad pública y de interés general.

Sobre lo anterior, por lo que concierne a los monumentos arqueológicos, la propia Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas lo corrobora al señalar expresamente:

"Artículo primero.- El objeto de esta Ley es de interés social y nacional y sus disposiciones de orden público".

Y en el precepto siguiente nos dice:

"Artículo segundo.- Es de utilidad pública, la investigación, protección, conservación, restauración y recuperación de los monumentos arqueológicos ... y de las zonas de monumentos..."

El contenido de sendas disposiciones es, en gran medida, la base de sustentación del actual régimen jurídico de protección sobre los monumentos arqueológicos, que constituyen el objeto material del presente estudio.

A modo de corolario de este apartado, enunciaremos sintéticamente los rasgos esenciales que, como ya vimos, -- caracterizan a los bienes del dominio público en general y, por ende, a los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles:

a).- Se trata de bienes que forman parte del patrimonio nacional.

- b).- Son bienes inalienables e imprescriptibles.
 - c).- Su destino y aprovechamiento es de utilidad pública e interés general.
 - d).- El régimen jurídico que los regula es de de recho público y de interés social.
- C).- Los monumentos arqueológicos como componentes del acervo cultural de la Nación.

Antes de entrar de lleno al estudio de las consideraciones que hay en torno al título de este apartado, es prudente explicar porqué empleo el vocablo "acervo" en preferencia al de "patrimonio" que se emplea más comúnmente en términos de legislación, para hacer alusión al conjunto de bienes culturales de la Nación.

Según vimos en el apartado precedente, en la definición más exacta que hay del patrimonio del Estado y que es la elaborada por el Maestro Serra Rojas, éste califica como esencial dentro de las características que debe reunir dicho patrimonio para poder ser considerado como tal, la del valor pecuniario de los bienes que lo conforman.

Ahora bien, si nos remitimos a los conceptos y comentarios que sobre el patrimonio de las personas vieran juristas tan eminentes como Planiol, Bonnacase y Jossierand, veremos el claro énfasis que tales autores dan al contenido económico del patrimonio.

Así, Planiol junto con Ripert nos brindan la siguiente definición del patrimonio:

"El conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero, considerado como una universalidad de derecho". (7)

Por su parte, Josserand, que es quien más tiende a hacer patente el contenido económico del patrimonio, nos dice que éste es "el conjunto de valores pecuniarios, positivos y negativos, pertenecientes a una persona". (8)

Asimismo, Bonnacase opina en los siguientes términos:

"El patrimonio consiste en una masa de bienes, activos y pasivos, que representan un valor pecuniario de conjunto y de la que se excluyen los bienes no valorizables en dinero, como los bienes de índole moral;..." (9)

Por último, el ya citado Josserand resume las características económicas del patrimonio de la siguiente manera:

"La noción de patrimonio es de orden esencialmente pecuniario, puesto que sólo pueden figurar en él los bienes valorizables en dinero, ya sean elementos activos o pasivos; constituye una universalidad jurídica, o sea, un todo independiente de los elementos que lo componen; en esto se diferencia de las universalidades de hecho; constituye una noción abstracta, de índole metafísica e intelectual, que se identifica con la aptitud de volverse titular de relaciones jurídicas pecuniarias". (10)

Así pues, de todas las referencias anteriores se infiere que las dos características fundamentales que debe reunir todo patrimonio son:

(7) Tratado Elemental de Derecho Civil T. I. Pág. 88. Ed. Francesa.

(8) Derecho Civil Francés. T. III. Pág. 204. Ed. Francesa.

(9) Compendio de Derecho Civil. T. I. Pág. 137. Ed. Francesa.

(10) Cit. por Aguilar Carvajal Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Pág. 24. Ed. Porrúa. 1975.

- 1.- Que se trate de un conjunto de bienes, derechos u obligaciones que sean valorables en dinero.
- 2.- Que sus componentes sea: considerados como una universalidad jurídica.

Sobre esta última característica, el prestigiado maestro Leopoldo Aguilar Carvajal asienta que "este agregado sí nos da un concepto técnico del patrimonio, ya que hace intervenir al concepto de universalidad de derecho; la universalidad es una unidad abstracta, que contiene elementos concretos cambiantes; pero estos elementos se mantienen unidos mediante una fuerza de cohesión, formando una unidad, y es de derecho porque es vínculo de naturaleza inmaterial, jurídico" (11)

Por supuesto la totalidad de los bienes que conforman el acervo cultural de un país están investidos de las dos características esenciales que hemos establecido, esto es, por la significación que en un momento dado representen por aspectos inherentes que atañen a su propia naturaleza y que los hacen ser, por lo tanto, prescindibles desde el punto de vista utilitario para el Estado y la sociedad, mermando substancialmente la relevancia de su valor pecuniario que es, como ya dijimos, factor clave para que un bien jurídico forme parte del patrimonio no sólo de un particular sino también del perteneciente al Estado.

Asimismo, una peculiaridad que caracteriza a los monumentos arqueológicos e históricos y que los singulariza en relación con los demás bienes que forman parte del patrimonio del Estado, es la de su no fungibilidad, esto es, la imposibilidad física de ser sustituidos por otros de la misma especie y calidad, pues poseen una individualidad propia cada en

(11) Op. Cit. Pág. 19.

razón de que su valor queda determinado fundamentalmente por la mayor o menor antigüedad que posea el bien de que se trata.

Por los argumentos ya expuestos, optamos preferentemente por emplear el término "acervo" para designar a la colectividad de bienes culturales pertenecientes a la Nación.

Pero refiriéndonos ahora directamente a los monumentos arqueológicos como componentes básicos del acervo cultural de nuestro país, diremos que, ante todo, tales monumentos pueden abarcar dos clases de bienes, a saber:

1.- Bienes muebles.

2.- Bienes inmuebles.

Pero antes de advertir qué se entiende por bienes muebles e inmuebles, digamos qué es un bien en sentido jurídico.

Al respecto, el ínclito maestro Rojina Villegas opina que "desde un punto de vista jurídico, la ley entiende por bien todo aquello que pueda ser objeto de apropiación".
(12)

El significado anterior es distinto del económico, pues en este sentido, bien es todo aquello que puede ser útil al hombre. En consecuencia, aquellos bienes que no puedan ser objeto de apropiación por su naturaleza, aún y cuando resulten ser útiles al hombre, no lo serán desde el punto de vista jurídico. Como ejemplo de bienes que no pueden ser objeto de apropiación podemos señalar: el aire, el mar, los astros, los fenómenos meteorológicos como los relámpagos, etc.

(12) Derecho Civil. Tomo III. Pág. 269. Ed. Porrúa. 1981.

Por otra parte, hay quienes hacen la distinción siguiendo el mismo criterio que acabamos de exponer, entre cosa y bien. En efecto, Flanob sostiene que tal distinción se debe a la diferencia entre los aspectos económicos y jurídicos de los satisfactores. Según él, el concepto de cosa es económico; quiere decir, que todo aquello que sirva para satisfacer una necesidad es una "cosa", misma que se convierte en "bien" mediante el fenómeno jurídico de su apropiación. De esta manera distingue lo necesario para la existencia, lo útil, como el aire que ya citamos como ejemplo de bien económico, considerándolo como cosa, de los bienes que son cosas apropiables, como los enseres de una casa, etc. (13)

Leopoldo Aguilar Carvajal en su obra de referencia, nos dice que "la distinción clásica entre cosa y bien se ha ensanchado, pues el derecho se ha visto precisado a ampliar el concepto de bien a la simple posibilidad de apropiación". (14)

Nosotros en lo personal estamos de acuerdo y justificamos plenamente el anterior comentario, pues si bien nuestro Código Civil considera tácitamente a los monumentos arqueológicos como "cosas" y no como bienes jurídicos, al ajustarse al primitivo concepto clásico esto es insostenible, pues los monumentos arqueológicos inmuebles y en especial los muebles fueron reconocidos, hasta hace pocos años, como apropiables por parte de los particulares, hecho que me lleva a opinar que la consideración de un objeto como "cosa" o en su caso como bien jurídico, no puede estar sujeta a los vaivenes legislativos que consideran a un objeto en ocasiones como "cosa" y en otras como bien jurídico o viceversa, al disponer o no su exclusión del comercio, pues el Código Civil señala que las cosas (lato sensu) pueden estar fuera del comercio no sólo por su naturaleza sino también por disposición de la ley.++

++"Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza los que no pueden ser poseídos exclusivamente por algún individuo, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular." (Código Civil para el Distrito Federal).

En conclusión, pienso que cualquier cosa (lato sensu) debiera ser considerada como bien jurídico o como "cosa" (stricto sensu) de acuerdo sólomente a su propia naturaleza y no de acuerdo con los criterios variables sustentados por el legislador de acuerdo a la época de que se trate.

Como consecuencia de lo anterior, los monumentos arqueológicos en general deberán ser siempre considerados, como lo habían sido antes, auténticos bienes jurídicos y no como "cosas" - por el solo hecho de estar en la actualidad fuera del comercio por disposición de la ley. (Artículo veintisiete de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas).

Una vez entendido lo que es un bien jurídico, distingamos lo que son los bienes muebles y los inmuebles por ser de indiscutible relevancia en materia de monumentos arqueológicos.

Sobre los orígenes de la distinción de los bienes en muebles e inmuebles, el tratadista europeo Roberto de Ruggiero asienta que los antecedentes más remotos de dicha distinción "se hallan en el Derecho Romano del último periodo; casi ignorada en el Derecho Clásico, la distinción se fue dibujando en el postclásico y el justinianeo, que la practicaron y reconocieron importante.

Pero el valor grande y decisivo de esta distinción suprema entre las diferenciaciones jurídicas que de las cosas se hacen, no lo adquirió sino mucho más tarde por influjo del derecho medieval y, sobre todo, del feudal, que atribuyendo importancia preponderante a la propiedad inmobiliaria como elemento capital de la riqueza y como causa de adquisición de poderes señoriales, otorgaron a la mobiliaria una importancia secundaria correspondiente por lo demás a las condiciones económicas de la sociedad de un tiempo en que, no desarrolladas todavía las grandes

(13) Confer. Aguilar Carvajal L. Op. Cit. Pág. 55.

(1-) Op. Cit. Pág. 56.

industrias. limitada la producción de los metales preciosos. Las grandes riquezas sólo por excepción podían estar constituidas por valcres mobiliarios. El principio, que se fue formando de una *vilis mobiliaum possessio*, imperante en todo el antiguo Derecho y especialmente en el consuetudinario francés (en el que, a través de la Coutume de París y del Código Napoleónico, la distinción verbal llegó al nuestro), preside todo el régimen de la tutela jurídica de la propiedad, determinando entre ambos grupos de cosas diferencias profundas inspiradas en la idea de una más amplia protección de la propiedad inmobiliaria" (15)

"Podemos decir que son bienes inmuebles los que tienen una situación fija y son bienes muebles los que no tienen esa fijeza, sino que pueden ser desplazados de un lugar a otro, ya sea por sí mismos (semovientes) o por una fuerza exterior". (16)

La anterior clasificación, según el Derecho Romano, tomó su base de las cualidades físicas de los bienes corporales, únicos que pueden permanecer fijos o cambiar de lugar en el espacio.

Ahora bien, dentro del género de los bienes inmuebles, conforme a la doctrina, se encuentran las siguientes especies:

- a).- por su naturaleza;
- b).- por su destino;
- c).- por el objeto al cual se aplican;
- d).- inmuebles por declaración; y,
- e).- por disposición de la ley.

La primera categoría se refiere a la distinción clásica, es decir, aquellos bienes corpóreos que no se pueden trasladar de un lugar a otro. V. gr. una pirámide, una cámara mortuoria, etc.

(15) Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Pág. 505. Ed. Madrid 1967.
(16) Aguilar Carvajal Leopoldo. Op. Cit. Pág. 65.

La segunda se refiere a bienes muebles por su naturaleza; pero se consideran inmuebles por formar parte o complemento de un inmueble.

Como caso ilustrativo de esta segunda categoría, podemos citar el contemplado en la Ley sobre Protección y Conservación de Monumentos, publicada en el diario oficial del 19 de enero de 1934 y que en su artículo cuarto prescribía:

"Son del dominio de la Nación todos los monumentos arqueológicos inmuebles. Se consideran inmuebles, y por consiguiente pertenecen a la Nación, los objetos que se encuentren en monumentos inmuebles arqueológicos".

La hipótesis legal que acabamos de transcribir es ejemplificativa en una mayor medida, de los inmuebles por declaración a que nos referiremos más adelante, pero la citamos de una vez puesto que también resulta ilustrativa para el caso de bienes arqueológicos muebles por naturaleza que, por el sólo transcurso del tiempo conjugado con ciertos fenómenos físicos que afecten al lugar o bien por voluntad del artista prehispánico, se encontraran adheridos totalmente a un inmueble arqueológico por naturaleza, esto es, a una construcción arquitectónica. Sabiamente el legislador cuando creó la Ley de 1934, y previendo posibles controversias que se suscitaran en lo futuro sobre si considerar o no como del dominio de la Nación los bienes arqueológicos muebles que estuvieren adosados a las construcciones prehispánicas, dispuso la solución al considerar aquellos como parte de los inmuebles citados, y en consecuencia, como irreductibles a propiedad particular.

Prosiguiendo con nuestra clasificación de los bienes inmuebles en general, la tercera categoría se refiere a los derechos que al formar parte tradicionalmente (desde el Código de Napoleón) de esta clasificación, deben catalogarse como inmuebles o como muebles, según el objeto sobre el cual gravitan.

La cuarta categoría se refiere también a bienes muebles por naturaleza, que por una concesión del legislador pueden ser considerados como inmuebles. Como caso más representativo de lo anterior en materia arqueológica, tenemos el previsto en la Ley de 1934 en su artículo cuarto, mismo al que recientemente hicimos mención, y que en lo conducente decía que todo objeto que se encontrara en el interior de un inmueble arqueológico y sin importar la naturaleza de aquél, sería considerado para los efectos de esa ley, como inmueble.

Finalmente, en cuanto a la última categoría que hemos incluido en nuestra clasificación, podemos decir que constituye la válvula de escape que le queda al legislador para otorgar la naturaleza de inmueble a un bien mueble por naturaleza. A diferencia del caso anterior, en que la declaración de un bien mueble arqueológico por naturaleza en inmueble, era válida sólo para efectos de la propia ley que así lo declaraba, cuando un bien es considerado por disposición genérica de la ley como inmueble, surte efectos plenos ante cualquier otra disposición jurídica aplicable a los bienes inmuebles.

La pauta para determinar si un bien debe ser considerado como inmueble, nos la da el artículo setecientos cincuenta del Código Civil para el Distrito Federal, el cual especifica cuáles tendrán invariablemente el carácter de bienes inmuebles y, por lo tanto, que asumir los efectos correlativos. A los que otro tipo de ordenamientos confieran expresamente tal carácter, no son sino una modalidad de los enumerados en el artículo invocado.

Hablando ahora de los bienes muebles, podemos decir que su definición resulta doctrinalmente muy fácil de deducir, tomando en cuenta la de los bienes inmuebles. Se dice que son bienes muebles "aquellos que tienen la cualidad objetiva de ser susceptibles de trasladarse de un lugar a otro del espacio, ya sea por sí mismos (semovientes) o por el impulso de una fuerza exterior". (17)

(17) Aguilar Carvajal Leopoldo. Op. Cit. Pág. 71.

La definición anterior concuerda fielmente con la que otorga el Código Civil en su artículo setecientos cincuenta y tres, pero si nos referimos exclusivamente a los considerados así por su naturaleza, pues el mismo ordenamiento preceptúa que son bienes muebles por determinación de la ley, "las obligaciones y los derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles por virtud de acción personal" (artículo setecientos cincuenta y cuatro).

La dicotomía que de los bienes muebles hace el legislador en los dos preceptos ya citados, se traduce en que los muebles por naturaleza son los bienes corporales, y los muebles por disposición de la ley son los correspondientes a la clasificación de los muebles por el objeto al cual se aplican, o sea los derechos.

Así, tomando como marco de referencia la legislación arqueológica vigente de nuestro país, podemos decir que sólo habrá bienes muebles arqueológicos por su naturaleza, entendiéndose se como tales aquellos que no sean inmuebles, ni por su naturaleza ni por su destino.

Una vez que hemos expuesto con amplitud el contenido y características propias de los bienes muebles e inmuebles en general, y de los arqueológicos en particular, podemos ahora sí adentrarnos plenamente en el papel que éstos últimos juegan en la composición de nuestro acervo cultural.

Abordar el tema de la correlación que los monumentos arqueológicos guardan con el acervo cultural de México, es vital para estar así en posibilidad de justipreciar el valor que encierran los monumentos de referencia.

En efecto, el peso de tales monumentos en el ámbito de nuestra cultura, ha ido en aumento progresivamente a medida que suceden nuevos hallazgos y que se recaban mayores datos que nos - -

hacen dable enriquecer nuestros conocimientos e incentivar - nuestro interés con respecto al elemento arqueológico de nuestro acervo cultural.

Pero así como en un apartado precedente hemos definido ya lo que es un monumento arqueológico, es procedente - ahora señalar lo que debe entenderse por lo que hemos acordado en llamar "acervo cultural", ya que se trata de un concepto que engloba entre sus componentes a los monumentos arqueológicos.

Al respecto, el destacado antropólogo Jaime Litvak King, aunque empleando el término de patrimonio cultural porser el más socorrido en nuestros antecedentes legislativos, - lo identifica "en el conjunto de los productos artísticos, artesanales y técnicos; de las expresiones literarias, lingüísticas y musicales; los usos y costumbres de todos los pueblos y grupos étnicos; es decir, en el conjunto de creaciones y modos de ser de las poblaciones vivientes. En consecuencia, la defensa de este patrimonio no es la defensa del arte y la lengua o las manifestaciones del juego de los exquisitos (aclarando que con frecuencia éstas son importantes pero no absolutas), sino la defensa de la personalidad nacional". (18)

Pero una definición legal que desarrolla con más o menos amplitud el mal empleado término de "patrimonio cultural", es la que nos ofrece la Convención para la Protección - del Patrimonio Mundial Cultural y Natural; en su artículo primero, tal documento señala:

"A los efectos de la presente Convención se considerará patrimonio cultural:

- los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de ca

(18) Litvak King Jaime, R. González Luis. "Arqueología y Derecho" Pág.43. Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM. 1982.

rácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;

- los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;

- los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico. (19)

Advirtiendo que en stricto sensu el concepto anterior define al patrimonio mundial cultural cuando enfatiza en "...el valor universal excepcional..." que deben revestir los monumentos, conjuntos y lugares a que hace referencia, si sustituyéramos el vocable "universal" por el de "nacional", obtendríamos así una definición integral de lo que hemos de entender por acervo cultural de una nación en particular; en ella, como podrá observarse, quedan incluidos los "elementos", "estructuras" y "lugares" arqueológicos.

Ahora bien, aún tomando como válida la anterior definición y en razón de nuestro objeto de estudio, cabe formular a modo de crítica, la siguiente interrogante:

¿Será menester que un bien deba revestir necesariamente algún valor excepcional desde el punto de vista arqueológico para poder formar parte del acervo cultural de un país, y en particular de México?

Pienso que tal imperativo sí debe actualizarse en tratándose de otro tipo de bienes que no sean los arqueológicos, pues en aquellos es indispensable recurrir a un criterio

(19) Convención aprobada por la Conferencia de la UNESCO en su 17ª reunión celebrada en París el 17 de octubre de 1972.

crítico para determinar si forman parte o no de un acervo cultural y en consecuencia quedar amparados por su marco jurídico de protección; así, para considerar algún bien como monumento artístico, sí es trascendente que cumpla con ciertos requisitos formales como el de tener un valor estético relevante. En cambio, al tratarse de un monumento arqueológico, para que dicho bien sea considerado como tal, no es indispensable que conlleve cierto valor formal (cualidad externa) o material (cualidad interna), sino que basta con que cumpla un mero requisito temporal; en el caso que nos ocupa, que su datación sea anterior al establecimiento de la cultura hispánica en territorio nacional.

Lo anterior encuentra un apoyo legal, pues en ningún caso será trascendente, desde el punto de vista jurídico, el hecho de que determinado bien que date de la época prehispanica revista o no cierto valor excepcional ya sea formal o material, pues a la luz del derecho interno, el factor por el cual se brinda tutela jurídica a un monumento arqueológico es puramente el de su antigüedad, rasgo éste que por sí sólo torna al monumento en una fuente invaluable de información dentro del campo de nuestra cultura. Porgupuesto esto no significa que haya ciertos monumentos arqueológicos cuya conservación no sea más imperiosa que la de otros, o bien que algunos sean acaso de mayor relevancia por su belleza plástica.

Así las cosas, tomando en cuenta las consideraciones anteriores y en forma sintética, podemos decir que el acervo cultural de una nación vendrá a ser el conjunto de bienes que revisten algún valor dentro de la cultura de ese estado en el campo de la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia.

Expuesto lo anterior, creo que queda claro el papel que desempeñan los monumentos arqueológicos en función -

del acervo cultural de nuestro país, y de ese modo justificar su incorporación dentro del régimen tutelar que nuestro derecho positivo brinda a todos aquellos elementos que forman parte de dicho conglomerado, mal llamado con frecuencia patrimonio.



C A P I T U L O I I I

A).- Epoca Colonial.

Ciertamente la destrucción que en forma sistemática se -
llevó a cabo durante esta época de los vestigios de cultura -
material de nuestros ancestros prehispánicos, fue reforzada -
con la de tipo espiritual por obra de los evangelizadores, en
tre los que sobresalen por sus autos de fe y por los cuales -
perecen los registros indígenas, Fray Juan de Zumárraga en el
centro de México y Fray Diego de Landa en la región maya.

En realidad la política de destrucción implanta-
da de hecho, adoptó forma legal con las disposiciones emana--
das de los reyes de España en 1523, 1538 y 155 respectivamen-
te, que ordenan y mandan "a nuestros virreyes, audiencias y
gobernadores de las Indias, que en todas aquéllas provincias_
hagan derribar y derriben, quitar y quiten los ídolos, aras y
adoratorios de la gentilidad y sus sacrificios". (1)

Una opinión que refuerza los criterios seguidos_
durante esta época, es la del jurista Juan de Solórzano y Pe--
reyra al comentar que se había de tener gran cuidado en desa-
rraigar las costumbres que de los indios deben ser considera-
das torpes, y para el efecto, oyendo esta opinión se ordenó -
"que se les estorbe y quite sobre todo la idolatría y cuantos
géneros de abusos y supersticiones, huacas, adoratorios, sa--
crificios de hombres, niños, animales o cualesquiera otros -
que en montes y lugares escondidos o en otras formas preten--
dieren hacer a sus ídolos". (2)

En su sed de riqueza y botín, no escaparon a los
colonizadores las construcciones de carácter religioso y las
sepulturas indígenas.

- (1) Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Madrid 1973.
Ley 6. Título 1, foja 2.
- (2) Solórzano y Pereyra, Juan de. Política Indiana. Madrid, 1972.

En Nueva España y en el Perú, las cédulas reales autorizaron el saqueo de tumbas y templos, dándoles el aspecto de tesoros y aplicándoles las reglas jurídicas del derecho romano, procedentes de las Siete Partidas y adoptadas por la legislación indiana.

Es importante referirse a la primera y segunda Leyes de Indias, pues entre otras cosas, en ellas se especifica que si alguien intentara descubrir tesoros en las Indias debía de pactar con los reyes de España, o en su caso con el Virrey, entregar la mitad de los tesoros hallados en sepulturas, oques, templos, adoratorios o heredamientos de los indios. Asimismo se acordaba que los buscadores de tesoros de los indios debían obligarse por su persona y bienes a satisfacer y pagar a sus dueños los daños ocasionados en las casas, heredades o posesiones en que se practicaren las excavaciones. Se ordenaba asimismo que el descubridor estuviere acompañado al momento de efectuar los trabajos por una persona de confianza nombrada por el virrey, presidente o gobernador, para efecto de valuar el material descubierto y entregar la mitad correspondiente al descubridor y la otra mitad debería llevarla a la parte que se le señalare.

Por otra parte, resulta interesante aludir al contenido de la tercera Ley de Indias, en la que se ordena que "el que hallare sepulturas o adoratorios de indios, antes de sacar el oro, plata y otras cosas que hubiere, parezca ante los oficiales de nuestra Real Hacienda de la provincia o sus tenientes donde los hubiere y allí lo manifieste y registre cuanto antes sea posible y sin esta diligencia no lo aprenda ni saque so pena de haber perdido la parte que ha de haber aplicada a nuestra cámara"

En la disposición anterior, encontramos un indudable antecedente del actual Registro Público de Monumentos y

Zonas Arqueológicas, institución cuya creación y atribuciones se encuentran reguladas en la Ley Federal sobre Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos.

Por lo que se refiere a los objetos que se buscaban con más ahínco durante este periodo, ya en los templos, ya en los sepulcros de nuestros antepasados autóctonos, el mismo jurista Solórzano nos dice: "Los mayores y más ordinarios tesoros que se suelen buscar y hallar en las Indias, así de la Nueva España como del Perú, son los que se sabe y la experiencia ha mostrado que hay en los templos, adoratorios y entierros antiguos de los indios, cuya costumbre, como lo referieren los padres Acosta, Torquemada y otros, era hacer las figuras de sus falsos dioses de oro y plata y servirles con vajillas de ofrendas riquísimas de lo mismo, especialmente de los mexicanos, y enterrar a los que morían y más si eran los principales, con muchas joyas, piedras y atavíos por ricos que fueran". (3)

En conclusión, las normas que durante este periodo de nuestra historia llegaron a dictarse para regular el hallazgo y posesión de piezas arqueológicas fueron, en esencia, un factor coadyuvante para expoliar a nuestro país, en ese entonces colonia española, grandísima parte de su ya de por sí vasta riqueza arqueológica, disponiéndose para el efecto ya no sólo la que podríamos dar en llamar propiedad originaria de los monumentos y piezas arqueológicas en favor del monarca español, sino la legitimación otorgada para derruir todo tipo de templos y demás construcciones que obstaculizaran la conversión de los autóctonos al cristianismo.

No es dable, por la naturaleza del presente estudio, cuestionar los argumentos esgrimidos por quienes preten-

(3) Op. Cit. Pág. 62.

den justificar el grave menoscabo sufrido por nuestro patrimonio arqueológico durante la época que nos ocupa, pero sí - hemos de lamentar profundamente el hecho de que en tal etapa histórica nuestro país haya tenido el carácter de colonia de la metrópoli española y no de estado soberano que ahora ostenta, pues dicha realidad fue determinante para propiciar en gran medida que otro país (España) dispusiera de manera irrestricta la situación jurídica y el destino que había de darse a los bienes arqueológicos hallados en territorio novohispano.

No es aventurado afirmar, pues, que si tanto las autoridades de la metrópoli como las autoridades virreinales hubieran contado con los medios suficientes y tenido conocimiento de la totalidad de vestigios arqueológicos inmuebles existentes (un considerable número permanecían ocultos por la densa vegetación o bien se hallaban en despoblados) y de la ingente cantidad de bienes arqueológicos muebles que, a pesar del deprimente saqueo amparado por las propias autoridades, aún subsistían en nuestro territorio en el colofón de la Colonia, en México no habría en la actualidad y desde que nos emancipamos de la Corona española, zona o monumento arqueológico alguno que pudiéramos admirar o estudiar con detenimiento para adentrarnos cada vez más en las raíces culturales primigenias de nuestra nación-

B).- Epoca Independiente.

Podemos decir que el primer intento oficial por parte del gobierno mexicano de recuperar y velar por la protección de nuestros monumentos arqueológicos muebles, tuvo lugar con la creación durante el gobierno del general Guadalupe Victoria, del que se denominó "Museo Mexicano".

La fundación de dicha institución fue a instancias de uno de los hombres que mayor significación tuvieron du

rante el México del siglo XIX: don Lucas Alamán. Este personaje había acariciado tal proyecto desde que México vio consumada su independencia hasta que por fin rindió frutos en el año de 1825; tal acontecimiento entrañó un mérito grandioso no sólo porque sentó las bases de las futuras disposiciones que el gobierno de México dictaría con el propósito de proteger nuestro patrimonio arqueológico e histórico, sino porque debemos tener presente que en aquellos momentos los problemas políticos y económicos que agobiaban a la nación eran de atención prioritaria y máxime que apenas un año antes, en 1824, México implantaba en ejercicio de la soberanía que recién había conquistado, un sistema de gobierno republicano, representativo y federal cuyo funcionamiento no habría de ser del todo fácil por ser un sistema de organización completamente novedoso para nuestro país, pues durante siglos había vivido bajo el dominio de un gobierno colonial.

Enfatizamos lo antes dicho porque la creación del "Museo Mexicano" a que hemos hecho referencia, implicó medidas tales como organizar el traslado a la ciudad de México de piezas provenientes de sitios arqueológicos distantes como la Isla de Sacrificios o algunos otros de la región maya, así como ordenar la confiscación de colecciones particulares entre las que por cierto descolló en forma especial la de don Lorenzo Boturini, considerada por muchos como la más valiosa colección particular de ejemplares arqueológicos en aquella época; una vez recabadas las piezas arqueológicas anteriores, se conjuntaron con las ya existentes en la ciudad de México pero que se hallaban dispersas y fue así como se estableció el "Museo Mexicano" en el antiguo edificio de la Universidad Pontificia.

Años después se promulgaría la Constitución de 1857, segunda en la era del México Independiente, de las que preveían un sistema de gobierno federal. A partir de que entró en vigor dicha norma suprema, "se rompe la tradición espa-

ñola y se introduce el derecho francés de filiación románica - individualista y producto de la sociedad burguesa liberal. Co loca los derechos del individuo sobre los de la colectividad y da carácter de derecho natural a la propiedad tan apreciada - por la burguesía. El título de ésta a su vez se fundamentaba en la adjudicación que el Papa Alejandro VI le hiciera de las posesiones americanas en la célebre Bula del 4 de mayo de 1593.

Dentro de los nuevos conceptos jurídicos resulta así absoluto el derecho de propiedad anterior al propietario y ello es importante para la arqueología por la idea de que el - subsuelo y lo que dentro de él se encuentre pertenece al dueño de la superficie, concepto que en la técnica jurídica se conoce como propiedad vertical". (4)

Con la expedición de ciertas normas tendientes a impedir el saqueo arqueológico de la región maya, entre otras medidas, el imperio de Maximiliano buscó sustentarse en una - ideología mexicanista, ordenando además el alojamiento del Museo Nacional en el Palacio de Moneda. Tal institución reanudó sus actividades ahora bajo el nombre de "Museo Público de Historia Natural, Arqueología e Historia".

Desafortunadamente, la marcha de los acontecimientos obligó al Museo a suspender sus trabajos quedando así las colecciones bajo la custodia del insigne historiador de esa - época Manuel Orozco y Berra.

Con el triunfo del régimen liberal en 1867, se - vio muy favorecido el desarrollo del Museo que desde entonces y hasta la creación del Instituto Nacional de Antropología e Historia en 1939, fue el principal órgano para la investigación arqueológica en general.

(4) Litvac King Jaime y Otros. Op. Cit. Pág. 73.

En 1884 entra en vigor la nueva Ley de Minas, - misma que "inició el cambio de régimen del subsuelo (lo que - tuvo terribles consecuencias en lo que corresponde a los yaci- mientos y fue confirmado en la primera Ley del Petróleo del - veinticuatro de diciembre de 1901; antes los bitunnenes o - "jugos" de la tierra correspondían a la Corona). El Código_ Civil de Napoleón de Napoleón de 1804". (5)

Pero no fue sino hasta 1896 cuando se dicta la - primera norma legal con el fin de proteger, ahora en forma in- tegral, nuestro patrimonio arqueológico; se trata del decreto publicado en el diario oficial de seis de junio de 1896 por - el que "se faculta al Ejecutivo Federal para conceder permii- sos a personas particulares para hacer exploraciones arqueoló- gicas". Del análisis de tal disposición se desprenden va- rias conclusiones interesantes, como el hecho de que se regla- mentara el otorgamiento de permisos a particulares para lle- var a cabo exploraciones arqueológicas partiendo de la premi- sa de que los objetos que se encontrasen aún en sitios de pro- piedad privada, serían propiedad del gobierno nacional, lo - cual fue un acierto para preservar así la pieza encontrada co- mo parte del patrimonio cultural de la nación.

En otro de sus puntos, el mencionado decreto es- tablecía que los gastos que demandaran las obras de explora- ción serían a cargo del concesionario, pero a cambio de dicha inversión el decreto autorizaba en otro de sus señalamientos_ "sacar moldes de todos los objetos descubiertos y únicamente_ en el caso de que se encontraren dos o más originales iguales, se entregará un ejemplar de estos al concesionario por el De- legado del Gobierno, quien dará luego el correspondiente avi- so a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública".

También el decreto aludido admite la propiedad - particular de sitios arqueológicos, o sea, de los monumentos_

inmuebles al disponer que si el inmueble "fuere de propiedad privada no se permitirá ninguna clase de exploración sino - hasta después de haber obtenido el consentimiento del propietario". En caso de que el lugar designado para la exploración fuere de propiedad nacional, un delegado especial nombrado por el gobierno cuidaría de que no fueren destruidos - los monumentos arqueológicos inmuebles que allí existieran.

Asimismo, en otro de sus apartados se autorizaba la exportación de los moldes sacados de las piezas originales pero se prohibía la de objetos arqueológicos únicos. Creo que esta última medida fue del todo acertada pues de esa manera se contribuía a frenar el saqueo irrestricto de piezas arqueológicas que con frecuencia salían del país ya fuera porque quienes efectuaban los hallazgos eran extranjeros que en ocasiones visitaban nuestro país con el único ideal de encontrar y apropiarse de los "tesoros arqueológicos" que en ocasiones ellos mismos hallaren, escudándose en la inexistencia de barreras legales que lo prohibieran, o porque individuos mexicanos que hallaban alguna pieza arqueológica la comerciaban sin cortapisas con anticuarios extranjeros.

Ahora bien, como comentamos en un principio, el mecanismo para otorgar los permisos de exploración fue el de la concesión, sobre lo cual cabe decir que dicho contrato de tipo administrativo celebrado entre el Estado y los particulares se desarrolló ampliamente en la época porfirista para la explotación de nuestros recursos naturales por parte del capitalismo internacional.

En general, creo que a pesar de que la medida legal que acabamos de analizar no prevé sanciones específicas aplicables para el caso de destrucción o tráfico y posesión ilícita de monumentos arqueológicos muebles e inmuebles, fue un gran avance el hecho de que ya hubiera una disposición

jurídica que regulara expresamente el otorgamiento de permisos como medio de llevar un control de las exploraciones arqueológicas y que además reglamentara por fin la salida del país de piezas arqueológicas, sobre lo cual considero por cierto muy atinado por parte del Gobierno el autorizar la entrega al particular que hubiera encabezado y aún financiado cualquier exploración arqueológica, de una de dos o más piezas arqueológicas iguales, o en su caso la obtención de moldes, pues hay que considerar que si el Gobierno aparentemente no estaba en condiciones o simplemente no le interesaba financiar directamente las obras de exploración, había que brindar algún incentivo al particular para que él mismo patrocinara y auspiciara económicamente tales obras que, a fin de cuentas, redundarían también en beneficio no tan sólo del patrimonio arqueológico de nuestro país sino en general de su cultura.

Pero también debemos decir que previo a la promulgación de la Ley de 1896, fue creado un novedoso organismo cuya misión era específicamente la de efectuar la vigilancia de los monumentos prehispánicos y cuyo titular recibió la denominación de "Inspector y Conservador de Monumentos Arqueológicos de la República". Este cargo fue creado dentro del Ministerio de Justicia desde 1885, como resultado de la profunda preocupación que comenzaba a aflorar en aquellos años por la destrucción de nuestros monumentos arqueológicos.

Como dato interesante, cabe decir que quien más destacó en el desempeño de este cargo tan peculiar fue el arqueólogo mexicano Leopoldo Batres, quien junto con otros personajes de la arqueología como don Manuel Gamio, era de las máximas autoridades en la materia durante aquella época y que merece ser mencionado en relación con el tema por ser "quien inició oficialmente el 20 de marzo de 1905 (en coincidencia con el equinoccio de primavera) la exploración de

Teotihuacán. La Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes encomendó a Leopoldo Batres la ejecución de los mismos, - considerándola difícil y oscura investigación pues realmente la empresa no era fácil puesto que las técnicas de excavación_ así como los antecedentes históricos, eran deficientes.

Esta magna obra fue llevada a cabo en cinco años_ y fue duramente criticada, acusándose a su director de ser res_ ponsable de la destrucción de algunos monumentos. Si bien la técnica empleada era deficiente y el personal carecía de la es_ pecialización requerida para estos trabajos -lo cual era nor-- mal en esa época-, también es cierto que Batres fue el primer_ mexicano que sintió la necesidad de sacar a luz las construc-- ciones arqueológicas asentadas en México e iniciar con el apo_ yo gubernamental una empresa de tal magnitud que compensó en - mucho el esfuerzo humano y económico, ya que se rescataron 8 -- mil piezas arqueológicas y 150 monolitos, que durante un tiem_ po estuvieron en las vitrinas del museo de la zona. Inició - una etapa de la arqueología mexicana que culminó el 10 de sep_ tiembre de 1910, en el primer centenario de la Independencia - de México". (6)

Apenas iría a cumplir un año de haber entrado en vigor la Ley de 1896, cuando el once de mayo de 1897 se promul_ ga una nueva Ley, fruto de uno de nuestros más connotados ju-- risconsultos, el licenciado Ignacio Luis Vallarta.

Esta Ley, en vigor cuando se iniciaron las explo_ raciones científicas en algunos lugares arqueológicos de nues_ tro país, en especial Teotihuacán, no contenía ninguna diferen_ cia substancial en relación con la Ley anterior de 1896. En consecuencia, cuando dan inicio las exploraciones científicas_ se presenta el problema de la propiedad de la tierra, ya que -

(6) Arochi Luis E. Ciudades Prehispánicas de México. Págs. 80-81. Ed. 1985.

la Ley de 1897 que como ya dijimos era la norma vigente en aquella época, declaraba propiedad de la nación sólo los monumentos arqueológicos muebles existentes en territorio mexicano y no comprendía los terrenos y construcciones adyacentes, cuya propiedad era privada.

Por ser un fiel reflejo de lo antes expuesto, cabe hacer referencia a un informe sobre las excavaciones llevadas a cabo en Teotihuacán y en el que Leopoldo Batres decía:

"El terreno en que se hallan enclavados los monumentos se encontraba cruzado en todas direcciones por cercas de piedra de dos metros de altura y un metro cincuenta centímetros de espesor, las cuales formaban los linderos de las fincas de cada uno de los propietarios, que en número de docientos se habían adueñado de toda aquella riquísima zona para dedicarla a los cultivos agrícolas". (7)

La solución que atinadamente adoptó el gobierno para resolver tal situación fue la de ordenar la expropiación por causa de utilidad pública, figura ya prevista en el derecho mexicano y que años antes no se hubiera podido aplicar por no haber ningún ordenamiento legal que consagrara la propiedad de la nación sobre los monumentos arqueológicos muebles que se hallaren en su territorio

C).- Epoca Contemporánea.

Fue en 1908 cuando comenzó a funcionar en nuestro país la Escuela Internacional de Arqueología y Etnografía Americanas cuya creación fue proyectada desde la Universidad de Columbia Nueva York. Entre sus objetivos primordiales figuraba el estudio de la arqueología, etnología y antropología mexicanas a través del trabajo científico y educativo así como la organización de las primeras excavaciones científicamente planeadas con la apli

(7) Cit. por Luis E. Arochi. Op. Cit. Pág. 81.

cación de la estratigrafía y la tipología; pero lo más importante para nosotros, llegó a constituirse en el principal promotor del respeto a las leyes mexicanas en la realización de todo tipo de trabajos arqueológicos.

El estallido de la Revolución Mexicana cambió radicalmente el panorama para la realización de trabajos arqueológicos y al parecer así lo entendió la Escuela Internacional, pues cesó en sus funciones durante los años de conflicto armado y de guerra mundial. Ni siquiera podía pensarse en hacer efectiva la ley porfirista, teóricamente vigente, sustraído - como estaba la mayor parte de nuestro territorio a la disputa del poder entre las diversas facciones revolucionarias.

Por otra parte es importante advertir que en las regiones del sur y de la costa donde aún en la actualidad están tan buena parte de nuestras riquezas arqueológicas, estaban - también los yacimientos petroleros y los lugares eran, por lo general, coto privado de las compañías petroleras. Estas, - como lo advierte el arqueólogo mexicano Ramón Valdiosera Berman, jugaron un papel importante durante los primeros lustros de este siglo en la destrucción y contrabando de piezas arqueológicas, algunas de ellas de inestimable valor informativo o estético, pues durante las obras de exploración y detección de yacimientos petrolíferos, los trabajadores de dichas compañías encontraban a flor de tierra o enterrados un sinnúmero de "muñecos" (figurillas arqueológicas) que algunos destruían por - considerarlas como un mero estorbo en la prosecución de sus - trabajos y otros conservaban para sí y luego las negociaban - con coleccionistas tanto del país como del extranjero que llegaban a ofrecer en ocasiones sumas exorbitantes por ellas. (8) --

Así pues, aún antes de la Revolución, los sitios arqueológicos eran inaccesibles por ser propiedades particula-

(8) Valdiosera Berman Ramón. Contrabando Arqueológico, Historias Increíbles de los Moneros. Ed. Universo. Págs. 79-80. 1985.

res. A guisa de ejemplo, y como ya comentamos antes, Teotihuacán estaba dividido, de acuerdo con un informe preliminar de Leopoldo Batres, entre docientos propietarios.

"La normalización de la vida nacional bajo la Constitución de 1917, sentó las bases que permitieron llegar hasta la actual Ley de Monumentos".

"El artículo 27 de la Constitución abandonó la idea liberal y consideró la propiedad como función social, sujeta a las modalidades que dicte el interés público y también estableció el precedente de nacionalización de los recursos del subsuelo. El nuevo Código Civil de 1928, vigente en 1932 aplicó ese criterio y dió preferencia al interés colectivo sobre el particular, socializando varios aspectos del Derecho Civil". (9)

Recién terminado el estallido revolucionario que se desencadenara en 1910, se consideró necesaria la creación de una unidad administrativa dentro del gobierno federal que regulara todo lo relativo a las actividades arqueológicas que se efectuasen en territorio nacional, sobre lo cual el arqueólogo Litvak King en su obra de referencia, comenta:

"No es casualidad que la misma persona que encabezó la comisión redactora del proyecto del artículo 27 constitucional, Ing. Pastor Rouaix, siendo Ministro de Agricultura y Fomento, hubiera aceptado la idea del arqueólogo mexicano Manuel Gamio, de crear por primera vez en México una Dirección de Antropología que unificara todas las actividades de esta rama, absorbiendo además la Inspección de Monumentos que estaba a cargo del mismo Gamio. Este había participado en la Escuela Internacional y tenía una amplia experiencia científica y administrativa y conceptos muy claros sobre el carácter antropológico de la arqueología". (10)

(9) Litvak King, Jaime y otros. Op. Cit. Pág. 76

(10) Ibid. Pág. 85.

Por fin, el treinta de enero de 1930 se expidió la primera "Ley Global sobre Protección y Conservación de Monumentos y Bellezas Naturales". Desgraciadamente el primer problema que tuvo que afrontar este ordenamiento fue la imposibilidad de abarcar la totalidad del territorio nacional dentro de su ámbito espacial de validez, pues en virtud de que nuestra Carta Magna consagra en su artículo 73 el campo de actividad del Congreso de la Unión como Organismo Legislativo de la Federación y puesto que de su contenido no se desprendía nada relativo a la materia arqueológica, dicha ley, en consecuencia, sólo tuvo validez para el Distrito y Territorios Federales.

Por otra parte, la única preocupación de dicho ordenamiento era proteger en forma limitada y más bien mediante vigilancia, los monumentos que se hallaran dentro de las zonas de monumentos.

En cuanto a exportación, prohibió la salida del país sin autorización, de toda clase de monumentos aún cuando no hubieren sido objeto de declaración que les confiriere esa calidad.

No distinguió adecuadamente entre monumentos -- muebles e inmuebles y dió lugar a la propiedad arqueológica particular de las piezas arqueológicas descubiertas casualmente.

El citado ordenamiento fue sustituido por la Ley del 19 de enero de 1934, que dió un paso adelante al establecer que eran del dominio de la nación todos los monumentos arqueológicos inmuebles y dar ese mismo carácter a los objetos que se encontrasen dentro de ellos, aplicando así la doctrina jurídica del destino de los bienes.

Pero fue aún más lejos y creó la presunción legal de que tenían esa procedencia, y por ende pertenecían a la nación, los objetos arqueológicos muebles que no se hubieran registrado dentro del término de dos años en el Registro

de la Propiedad Arqueológica Particular que al efecto se mandó abrir. (Artículos cuarto y décimo segundo).

Así mismo, la mencionada ley confirió facultad exclusiva al Estado para autorizar los trabajos arqueológicos mediante la vía de concesiones, cuya tradición mantuvo, al prescribir en su artículo octavo lo siguiente:

"Queda prohibido a particulares o instituciones nacionales o extranjeras, remover o restaurar los monumentos arqueológicos y extraer de ellos los objetos que contengan".

"Se requiere concesión otorgada por la Secretaría de Educación Pública, para todo trabajo que tienda a descubrir monumentos arqueológicos, así como la exploración de los ya descubiertos.

Si el explorador encuentra varios ejemplares arqueológicos iguales, la Secretaría de Educación Pública podrá donar al concesionario un ejemplar de cada uno de los repetidos, cuando no se juzguen útiles para los museos o instituciones nacionales o de cualquier Estado de la República."

Es de observarse que en el último párrafo del artículo reseñado, encontramos una reminiscencia de la posibilidad que preveía la Ley de 1896 de conceder a la persona que hubiere llevado a cabo obras de exploración arqueológica por virtud de concesión, un ejemplar de los originales hallados y que fueren repetidos; aunque también autorizaba la obtención, por parte del concesionario, de moldes para la reproducción de las piezas encontradas, situación que ya no fue contemplada por el legislador en el ordenamiento que estamos analizando.

El ya notorio interés por parte del Estado de hurgar la riqueza arqueológica que según se sabía debía ser muy abundante, se patentiza en lo preceptuado por el artículo veintiocho del ordenamiento a que nos hemos estado refiriendo, que dice:

"Se podrán expropiar, por causa de utilidad pública, los monumentos arqueológicos muebles; los terrenos bajo los cuales se encuentren los monumentos inmuebles, o que los circunden y los terrenos necesarios para obras de exploración".

En el precepto que hemos transcrito se regula - por primera vez, como causa de utilidad pública, la expropiación de los bienes a que se alude en su contenido para poder efectuar la prospección y conservación relativas a los monumentos arqueológicos.

Para concluir con el análisis de los aspectos - más sobresalientes que atañen a la Ley de 1934, hemos de decir que en lo que se refiere a los ilícitos cometidos en materia arqueológica, el citado ordenamiento sancionaba con pena de prisión de tres días a cinco años a aquél que destruyera - o deteriorara intencionalmente cualquier monumento arqueológico o bien procediera a su exportación contraviniendo las disposiciones relativas de la propia ley, considerándose expresamente este último supuesto como contrabando.

Las disposiciones relativas a la exportación de monumentos arqueológicos y que enunciaban taxativamente los - casos en que su exportación resultaba lícita, eran los siguientes:

"La Secretaría de Educación Pública podrá conceder la autorización para que se exporten los monumentos arqueológicos que a su juicio no sea indispensable conservar en el territorio nacional". (Artículo veinticinco).

"No serán aplicables las disposiciones anteriores cuando la exportación de un objeto de valor arqueológico sea temporal, pero en todo caso, se deberá recabar la autorización de la Secretaría de Educación Pública, comprobándose a satisfacción de la misma, la necesidad o conveniencia de la exportación y garantizándose debidamente su reintroducción al país". (Artículo veintiséis).

Innegablemente que esta ley fijó condiciones mejores para el eficaz control de las actividades arqueológicas en beneficio nacional; sin embargo, faltaba el órgano adecuado para aplicarla ya que la Dirección de Antropología corrió una suerte política y regresó con carácter secundario a la Secretaría de Educación Pública como Departamento de Monumentos. Es así como se dió un paso definitivo en la organización unitaria y científica de la antropología oficial, al crearse en 1939 el Instituto Nacional de Antropología e Historia, esto durante la época Cardenista, cuando de hecho revivió el interés por resolver los problemas indígenas y se creó una atmósfera nacionalista.

Entre las funciones que desde su creación cubrió el mencionado Instituto contamos las de:

"Exploración de las zonas arqueológicas; vigilancia, conservación y restauración de monumentos arqueológicos, históricos y artísticos; promover la investigación científica en materia arqueológica y antropológica en general y publicación de obras relacionadas con esos temas." (11)

Además, se le atribuyó tanta importancia a su creación y funciones que, aún cuando todavía en la actualidad es un organismo dependiente de la Secretaría de Educación Pública, se le reconoció personalidad jurídica propia y así se creó por virtud de la Ley Orgánica publicada en el Diario Oficial del tres de febrero de 1939, misma que actualmente rige.

"La Institución concentró así las actividades científicas, antropológicas incluyendo las de arqueología; la protección de monumentos; las de formación profesional y las de comunicación científica y educativa, integrando todos los aspectos básicos que en este campo debe cubrir el Estado". (12).

(11) Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia. Artículo segundo. Diario Oficial 3-febrero-1939.

(12) Dávalos Hurtado Eusebio. La Antropología en México. Pág. 83 FCE.1963

Asímismo, no podemos soslayar el papel decisivo que jugó el Instituto para lograr que en enero de 1966, el Congreso de la Unión aprobara la modificación de la tracción XXV del artículo setenta y tres constitucional, quedando así facultado el Congreso de la Unión para legislar todo lo referente a monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés social.

Con base en el logro anterior, y ya en otro orden de ideas, se pensó en una nueva ley suficiente en nuestros tiempos para todas las tareas que se han mencionado y es así - como se prepararon varios proyectos, entre los cuales hubo uno que se convirtió en ley publicada en el Diario Oficial del 16 de diciembre de 1970; pero que de hecho no pudo aplicarse por ser demasiado ambiciosa amén de ciertas lagunas que tenía. Nos referimos a la Ley Federal del Patrimonio Cultural que aunque de existencia efímera, cabe reseñar algunas de sus disposiciones más trascendentes y que se añan a una de las definiciones más completas que de monumento arqueológico contempló dicha ley y que en su oportunidad ya analizamos con detenimiento.

En su artículo treinta y ocho establecía con - precisión, cosa que no sucedió con la ley que le precedió, las causas por las que podía ser expropiado de los particulares un bien arqueológico mueble:

"Artículo 38... fracción II.- La necesidad de dar al bien adscrito al Patrimonio Cultural de la Nación un - destino adecuado a su valor cultural, si su propietario se negare o no pudiese hacerlo; III.- La preservación o conservación -- ción de un bien, considerando su valor cultural, si su propietario se negare o no pudiese hacerlo;... VII.- La necesidad - de acrecentar los acervos de los museos nacionales o regionales de bibliotecas, archivos o colecciones científicas y técnicas dependientes de la Federación".

Así pues, en el ordenamiento que nos ocupa se - reconocía aún la propiedad de los particulares sobre los bie -

nes arqueológicos muebles que no procediesen de inmuebles arqueológicos ni que fueren obtenidos por virtud de excavaciones practicadas ex profeso para su localización.

Otro aspecto que por primera vez se regula con amplitud en esta ley y su reglamento, es el de la reproducción fidedigna de bienes arqueológicos con fines mercantiles, para cuya licitud debía presentarse la solicitud correspondiente ante la Secretaría de Educación Pública para que ésta, una vez satisfechos los requisitos señalados en el Reglamento de la Ley, emitiera la autorización respectiva, causando los derechos previstos para tal efecto.

Por otra parte, se continuó regulando la existencia de un Registro encargado de llevar el control de los lugares en que se hallaren todos y cada uno de los monumentos arqueológicos muebles de propiedad particular, así como los nombres y demás datos generales de sus propietarios.

A esta Institución, durante la vigencia del presente ordenamiento, se le denominó "Registro y Catálogo de los Bienes Adscritos al Patrimonio Cultural de la Nación" que, como su nombre lo indica, no sólo llevaba el registro de los monumentos arqueológicos, sino también de los demás bienes que formaran parte oficialmente de nuestro patrimonio cultural.

Para terminar con nuestros comentarios sobre esta norma protectora entre otros, de los monumentos arqueológicos, diremos que amplió la gama de delitos arqueológicos al sancionar como tales, ya no sólo la destrucción y contrabando de monumentos arqueológicos, sino también los trabajos de exploración, excavación, reconstrucción o remoción de dichos monumentos que se efectuaran sin previa autorización por parte de la Secretaría de Educación Pública, así como el apoderamiento ilícito de un monumento de esta naturaleza.

Refiriéndonos finalmente a la actual Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas y que fuera publicada en el Diario Oficial del 6 de mayo

de 1972, es interesante observar que su proyecto inicial fue - impugnado por los grupos profesionales de antropólogos y por - fortuna, en una de las raras aperturas democráticas del Congreso de la Unión, se obtuvo el rechazo al proyecto oficial y la aprobación de otro formulado por profesionales de la antropología y especialistas de la arqueología que fungieron como asesores de una comisión de la Cámara de Diputados. (13)

Uno de los grandes avances logrados con la aprobación de la nueva Ley, fue igualar la condición de bienes muebles e inmuebles e incluir como monumento no lo magnificente - sino lo científico, esto es, todo aquello que constituya una - fuente del conocer en esta materia; restos de la flora y la - fauna inclusive.

Pero el asunto más relevante de los planteados en la nueva Ley, fue el régimen de propiedad de los bienes arqueológicos muebles, incluyendo el comercio de ellos. Se lo - gró demostrar, por fin, que aceptar propiedad privada y comercio implicaba saqueo y destrucción, no tan sólo de cosas y de sitios, sino también, y por cierto en forma irreparable, de da tos científicos indispensables para conocer el pasado.

Por supuesto, la nueva Ley contempla en su artículo otras muchas disposiciones interesantes, sobre todo en su capítulo de sanciones, que serán ampliamente comentadas en su momento; pero por lo que toca a las ideas que hemos enunciado y que finalmente fueron acogidas por nuestra actual legislación, podemos decir que en definitiva, el pensamiento legal sobre la arqueología dió un gran paso al incluirse en forma más seria la protección de nuestros monumentos arqueológicos dentro de la esfera del derecho positivo mexicano.

(13) Litvak King Jaime y otros. Op. Cit. Pág. 79.

C A P I T U L O I V

Las leyes y demás disposiciones jurídicas creadas por el Estado Mexicano en el ámbito del derecho interno y que propugnan la preservación de los monumentos arqueológicos en general, en razón de la relevancia que éstos tienen dentro de nuestro acervo cultural, son indubitablemente la base de sustentación del marco de protección legal que se pueda dispensar a tales monumentos; pero también es cierto que esa protección resultaría por demás deficiente si se circunscribiera en el ámbito interno.

En efecto, la exportación ilícita de piezas arqueológicas durante la primera mitad de este siglo, vino adquiriendo paulatinamente mayores proporciones, tanto que en las últimas décadas se ha tornado francamente en un fenómeno de dimensiones inauditas, ya por la deficiencia que en ocasiones se hacía patente en los métodos de vigilancia oficial, ya por la falta de rigor en la aplicación de las disposiciones jurídicas internas aplicables.

Ante tal problemática, que por cierto no ha sido exclusiva de nuestro país, sino que agobia asimismo a otras naciones ricas también en tradición arqueológica, se hizo inaplicable la concertación de medidas jurídicas en el ámbito del derecho externo que, ante la en ocasiones inevitable salida ilícita de piezas arqueológicas de territorio nacional, hiciera posible su recuperación por parte del Estado. Es así como desde los albores de la década anterior, México ha formado parte de una Convención Internacional y concluido tratados bilaterales con otras naciones para acordar un apoyo recíproco en los esfuerzos tendientes a recobrar los bienes arqueológicos y culturales en general que formen parte del acervo cultural de los Estados partes en dichos convenios internacionales, y que hayan traspuesto ilegalmente las fronteras de sus respectivos territorios.

A).- Definición y elementos de un tratado internacional.

Los tratados son por excelencia la manifestación más objetiva de la vida de relación entre los miembros de la comunidad internacional.

Dichos instrumentos han sido objeto de un sinnúmero de denominaciones, situación que ha engendrado cierta confusión en torno a estos documentos internacionales. Así, se habla de acuerdos, convenios, pactos, convenciones, arreglos, compromisos, etc.; pero todos ellos son, en esencia, -- acuerdos internacionales de voluntades, por lo que el empleo de cualquiera de las denominaciones existentes, carece de toda significación jurídica.

Aclarado lo anterior, podemos definir en sentido lato a un tratado internacional como:

"El acuerdo entre dos o más Estados Soberanos para crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos". (1)

O bien como "todo acuerdo concluído entre dos o más sujetos de Derecho Internacional". (2)

Considero que esta última definición resulta más exacta, pues, como asienta el propio autor:

"Hablamos de sujetos y no de Estados con el fin de incluir a los organismos internacionales". (3)

(1) Sepúlveda César. Derecho Internacional Público. Pág. 98. Porrúa 1981.

(2) Seara Vázquez Modesto. Idem. Pág. 55. Ed. Porrúa 1982.

(3) Ibid. Pág. 100.

La doctrina y la práctica actual reservan el nombre de tratados para "aquellos acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional (Estados, organismos internacionales o sujetos de otra naturaleza), en cuya conclusión participa el órgano provisto de poder para concluir tratados (cuya determinación queda para el derecho interno del sujeto de que se trate), y están contenidos en un instrumento formal único". (4).

De todo lo anterior se desprende que para que haya tratado, se necesita:

- a).- Que el acuerdo esté celebrado entre sujetos de Derecho Internacional.
- b).- Entratándose de acuerdos entre Estados, que invariablemente intervenga el órgano provisto del poder de concluir tratados.
- c).- Que el acuerdo quede contenido en un instrumento formal único.

Tradicionalmente, nos dice el tratadista César Sepúlveda, se sostiene que los tratados deben poseer ciertos elementos y tener presentes ciertas cualidades para que tengan validez debida. Se habla comunmente de la capacidad, del consentimiento, del objeto y de la causa. (5)

Por lo que se refiere a la capacidad de las partes, el citado tratadista opina que el " jus tractati " es un atributo propio de la soberanía, es decir, que sólo los Estados soberanos pueden concertar tratados internacionales.

Y en lo que corresponde al consentimiento, sostiene que éste debe ser expresado por los órganos de representación correspondientes del Estado-parte en un tratado, -

(4) Seara Vázquez Modesto. Op. Cit. Pág. 56.

(5) Cfr. Op. Cit. Pág. 100.

quedando contenido normalmente el "jus representations" en el derecho interno de los Estados, y sólo en épocas de alteración esta representación se ejerce de hecho. (6)

En nuestro país, la Constitución Política en su artículo 89 fracción X, prevé entre las facultades del Presidente de la República, la de celebrar tratados con las potencias extranjeras, pero impone también como obligación la de someter dichos tratados a la ratificación del Congreso de la Unión.

El objeto, uno de los elementos primordiales, se hará consistir en aquello sobre lo que verse el contenido del tratado, debiéndose discernir entre objeto directo e indirecto.

Por el primero debemos entender la creación de derechos y obligaciones unilaterales o recíprocos; por el segundo, entendamos el objeto material o específico en torno del cual sea elaborado el acuerdo internacional.

Para ejemplificar lo anterior, citemos uno de los tratados internacionales que más adelante analizaremos, el "Tratado de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América que dispone la recuperación y devolución de bienes arqueológicos, históricos y culturales robados". En dicho instrumento, el objeto directo será precisamente la recuperación y devolución de los bienes que se señalan; mientras que el objeto indirecto serán los bienes arqueológicos, históricos y culturales robados.

Finalmente, sobre la causa podemos decir que la constituye aquello que incide directamente en el ánimo de las partes para concluir un tratado internacional. Hay un gran número de tratadistas, entre los que se ubica el maestro Cé-

(6) Op. Cit. Pág. 101.

sar Sepúlveda, que conceptúan irrelevante y arriesgado incluir la noción de causa entre los elementos esenciales de los tratados, considerando por tanto conveniente proscribir tal elemento por generar incluso confusión.

B).- Principios de los tratados.

Hay una serie de principios generales a los que debe ajustarse la conclusión de todo tratado internacional y que son los siguientes:

1).- El Principio "Pacta Sunt Servanda":

Es de origen consuetudinario y ha sido recogido por la Convención de Viena de 1969 en su artículo 26 que afirma "la obligatoriedad de los tratados respecto a las partes, añadiendo además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe". (7)

Cabe decir que algunas teorías fincaban en este principio la base del sistema jurídico internacional, como Hans Kelsen y la Escuela de Viena.

Como comentario a este principio fundamental en el derecho de los tratados, podemos decir que la seguridad de las relaciones internacionales quedaría en un entredicho permanente si se dejase a la voluntad de las partes el cumplimiento o inobservancia de los pactos.

Abundando en lo anterior, el maestro Seara Vázquez nos dice:

"En Viena se ha llegado a precisar incluso, la imposibilidad de invocar el derecho interno como excusa para no aplicar un tratado, excepto cuando esa violación es manifiesta -

(7) Seara Vázquez Modesto. Op. Cit. Pág. 57

y se refiere a normas fundamentales, entre las que deberían incluirse en primer lugar, las de orden constitucional". (8)

Pero también es cierto que un tratado concluído, regularmente puede llegar al punto en que una parte tenga la posibilidad jurídica de considerarlo no obligatorio. Ese caso se da cuando es aplicable la llamada cláusula "rebus sic stantibus", la cual supone que los tratados han sido concluídos debido a la prevalencia de ciertas circunstancias concretas, por lo que los tratados permanecerán en vigor sólo - - mientras persistan tales circunstancias.

En principio, la opinión general admite que un cambio esencial en las circunstancias bajo las cuales un tratado ha sido concluído, es causa suficiente para que la parte perjudicada pueda demandar su revisión. El problema básico es ver si la alteración de las circunstancias originales es suficientemente significativa como para justificar la inaplicabilidad del tratado.

2).- El principio de que los tratados sólo crean obligaciones entre las partes (res inter alios acta):

Es lógico inferir que un tratado no puede, en principio, obligar a los sujetos que no han participado en él puesto que, naturalmente, no han podido expresar ningún tipo de consentimiento, que como ya vimos, constituye uno de los elementos esenciales de todo tratado internacional.

3).- Este tercer principio refiere que "el consentimiento es la base de la obligación jurídica". Es el resultado de la estructura de la sociedad internacional, principalmente formada por Estados formalmente considerados iguales.

(8) Seara Vázquez Modesto. Op. Cit. Pág. 57.

Al no haber un ente jurídico superior y capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de naturaleza contractual. (9)

Como se podrá ver, este principio guarda una íntima relación con el anterior, pues unificando el contenido de ambos podemos concluir que ningún sujeto de derecho internacional estará obligado a cumplimentar el contenido de ningún tratado si no es que participa en su celebración mediante la manifestación expresa de su consentimiento sobre el contenido del mismo. Una vez agotado este requisito, el sujeto pasará a ser parte del tratado con la condigna obligación de cumplir cabalmente los señalamientos contenidos en el instrumento correspondiente.

4).- El principio de respeto a las normas del "jus cogens":

Según reza este principio, un tratado sería nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del Derecho Internacional.

Seara Vázquez considera que "la aplicación de esta disposición interfiere con la libertad de contratación de los Estados" por lo que, agrega, "este principio no ha sido una acción muy afortunada, y tiene muy pocas posibilidades de ser algo más que una disposición declarativa". (10)

C).- Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales aprobada el 17 de noviembre de 1970, por la Conferencia General de la UNESCO.

(9) Seara Vázquez Modesto, Op. Cit. Pág. 58.

(10) Op. Cit. Pág. 60.

Con la participación de nuestro país en esta Convención, encontramos el punto de partida de la actividad implementada por el Estado Mexicano tendiente a colaborar con otras naciones en la concertación de medidas a través de las cuales se procure una eficaz preservación de su acervo cultural, y en consecuencia obtener el apoyo de tales naciones para extender el marco de seguridad jurídica de nuestros bienes culturales - al plano internacional.

Para nosotros, dicho documento es de una relevancia tal, que por su realización se impulsó la idea de que México concertara sobre la materia el mayor número de tratados - internacionales posible, pero ya no multilaterales como el que nos ocupa, sino en particular con cada uno de los Estados que acogieran con beneplácito la idea, por así convenir también a - sus intereses, pudiéndose de esta forma innovar cláusulas o especificaciones en función de las acordadas en la Convención de referencia, y cuya aprobación se dificulta como es natural entre mayor sea el número de Estados participantes en la celebración de un tratado, pero sin soslayar por supuesto las bases - consignadas para el efecto en la Convención a que nos hemos venido refiriendo. Los casos en que sí se ha logrado la conclusión de tratados internacionales bilaterales, los citaremos y - analizaremos en su oportunidad.

Por otra parte, la trascendencia de esta Convención en nuestro ámbito interno estriba en el hecho de que, - tras su celebración, fue que se propuso en el plano nacional - la elaboración de una nueva Ley más amplia y funcional que las que hasta ese momento habían venido regulando todo lo relativo a los bienes constitutivos de nuestro acervo cultural, incluyendo desde luego a los monumentos arqueológicos. Así fue - como surgió en 1972 la actual Ley Federal sobre Monumentos y - Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

A continuación, analizaremos y emitiremos nuestro juicio sobre las disposiciones fundamentales contenidas en la multicitada Convención:

Por ser de sumo interés conocer los móviles que llevaron a la concertación de este instrumento, transcribiremos los considerandos más sobresalientes que se citan en el preámbulo de la Convención:

"Considerando...que los bienes culturales son uno de los elementos fundamentales de la civilización y de la cultura de los pueblos, y que sólo adquieren su verdadero valor cuando se conocen con la mayor precisión su origen, su historia y su medio;

...que todo Estado tiene el deber de proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales existentes en su territorio contra los peligros de robo, excavación clandestina y exportación ilícita;

...que los museos, las bibliotecas y los archivos, como instituciones culturales, deben velar porque la constitución de sus colecciones se base en principios morales universalmente reconocidos;

...que, para ser eficaz, la protección del patrimonio cultural debe organizarse tanto en el plano nacional como en el internacional, y que exige una estrecha colaboración entre los Estados;

y ...que el intercambio de bienes culturales entre las naciones con fines científicos, culturales y educativos aumenta los conocimientos sobre la civilización humana, enriquece la vida cultural de todos los pueblos e inspira el respeto mutuo y la estima entre las naciones..."

Los puntos esenciales que se resaltan en dichos considerandos, son los siguientes:

- a).- El papel que desempeñan los bienes culturales en el desenvolvimiento socio-cultural de las naciones.
- b).- El deber de todo Estado de velar por la seguridad de los bienes que conforman su correspondiente acervo cultural, y:
- c).- La necesidad de hacer más óptima la vida cultural de los pueblos mediante el fomento al intercambio de bienes culturales.

Refiriéndonos ahora al contenido de su articulado, el artículo primero enumera con detalle los objetos que para los efectos de dicha Convención se consideran como bienes culturales, entre los que se incluyen:

"... c).- el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;

d).- los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;..."

Así mismo, en relación con lo anterior, el artículo cuarto del instrumento aludido preceptúa que:

"los Estados partes en la presente Convención reconocen que para los efectos de la misma, forman parte del patrimonio cultural de de cada Estado los bienes que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

... b).- bienes culturales hallados en el territorio nacional.

c).- bienes culturales adquiridos por misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales con el con-

sentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes;

d).- bienes culturales que hayan sido objeto de intercambios libremente consentidos;

e).- bienes culturales recibidos a título gratuito o adquiridos legalmente con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes."

Por cuanto a lo previsto en el inciso b, de su lectura se desprende que, por ejemplo, si un bien arqueológico elaborado por la cultura prehispanica propia de un país (v.gr. la chibcha de Colombia) apareciere dentro del territorio de un país diverso, e inclusive distante (v.gr. México), antes de considerarse el lugar de procedencia del bien arqueológico de que se trate, según dicha disposición se han de esclarecer los derechos de propiedad de un Estado sobre tal bien arqueológico de acuerdo al lugar de su ubicación física.

Así, el bien arqueológico que citamos como caso hipotético pertenecería a México (lugar de ubicación) y no a Colombia (lugar de procedencia) como muchos supondrían, pues si bien la manufactura del bien corresponde a una cultura (la chibcha) con raíces completamente ajenas a nuestro país, al operar el principio jurídico de que la posesión hace presumir la propiedad en favor del poseedor, aún demostrando, como en este caso, la evidencia de que dicha pieza fue elaborada por una cultura que tuvo como único asiento el territorio de un país diverso al nuestro, esto no es suficiente para acreditar fehacientemente la propiedad en favor de aquél, toda vez que la multicitada pieza pudo haber sido adquirida por alguna cultura asentada dentro del actual territorio mexicano durante la época prehispanica por virtud de algún acto comercial, tributario, etc.

Asímismo, en lo que se refiere a lo asentado en el inciso d, del artículo de referencia, hemos de señalar la -

concordancia que guarda con lo preceptuado por el artículo - dieciséis en su segundo párrafo de nuestra Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, - que en lo conducente dice:

"... Se prohíbe la exportación de monumentos arqueológicos, salvo canjes o donativos a Gobiernos o Institutos Científicos extranjeros, por acuerdo del Presidente de la República..."

Y en relación con el inciso e, el propio artículo en su tercer párrafo prescribe:

"El Instituto Nacional de Antropología e Historia promoverá la recuperación de los monumentos arqueológicos de especial valor para la nación mexicana, que se encuentren en el extranjero."

Esta última disposición guarda una estrecha vinculación para poder llevarla a cabo, con la presente Convención y con los demás tratados bilaterales que en su oportunidad abordaremos.

Por otra parte, en su artículo quinto la citada Convención dispone que para asegurar la protección de sus bienes culturales contra la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas, los Estados-partes deberán establecer en su territorio cuantos servicios de protección del acervo cultural sean necesarios para garantizar de manera eficaz diversas funciones, entre las que descuellan:

"a).- Contribuir a la preparación de los proyectos de textos legislativos y reglamentarios que permitan la protección del acervo cultural y de un modo especial la represión de las importaciones, exportaciones y transferencias de propiedad ilícitas de los bienes culturales importantes".

Como ya señalamos en el proemio de este apartado,

por virtud de esta Convención y en relación con el inciso que acabamos de transcribir, se aprobó el proyecto de una nueva ley más completa y eficaz que la Ley Federal del Patrimonio Cultural de 1970, surgiendo así a la vida jurídica la actual Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas aprobada por el Congreso de la Unión en 1972.

"b).- Establecer y mantener al día, a partir de un inventario nacional de protección, la lista de los bienes culturales importantes, públicos y privados, cuya exportación constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio cultural nacional."

En nuestro país, en lo que concierne a monumentos arqueológicos, el inventario nacional a que se hace referencia lo elabora y actualiza el Registro Público de Monumentos y Zonas Arqueológicas e Históricas dependiente del Instituto Nacional de Antropología e Historia.

Los monumentos arqueológicos, sin excepción alguna, deberán estar inscritos en dicho Registro para su control. En el caso de particulares que tengan en su poder algún monumento arqueológico sin dar aviso al Registro sobre la existencia de tal monumento, y sin que les haya sido transmitida la tenencia del mismo con arreglo a las disposiciones conducentes, incurren en el delito de posesión ilícita de monumentos arqueológicos que en el capítulo de delitos arqueológicos veremos con detenimiento.

"c).- Fomentar el desarrollo o la creación de las instituciones científicas y técnicas (museos, bibliotecas, archivos, laboratorios, talleres, etc.), necesarias para garantizar la conservación y la valorización de los bienes culturales".

A partir de la fecha en que entró en vigor la presente Convención, el Estado mexicano ha fomentado, si no suficientemente sí con mayor interés, la creación de museos y bibliotecas que coadyuven no sólo a la conservación de nuestros monumentos arqueológicos, sino a la difusión de su existencia y valor para la cultura nacional, facilitando el acceso de la población a fuentes de información que le permitan apreciar en mayor grado la importancia que encierra la conservación de tales monumentos para entender y aceptar inclusive el gran peso que tienen las raíces prehispánicas en nuestra personalidad nacional.

"d).- Organizar el control de las excavaciones arqueológicas, garantizar la conservación "in situ" de determinados bienes culturales y proteger ciertas zonas reservadas para futuras investigaciones arqueológicas."

La realización de excavaciones clandestinas dentro de zonas arqueológicas de nuestro país, constituye un delito previsto y sancionado por la Ley de la materia al igual que la remoción que sin autorización oficial se efectúe sobre cualquier monumento que se halle en alguna de dichas zonas arqueológicas. Ambos ilícitos serán debidamente estudiados en su oportunidad.

Los artículos sexto, séptimo y octavo de la Convención a que nos hemos venido refiriendo, prescriben otra serie de obligaciones más específicas, comunes a todos los Estados-partes de la misma, tales como la de establecer un certificado adecuado, en el cual el Estado exportador autorice la exportación del bien o de los bienes culturales de que se trate y que deberá acompañar a todos los bienes culturales regularmente exportados.

Aplicando lo anterior concretamente a los monumentos arqueológicos, ya dijimos antes que para que sea lícito

ta su exportación es imprescindible que recaiga un acuerdo del Presidente de la República sobre su exportación y sólo cuando se trate de algún canje o donativo hechos a algún gobierno o instituto científico extranjero, considerándose dicho acuerdo como el certificado a que alude la presente Convención.

Por otra parte los Estados signantes se comprometen a "tomar las medidas necesarias, conformes a la legislación nacional, para impedir la adquisición de bienes culturales procedentes de otro Estado Parte en la Convención, por los museos y otras instituciones similares situados en su territorio, si esos bienes se hubieren exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención; y en lo posible, a informar al Estado de origen, Parte en la Convención, de toda oferta de bienes culturales exportados ilícitamente de ese Estado después de la entrada en vigor de la presente Convención en ambos Estados".

La manera en que cualquiera de los Estados-partes puede cerciorarse sobre la procedencia ilícita de algún bien cultural, por ejemplo un monumento arqueológico, que se interne en su territorio desde el exterior, es requiriendo a su tenedor para que exhiba el correspondiente certificado de exportación que debió haber emitido el Estado de donde proviniera tal monumento. Cuando tal monumento hubiere sido robado a un museo, tendría que probarse que dicho monumento figure en el inventario de dicha institución para que ésta obtenga su restitución.

Sobre los requisitos que deberá cubrir el Estado requirente cuando solicite la restitución de algún bien cultural que le haya sido robado o internado en territorio del Estado-parte requerido después de la entrada en vigor de la multicitada Convención en ambos Estados, se establece que aquél deberá abonar una indemnización equitativa a la persona que lo hubiere adquirido de buena fe o que sea poseedora legal de tal bien.

La petición de decomiso y restitución deberá dirigirse al Estado requerido por vía diplomática, debiendo además el Estado requirente facilitar a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición.

Asimismo, se señala que los Estados involucrados se abstendrán de imponer derechos de aduana o cualesquiera - - otros gravámenes sobre los bienes culturales que se restituyeren con base en las disposiciones contenidas en la Convención a que hemos venido haciendo mención.

Por supuesto también se establece que todos los gastos inherentes a la restitución del o de los bienes culturales en cuestión, correrán a cargo del Estado requirente.

Una disposición interesante y que es sin duda alguna parte medular del instrumento que nos ocupa, es la contenida en su artículo noveno, el cual estatuye que todo Estado - parte en la Convención, cuyo " patrimonio " cultural se encuentre en peligro a consecuencia de pillajes arqueológicos, podrá dirigir un llamamiento al resto de los Estados-partes, los - cuales al efecto se comprometen a participar en cualquier operación internacional concertada en esas circunstancias, para - determinar y aplicar las medidas concretas necesarias, incluso el control de la exportación, importación y comercio interna - cional de los bienes culturales de que concretamente se trate. Enseguida se dispone que mientras se transmita el estableci - miento de un acuerdo, cada Estado interesado tomará disposicio - nes en cuanto sea posible, para evitar que el " patrimonio " - cultural del Estado petionario sufra daños irreparables.

Lo arriba expuesto se aplica concretamente en el caso de contrabando de piezas arqueológicas, en que una o más de éstas son descubiertas y apropiadas clandestinamente por al - gún particular y que el Estado petionario tenga el temor fun - dado de que tales piezas han traspuesto sus fronteras. Por su - puesto operará idéntico procedimiento entratándose de piezas -

arqueológicas ciertas y conocidas que hayan sido robadas a --
quien detentara la tenencia legítima sobre ellas, bien fuere -
un particular, un museo, alguna institución que hubiere sido -
autorizada para exponerlas públicamente, etc.

Como se podrá ver, el mecanismo contemplado en -
el artículo citado tiene por fin primordial prevenir y en su -
caso impedir la importación ilícita de monumentos arqueológi -
cos por parte de los Estados signantes en la Convención.

Por lo que se refiere a la transferencia ilícita
de bienes culturales, la Convención en su artículo décimo - -
obliga a los Estados-partes a restringir, por medio de la edu-
cación, de la información y de la vigilancia, la transferencia
de bienes culturales ilegalmente sacados de cualquiera de di -
chos Estados y a exigir de los anticuarios, en la forma perti-
nente de cada país y bajo pena de sanciones penales o adminis-
trativas, llevar un registro que mencione la procedencia de ca-
da bien cultural, el nombre y la dirección del proveedor, la -
descripción y el precio de cada bien vendido, y a informar al
comprador del bien cultural de la prohibición de exportación -
de que puede ser objeto ese bien.

Cabe recordar que en nuestro país está prohibida
terminantemente la comercialización de bienes arqueológicos, -
pero es el caso que en otras naciones no es tan censurada di-
cha comercialización, por lo que hay un gran número de perso-
nas que, interesadas en ampliar sus colecciones particulares,
compran piezas arqueológicas con cierta libertad y es a ellas-
a quienes van dirigidas primordialmente las obligaciones a que
se contrae el artículo invocado.

Por último, y para concluir nuestros comentarios
en torno a esta Convención que constituye la piedra angular -
dentro del ámbito de protección internacional no sólo de los -
bienes arqueológicos sino de los bienes culturales en general,
haremos alusión al contenido de su artículo quince, que a la -
letra dice:

"Ninguna disposición de la presente Convención - impedirá que los Estados Partes en ella concierten entre sí - acuerdos particulares o sigan aplicando los ya concertados sobre la restitución de los bienes culturales salidos de su territorio de origen, cualquiera que fuere la razón, antes de haber entrado en vigor la presente Convención para los Estados - interesados".

Lo prescrito en tal precepto es de gran relevancia para nosotros, pues legítima la concertación de convenios internacionales bilaterales entre los Estados signatarios de esta Convención, que les permita pulir o ampliar el contenido y aplicación de lo acordado en dicha Convención, e inclusive innovar puntos específicos en base a las necesidades concretas de los Estados de que se trate.

Los tratados bilaterales que México ha logrado concluir a la fecha, serán nuestro punto de atención en el apartado siguiente.

D).- Conclusión de tratados internacionales bilaterales de México con otros países.

México, que junto con otras naciones figura a la vanguardia en lo que a riqueza arqueológica se refiere, forjó en la pasada década el punto de partida en sus esfuerzos por procurar la preservación de nuestros monumentos en el plano -- del concierto internacional, al formar parte, como ya vimos, -- de la Convención sobre la prohibición de importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, promovida por la UNESCO (1970), y al concertar en los -- años sucesivos tres convenios internacionales con otros tantos países (Estados Unidos de Norteamérica, Guatemala y Perú) sobre protección y restitución de bienes arqueológicos, artísticos e históricos robados.

Si bien los logros internacionales hasta ahora alcanzados por el Estado mexicano están investidos de una gran

relevancia y en particular los realizados en los tratados internacionales bilaterales de los que es partícipe, creo que aún falta camino por recorrer en ese sentido, pues sería muy provechoso para nuestro país, y por ende, para la preservación jurídica de sus monumentos arqueológicos, obtener la conclusión de tratados bilaterales con el mayor número de naciones posible, y en especial con ciertos Estados europeos como Gran Bretaña, Alemania, Francia, Austria, etc. que son y han sido tradicionalmente de los principales destinatarios de los monumentos arqueológicos que han traspasado nuestras fronteras en forma ilícita.

Pero refiriéndonos concretamente a los tres tratados bilaterales que ha concertado México en la materia y que ya han entrado en vigor, encontramos que en el caso de los tratados celebrados con la vecina República de Guatemala y con la República del Perú, salta a la vista el inobjetable ánimo de reciprocidad en lo que concierne al factor clave que motivó a tales Estados a estar prestos para la conclusión de dichos tratados, a saber: la tutela jurídica externa de sus monumentos arqueológicos.

En efecto, como ya hemos dicho, los tratados de referencia abarcan conjuntamente en su ámbito material de aplicación, tanto a los monumentos arqueológicos como a los artísticos e históricos; pero en el caso de los dos Estados mencionados, reditúan en un mayor peso específico dentro de su vida cultural los vestigios arqueológicos en relación con los bienes artísticos e históricos que en un momento dado pudiesen ser objeto de exportación ilícita.

Para avalar lo anterior, recordemos que el territorio que actualmente ocupa el Estado peruano fue durante el período post-clásico (utilizando el patrón cronológico de Mesoamérica) el principal asiento de la cultura inca, que junto con las de Mesoamérica fueron las más representativas del Continente Americano, y séanos dable afirmar que los incas fueron asimismo de los pueblos más evolucionados del mundo en ciertas actividades significativas de las culturas antiguas, tal y como

podemos constatarlo en la profusión y magnificencia característicos de sus trabajos de orfebrería, especialmente de los hechos en oro, actividad en la cual llegaron a equipararse y para muchos expertos a superar en la calidad de sus trabajos al pueblo mixteco, que a su vez gozó de indiscutible primacía en lo que respecta al trabajo de los metales preciosos en Mesoamérica; pero tal circunstancia, a la vez que es motivo de orgullo para el pueblo peruano, lo obliga a procurar la cooperación internacional para el caso de que hubiere la salida furtiva de su territorio de sus piezas arqueológicas, cuyo valor no sólo histórico sino aún material, es inmenso.

Y qué podemos decir sobre el caso de Guatemala, dentro de cuyo espacio geográfico se desarrollaron verdaderos centros urbano-religiosos tales como Kaminaljuyú, Tikal, etc. y que fueron los principales asentamientos mayas de la región hasta antes del post-clásico y que descollaron dentro de dicha cultura no sólo por su arquitectura sino por las figurillas y demás obras de cultura material que han sido halladas dentro de sus áreas de ocupación y cuyo valor artístico e importancia como invaluable fuentes de información sobre diversos aspectos de la civilización maya hemos reseñado en la parte introductoria de este trabajo.

Así, al Estado guatemalteco urgió al igual que a nuestro país la conclusión de un tratado internacional bilateral para ayudarse mutuamente en cualquier caso de contrabando arqueológico, más aún por razón de la vecindad entre los dos países, ya que en especial a mediados del presente siglo proliferó en su zona fronteriza un intenso tráfico de piezas arqueológicas efectuado por moneros (individuos que se dedican especialmente a la búsqueda y ulterior comercialización de tales monumentos) de ambas nacionalidades, incluyendo dicho tráfico desde simples terracotas hasta estelas monumentales que se fraccionaban en bloques para hacer posible su transportación.

De acuerdo con lo anterior y siguiendo el criterio de beneficio mutuo en materia de monumentos arqueológicos,

creo que sería conveniente buscar la concertación de convenios internacionales con otros países, que como México, cuentan con una vasta riqueza arqueológica y que consecuentemente resultaría ser también para dichos Estados una medida provechosa para restringir más eficazmente el contrabando de piezas que formen parte de su acervo arqueológico. Entre otros países podemos citar los siguientes:

Grecia e Italia en Europa, principales focos de irradiación de las culturas griega y romana respectivamente, y cuyas obras de arte antiguo, especialmente las arquitectónicas y escultóricas, son reconocidas mundialmente.

Irak, el país que goza de una mayor tradición arqueológica en el Medio Oriente y a cuyo territorio en historia antigua se conoce como Mesopotamia, en donde floreció un fino arte religioso y doméstico, destacando asimismo esta región por ser el asiento primero de una de las culturas evolucionadas más antiguas del mundo: la sumeria (4,000 años antes de Cristo) y siglos más tarde de la civilización caldea cuyo centro de vida lo fue la ciudad de Babilonia que junto con Nínive, principal centro de la cultura asiria, descollarían por su arte refinado cuya fama rebasó las fronteras de Mesopotamia.

Irán es otro de los Estados de Oriente Medio que sobresale por haber sido antaño cuna de la civilización persa y cuyos vestigios arqueológicos, en especial los provenientes de Persépolis, son no menos sobresalientes.

En Africa, destaca en forma singular el caso de Egipto, lugar donde se desarrolló la cultura egipcia que fue una de las más desarrolladas y apasionantes de la historia antigua. La excelencia en muchas de sus obras de arte ha sido reconocida en toda el mundo.

Asimismo en Asia, China también fue centro de una cultura que, además de sus logros en el campo intelectual, fue autora de una fecundísima creación en el campo de la cultura -

material entre cuyas obras de arte sobresalen las realizadas en porcelana.

Finalmente, en América del Sur se desarrolló durante la época prehispánica una cultura, la chibcha, que legó a los actuales pobladores de Colombia una rica producción artesanal de la que sobresalen especialmente, al igual que en el caso de los incas, sus obras realizadas en oro.

Y dentro del mismo continente, como ya se ha reiterado, destacó en forma singular la cultura maya que, además - de México y Guatemala, tuvo como una de sus principales zonas - de florecimiento el espeacio geográfico que hoy día comprende - la república de Honduras, en donde por cierto se ubicó uno de - los principales centros ceremoniales de los mayas a la par de - ser reconocido como el más importante observatorio astronómico de este grupo, antecedentes estos que lo hacen poseedor de una abundante riqueza arqueológica tanto en monumentos muebles como inmuebles: Copán.

Una enorme cantidad de ejemplares que testimonian la grandeza artística y cultural de los pueblos que hemos referido, se encuentran incluso dispersos en varios lugares del mundo ya sea en poder de particulares, museos u otras institucio--nes públicas o privadas.

Por tanto es conveniente advertir que si soy reiterativo en aludir a consideraciones de índole meramente histórico-cultural, es indispensable para apreciar cabalmente el -- enorme valor que encierran los hallazgos realizados en los lugares que hemos citado y que son el fundamento de la cada vez más apremiante necesidad de estrechar, en mayor medida de lo hasta ahora alcanzado, la cooperación internacional sobre todo de los países directamente involucrados en la preservación de sus monumentos arqueológicos que, a fin de cuentas, son componentes indiscutibles del acervo cultural de la humanidad.

Ahora bien, los países que líneas arriba hemos mencionado no son, por supuesto, los únicos que puedan jactarse de contar con una vasta riqueza arqueológica en su territorio, pero sí los más representativos y con los cuales no debiera mediar ningún obstáculo para que México formalizara con ellos la celebración de tratados internacionales y dilatar así el marco de protección jurídica de sus monumentos arqueológicos.

Por otra parte, por lo que concierne al tratado que tenemos celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica y a diferencia de los dos tratados a que nos hemos referido con anterioridad, aquél no obedece a propósitos de reciprocidad en materia de restitución de monumentos esencialmente arqueológicos, pues los Estados Unidos cuentan con un abolengo arqueológico realmente insignificante en comparación con los monumentos históricos y sobre todo artísticos que se hayan custodiados en ese país, ya sea en museos públicos o bien en colecciones privadas y que son innumerables aunque la mayoría provengan de otras naciones incluyendo algunos bienes arqueológicos de gran valía y que también proceden de diversos rincones del mundo (por ejemplo México) y que se exhiben en varios de sus museos más prestigiados como el Museo del Indio Americano, el de Arte Primitivo, el de Brooklyn, etc.

Por lo anterior es que siempre hubo el interés de los Estados Unidos por concluir con México un tratado internacional sobre devolución de bienes culturales en general que fueren robados, interés que desde luego compartió nuestro país pero motivado fundamentalmente por pactar la restitución de bienes arqueológicos, por la sencilla razón de que el contrabando de esta clase de monumentos ha sido y seguramente seguirá siendo mucho más frecuente que el de monumentos históricos o artísticos.

Hemos hecho hincapié en los móviles que impulsaron a aquél país a la conclusión del tratado internacional que

tienen concertado con nuestro país, porque también existen - - otras naciones que si bien no cuentan con una riqueza predomi-- nantemente arqueológica, sí son depositarios de una ubérrima se-- rie de monumentos artísticos e históricos y al igual que los Es-- tados Unidos de Norteamérica, algunas de estas naciones exhiben en sus museos más afamados (el Museo del Hombre en París, el - Museo Británico de Londres) piezas arqueológicas de inestimable valor procedentes de culturas tan avanzadas como la egipcia, la Caldea, la maya, etc.

Esta circunstancia debiera ser aprovechada por Mé-- xico para lograr la conclusión de tratados internacionales so-- bre devolución de bienes culturales exportados ilícitamente con países que se encuentran en el supuesto antes mencionado, tales como:

Francia, Gran Bretaña, Austria, Alemania Federal, la Unión Soviética, Japón, por mencionar sólo algunos de los - casos más representativos.

Pero mientras cristalizan o no las sugerencias an-- teriormente hechas, el caso es que nuestro país sólo tiene concertados a la fecha tres tratados internacionales bilaterales - en materia de restitución de monumentos arqueológicos, artísti-- cos e históricos, mismos que analizaremos a continuación.

- Tratado de Cooperación entre los Estados Unidos - Mexicanos y los Estados Unidos de América, que dispone la recu-- peración y devolución de bienes arqueológicos, históricos y cul-- turales robados, celebrado el día 17 de julio de 1970:

El presente tratado lo componen seis artículos - que especifican los compromisos que adquieren conjuntamente - - ambos Estados así como las reglas procedimentales a que habrá - de sujetarse la recuperación y devolución de los bienes objeto de dicho instrumento.

En su artículo primero, el tratado de referencia nos dice qué deberá entenderse por bienes arqueológicos, históricos y culturales.

A los primeros, que son el tipo de bienes que nos interesa en este caso, los define como sigue:

"Objetos de arte y artefactos de las culturas precolombinas de los Estados Unidos Mexicanos y de los Estados Unidos de América de importancia sobresaliente para el patrimonio nacional, incluyendo estelas y detalles arquitectónicos tales como relieves y arte mural."

En relación con el anterior concepto, podemos hacer tres comentarios:

1.- El vocablo empleado para fijar la datación que deberá corresponder a un bien que se pretenda considerar como arqueológico, no lo considero como el más apropiado pues en stricto sensu, "precolombino" denota algo anterior a la llegada de Cristóbal Colón al continente americano, acontecimiento que oficialmente ocurrió en el año de 1492, mientras que el sometimiento y declive de las culturas aborígenes de nuestro continente y de México en particular, acaeció en la primera mitad del siglo XVI, quedando hasta entonces establecida en nuestro pueblo la cultura hispánica, que es el fenómeno que permite discernir entre un bien arqueológico y uno histórico.

Por lo anterior sería más conveniente emplear el término "prehispánico" para designar tales bienes, tal y como lo sostuvimos en la parte inicial de este trabajo cuando definimos lo que era un monumento arqueológico.

2.- Es interesante observar que en el concepto que se da de monumento arqueológico, se dice que deberá ser "de importancia sobresaliente para el patrimonio nacional".

Tal requisito se agrega al concepto clásico por razones prácticas creo yo, pues sería oneroso para los Estados-partes en este tratado tener que iniciar las investigaciones y efectuar los trámites inherentes a la recuperación y ulterior devolución de los bienes robados que no revistieran una importancia más o menos significativa como fuente de información de primera mano o bien desde el punto de vista estético o de su valor intrínseco. El punto a debatir sería lo peligroso de incorporar expresamente esta condición al documento, pues de hecho puede dar lugar al empleo de criterios convencionales o parciales para determinar si un bien arqueológico, por ejemplo, es o no "de importancia sobresaliente para el patrimonio nacional" del país de que se trate.

3.- También como podrá verse, la definición que nos ocupa incluye, en su parte última, "estelas y detalles arquitectónicos tales como relieves y arte mural".

Pues bien, esta referencia particular obedece, pienso yo, a los casos patéticos que hace algunos lustros se suscitaron en algunas zonas arqueológicas de nuestro país, especialmente en el sureste, en donde los moneros que pululaban la zona, aprovechándose de la deficiente vigilancia oficial que en aquella época era característica, llegaron a seccionar algunas estelas mayas así como a desprender fragmentos enormes de pintura mural o de relieves adheridos por naturaleza a algún inmueble arqueológico, para su ulterior y lucrativa comercialización y exportación ilícita al exterior, principalmente a los Estados Unidos.

En su libro sobre contrabando arqueológico, el arqueólogo mexicano Ramón Valdiosera Berman expone esta problemática tan deprimente con estricto apego a hechos reales. (11)

Ahora bien, creo que desde el punto de vista jurídico, tal referencia encuentra su explicación en el hecho de

(11) Op. Cit. p.p. 103-108.

que el robo en sí, sólo puede configurarse entratándose de bienes muebles, por lo que es de mérito la inclusión de detalles arquitectónicos como los citados que por su naturaleza deberían ser considerados inmuebles.

Por otra parte, entre los compromisos que en forma conjunta contraen ambos Estados por virtud del tratado que estamos analizando, destacan los siguientes:

a).- "estimular el descubrimiento, excavación, preservación y estudio de sitios y materiales arqueológicos por científicos y estudiosos calificados de ambos países." +

De lo anterior se colige que la finalidad del tratado se amplía también a la cooperación recíproca sobre las actividades mencionadas mediante el aporte de gente especializada (arqueólogos, antropólogos, etc.) procedente del Estado requerido para su participación en la ejecución de los trabajos aludidos.

Creo que esta disposición resulta muy benéfica para nuestro país, pues si bien contamos con especialistas calificados para la realización de trabajos tan delicados, en Estados Unidos siempre ha habido gente calificada que además de ser gran conocedora de las culturas que poblaron nuestro país en la época que precedió a la Conquista, es gente deseosa de colaborar en las exploraciones arqueológicas que se llevan a cabo en nuestro territorio.

b).- "impedir las excavaciones ilícitas de sitios arqueológicos y el robo de bienes arqueológicos, artísticos e históricos." ++

+ Artículo II.- 1 inciso a del tratado de referencia.

++ Artículo II.- 1 inciso b del tratado de referencia.

La citada disposición forma parte medular del tratado de referencia, pues en caso de que se llegara a efectuar alguna excavación clandestina por virtud de la cual fueren sustraídas piezas arqueológicas o bien sean éstas robadas de algún lugar autorizado por cualquiera de los dos Estados para su custodia, el Estado requerido deberá proveer dentro de su ámbito de acción las medidas que sean necesarias para su recuperación y posterior devolución al Estado requirente.

En otra parte del multicitado tratado, se prescribe que las solicitudes para la recuperación y devolución de bienes arqueológicos deberán hacerse a través de las vías diplomáticas, siendo indispensable para tal efecto que la parte requirente proporcione la documentación o cualquier medio de prueba necesario para fundar su reclamación. +++

Prosiguiendo con las reglas procedimentales, se señala que en el supuesto de que la parte requerida no pudiere de otra manera efectuar la recuperación y devolución de un bien arqueológico robado y que se halle en su territorio, las autoridades competentes deberán promover para el efecto el procedimiento judicial que corresponda. Para dicho fin, y en el supuesto de que sea México el Estado requerido, el Procurador General de la República estará facultado para promover el procedimiento judicial respectivo ante el juzgado de distrito al cual compete conocer del asunto.

El procedimiento concluirá tan pronto como la parte requerida obtenga la autorización legal necesaria para efectuar la devolución del bien arqueológico solicitado, precisamente a las personas designadas para el efecto por la parte requirente, corriendo desde luego los gastos inherentes a la devolución y entrega de un bien arqueológico a cargo de la parte requirente.

Por último se establece en la parte final del --

artículo quinto, que las partes no impondrán a los bienes arqueológicos devueltos conforme al contenido de dicho tratado, cargos o multas algunos que resulten de la aplicación de sus leyes relativas a la importación de mercancías.

Como se recordará, la anterior disposición ha sido también prescrita por la Convención que analizamos previo a este tratado, por lo que aparentemente pudiera considerarse ociosa su inclusión en este tratado, tomando en cuenta que tanto México como Estados Unidos eran miembros de la UNESCO cuando se concluyó la Convención a que hemos hecho referencia y que fue auspiciada por tal organismo. Pero no es así, ya que atinadamente se previó la posibilidad de que cualquiera de los dos países, pudiere abandonar en un futuro la UNESCO con el consiguiente riesgo de dejar de reconocer la obligatoriedad que en la observancia de las disposiciones contenidas en dicha Convención les hubiere correspondido.

Tal posibilidad se materializó este año, con la decisión de los Estados Unidos de Norteamérica de ya no ser miembro de la UNESCO por razones que no viene al caso comentar, pero que sí constituye un hecho que viene a confirmar la conveniencia de pactar convenios internacionales bilaterales entre los países, independientemente de que hayan sido copartícipes en alguna convención internacional sobre la misma materia del convenio bilateral de que se trate.

En general, considero satisfactorios los términos en que fue celebrado este tratado, pues prevé claramente los puntos esenciales que ha de contener todo tratado de esta naturaleza, como son las obligaciones contraídas por los Estados partes que como ya vimos abarcan no sólo la de recuperar y devolver los bienes arqueológicos robados que pertenezcan al Estado requirente, sino también la de cooperar de manera conjunta, y cuando lo amerite el caso, en la realización de obras de excavación, exploración o estudio de sitios arqueológicos.

También, como ya dijimos, se aborda con precisión lo relativo al procedimiento y autoridades que habrán de intervenir en la ejecución del punto central del documento, que es - la restitución de los bienes a que se contrae y que por virtud de un hecho ilícito se hallen dentro del territorio del Estado requerido.

— Convenio de Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Guatemala el día 31 de mayo de 1975:

La formalización de este convenio obedeció fundamentalmente al deseo de ambos Estados de establecer normas comunes para la protección, recuperación y devolución de bienes culturales (predominantemente arqueológicos) de sus respectivos patrimonios nacionales, que fuesen sustraídos de una de las Partes o ilícitamente exportados del territorio de cualquiera de ellas.

Como es común en este tipo de convenios, el presente contiene una definición de lo que deberá entenderse para sus efectos, por monumento arqueológico:

"Artículo VI.- Ambas partes acuerdan que para los propósitos de este Convenio se consideran monumentos arqueológicos los bienes muebles e inmuebles producto de culturas anteriores al establecimiento de la hispánica en el territorio de ambas Naciones así como los restos humanos, de la flora y fauna relacionados con estas culturas."

Como se podrá observar, el anterior concepto es una réplica exacta del contenido en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos y a cuyo análisis ya nos avocamos en un capítulo anterior.

En el artículo I del citado Convenio se expresa el objetivo esencial del mismo y que se hace consistir en - -

"prohibir e impedir el ingreso en sus respectivos territorios de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos sustraídos de museos, monumentos, colecciones o yacimientos arqueológicos de la otra Parte y de aquellos cuya exportación no hubiera sido expresamente autorizada por el gobierno del país de origen".

Ya en lo que se refiere al renglón procedimental, convienen ambas partes en emplear, a petición de la otra, los medios legales a su alcance para recuperar y devolver los monumentos arqueológicos sustraídos ilícitamente del territorio de la parte requirente.

Desde luego se acuerda que para que se pueda llevar a efecto lo anterior, la Parte requirente facilitará la documentación y pruebas necesarias para establecer la procedencia de su reclamación.

Ahora bien, en el caso de que no le sea posible reunir y ofrecer esa documentación, se acuerda acertadamente que la procedencia del reclamo estará determinada por los arreglos que las Partes decidan por la vía diplomática. (Artículo - II)

Asimismo, se especifica que el país requirente aplicará la legislación nacional vigente, a través de las autoridades competentes a quienes dentro de su territorio hayan participado en la sustracción o exportación ilícita de monumentos arqueológicos, artísticos o históricos. (Artículo IV)

De lo anterior es lógico inferir que si los autores de los delitos mencionados huyeren a territorio del Estado requerido, éste deberá remitir a los delincuentes al Estado requirente para que allí sean debidamente juzgados, operando en esta forma la extradición.

En otro orden de ideas, queda pactado que en los gastos inherentes a la recuperación y devolución de los monumen

tos involucrados, serán sufragados, como es justo suponer, por la Parte requirente y ninguna persona o institución podrá reclamar - indemnización a la Parte que restituye el bien reclamado, por los daños o perjuicios que le hubieren sido ocasionados con motivo de la privación que se le imponga con respecto a sus derechos de tenencia sobre el bien de que se trate. (Artículo III)

Finalmente, en el mismo artículo se conviene en liberar del pago de derechos aduaneros y de impuestos locales a los monumentos arqueológicos, artísticos o históricos recuperados y restituidos en virtud del multicitado Convenio.

Es de observarse que el contenido de este Convenio resulta muy similar al del tratado que tenemos celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica, pues ambos persiguen un mismo propósito y señalan lineamientos afines para obtener la restitución de monumentos arqueológicos sustraídos ilícitamente del territorio de cualquiera de los Estados-partes.

— Convenio de Protección y Restitución de Bienes Arqueológicos, Artísticos e Históricos entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Peruana - celebrado el 15 de octubre de 1975:

A semejanza de los dos anteriores, el presente Convenio tiene por objeto esencial el de acordar normas que operen conjuntamente en ambos Estados tendientes a regular la protección, recuperación y devolución de bienes culturales de sus respectivos patrimonios nacionales, sustraídos de una de las partes y que fueren internados ilícitamente en el territorio de la otra.

Para los propósitos de este Convenio se considera como bienes arqueológicos "...los monumentos, sus partes y demás inmuebles, incluyendo detalles arquitectónicos como relieves y pintura mural; los bienes muebles, objetos y partes de -

ellos; los restos humanos, así como los de la fauna y de la flora provenientes, todos estos bienes, de la época prehispánica". (Artículo VI - a)

Considero que el anterior concepto es el más completo e idóneo de los tres que hemos reseñado, pues prácticamente aglutina en su enunciado los elementos más importantes tanto del concepto previsto en el Tratado celebrado con los Estados Unidos, como del contenido en el Convenio concertado con la República de Guatemala.

Abarca los elementos arquitectónicos (relieves y pintura mural) que como ya dijimos en otro espacio, era indispensable hacerlo pues en stricto sensu un robo sólo puede ocurrir sobre bienes muebles como en este caso serían terracotas, piezas de cerámica, estatuillas, etc.; y al incluirse los elementos arquitectónicos citados, que por su naturaleza intrínseca debieron ser considerados bienes inmuebles, se amplía el marco de protección de este tipo de convenios internacionales.

Por otra parte desarrolla un poco más la idea de bienes muebles, al señalar expresamente que quedan incluidos - "los restos humanos, así como los de la flora y de la fauna".

Lo anterior se aclara con el propósito de evitar que se suscite una posible controversia entre las Partes en algún caso específico, sobre si debiera quedar amparado alguno - de los restos a que hemos hecho mención, por este Convenio, y que pudiera derivar de los criterios disímbolos sustentados - por los Estados-partes en sus respectivos ámbitos internos.

En el artículo primero del Convenio que nos ocupa, ambas partes se comprometen a "prohibir e impedir el ingreso en sus respectivos territorios de bienes arqueológicos, artísticos e históricos sustraídos de museos, monumentos, colec-

ciones o yacimientos arqueológicos de la otra Parte y de aquellos cuya salida no hubiera sido expresamente autorizada por el gobierno del país de origen"

Este es, como ya hemos dicho anteriormente, el objetivo primordial que se persigue con la celebración de este tipo de convenios.

En lo referente al procedimiento a seguir para de mandar y obtener la devolución de algún bien arqueológico sustraído ilícitamente del territorio del Estado requirente, se prescribe que ambas partes deberán emplear, a petición de una de ellas formulada por la vía diplomática, los medios legales a su alcance para recuperar y devolver los bienes mencionados.

La parte requirente, para el efecto, facilitará la documentación y las pruebas necesarias para establecer la procedencia de su reclamación, y sólo en el caso de no serle posible reunir y ofrecer dicha documentación, se prevé que la fundamentación del reclamo estará determinada por los arreglos que ambas partes decidan por la vía diplomática. (Artículo II)

Asimismo se conviene en que los gastos erogados con motivo de la recuperación y devolución mencionadas, correrán a cargo de la parte requirente y ninguna persona o institución podrá reclamar indemnización a la parte que restituye el bien reclamado, por daños o perjuicios que le hubieren sido ocasionados con tal motivo. (Artículo III)

Este último señalamiento resulta por demás interesante ya que en la Convención sobre medidas que deben adoptarse para prohibir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, y que analizamos ya en otro apartado, se prevé en su artículo séptimo fracción II que los Estados-partes en dicha Convención se obligan "a tomar medi-

das apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados..."; pero advierte que sólo será "a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes."

Esta discrepancia nos lleva a sostener que cuando dos Estados que participan en un tratado multilateral, pactan entre sí alguna modificación a las condiciones originales de dicho tratado, dicha modificación será perfectamente válida pero sólo por lo que respecta a los Estados que expresamente así lo acordaren, pues en relación con los demás Estados partícipes en el tratado multilateral subsiste la misma obligación tal y como se pactó originalmente.

Por otra parte, como una disposición novedosa en relación con los dos tratados estudiados con anterioridad, en el presente Convenio ambas partes convienen en "intercambiar información a los efectos de identificar a quienes, en el territorio de una de ellas, hayan participado en la sustracción o salida ilícita de bienes arqueológicos".

La determinación expresa de esta medida auxiliar, es acertada pues si bien pudiera considerarse como una obligación tácita bilateral, al acordarse en forma genérica que ambas partes se comprometen a emplear todos los medios legales a su alcance para lograr la recuperación y devolución de los bienes arqueológicos sustraídos ilícitamente del territorio de la parte requirente, nunca está por demás incorporar en forma expresa una situación específica dentro del articulado de un convenio como el que estamos analizando.

Otra disposición interesante contenida en este Convenio, y que no se dispone expresamente en los dos tratados ante

riores pues en cierta forma resulta lógica su realización, es la de "otorgarse a ambas partes, de conformidad con sus respectivas legislaciones, todas las facilidades que permitan el libre internamiento temporal por las aduanas de los implementos y accesorios requeridos para el cumplimiento de este Convenio".

Finalmente, ambas partes convienen en liberar del pago de derechos aduaneros y demás impuestos, a los bienes arqueológicos recuperados y restituidos en virtud del presente Convenio.

Como corolario de este apartado, fuera de las novedades que hemos referido en su oportunidad, los tres tratados -- concertados por México con otros tantos países, para tutelar en el ámbito externo la seguridad física y jurídica de sus monumentos arqueológicos, persiguen un objetivo afín y los pasos procedimentales acordados para obtener la recuperación y devolución de tales bienes, son en el fondo idénticos.

CAPITULO V

A) La importancia de considerar las similitudes y diferencias entre los conceptos de concesión, autorización, licencia y permiso en función de la tenencia de monumentos arqueológicos muebles.

Es indudable que en el campo de la doctrina y de la práctica administrativa, no hay consenso sobre el contenido específico de las nociones de autorización, permiso y licencia y, en consecuencia, sobre sus diferencias con la figura administrativa de la concesión.

Nuestra legislación no ha sido muy afortunada en el empleo del término concesión, pues lo hace abarcar un sinúmero de actos administrativos, algunos de los cuales no deben llamarse propiamente hablando concesión.

No sólo en la Ley, sino también en las resoluciones administrativas es común llamar concesiones a contratos, permisos, licencias o autorizaciones y otros actos similares.

En este capítulo, resulta de vital interés deslindar el contenido de los conceptos a que hemos hecho referencia, pues en nuestra opinión, no es acertado hablar de "concesión de uso" para aludir a la facultad conferida a un particular para que detente la tenencia material de un monumento arqueológico mueble, tal y como lo hace el Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, aprobado el 20 de Septiembre de 1975.

Por ser el concepto más amplio y al que la ley recurre con más frecuencia, principiaremos por fijar la idea de concesión, citando para ello algunos de los conceptos que la doctrina nos proporciona.

Así, la encontramos como "un acto administrativo por medio del cual la administración pública federal, confiere a una persona -- una condición o poder jurídico, para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o de los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial".(1)

(1) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Tomo I. Pág. 193 Ed. Porrúa. 1974

Bajo el anterior concepto, quedan comprendidos diversos actos de la administración pública confiriendo ciertos poderes, derechos o ventajas de las personas privadas sobre el dominio del Estado respecto de los servicios públicos, con determinadas cargas u -- obligaciones.

Por su parte, el maestro Enrique Pérez León entiende por concesión "los actos del poder público que dan facultades a los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio directo y de propiedad de la Nación". (2)

En cuanto a los alcances de la concesión, el propio maestro Serra Rojas comenta que:

"También la doctrina ha pretendido reducir el campo de la concesión para denominar los actos del poder público que facultan a -- los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación y aprovechamiento de bienes -- del dominio directo y de propiedad de la nación. Sin aceptar un concepto limitado de concesión sí creemos que esta institución administrativa comprende además de esos grupos, otras actividades -- importantes de la Administración Pública, hasta llegar a comprender, como lo indica la doctrina española, a aquellos actos que transfieren a un particular facultades originariamente administrativas, -- como a los que crean en su favor un derecho o capacidad prevista en el ordenamiento jurídico". (3).

Esta vez, no coincidimos con la opinión sustentada por el maestro Serra Rojas ya que, por un lado, la inmensa mayoría de los -- tratadistas relaciona la concesión exclusivamente con los grupos mencionados (explotación de bienes propiedad del Estado y la de un servicio público), y por el otro, cuando la Ley habla de concesión, hace referencia a uno de esos grupos también, y en los casos en que lo hace para aludir a otro tipo de situaciones, es en forma errónea ya que, como en el presente caso, no se reúnen las --

(2) Notas de Derecho Constitucional Administrativo. Pág. 175. 5ª edición. 1982.

(3) Ibid Pág. 196

M-0093711

características propias de la concesión y que la distinguen de otra clase de figuras jurídicas.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia define a la concesión como "un acto jurídico de derecho público que tiene por fin esencial organizar un servicio de utilidad general. Su rasgo característico consiste en delegar en un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por la misma concesión o por los principios de derecho administrativo, la remuneración de los capitales puestos a contribución en la realización de la empresa pública.

Por ella se crean deberes y derechos a cargo y en favor del concesionario, pero la medida y extensión de unos y otros, con las modificaciones impuestas por el poder de policía, quedan determinadas por el contenido del acto" (4).

Una definición discutible es la contenida en la Enciclopedia Jurídica Omeba, que a la letra dice:

"La concesión constituye un acto jurídico de derecho público cuya bilateralidad y acuerdo de voluntades entre el poder público concedente y el particular concesionario, la convierten en un contrato de derecho público, y precisamente, en un contrato de derecho administrativo.

El contrato de concesión se celebra, pues, entre el Estado--nación, provincia o municipio y un particular, persona física--o entidad ideal". (5).

Como es obvio, según este concepto la concesión reviste ante todo la naturaleza de un contrato celebrado entre el Estado por una parte, y el particular concesionario por la otra.

Pues bien, en términos generales la concesión no puede equiparse al contrato, por más que en ocasiones sí revista ese carácter, pues nos hace dable establecer una diferenciación entre ambos el hecho de que las concesiones estén reguladas normativamente por la ley unilateralmente, en tanto que los contratos se rigen en principio por su clausulado.

(4) Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo III, pág. 589. Ed. 1967.

(5) Ibid. Pág. 590

En ocasiones, la concesión deriva de un mandato de la ley que elimina el requisito del concurso de voluntades, utilizándose para su realización la sola aplicación de las normas que con el carácter de obligatorias establece, como la exigencia por ejemplo, de que sólo los mexicanos por nacimiento pueden explotar bienes que forman parte del patrimonio del Estado.

Pero por lo pronto, salvo esta última observación, encontramos como común denominador de las definiciones antes citadas, -- los siguientes elementos:

- a).-Son otorgadas unilateralmente por el Estado.
- b).-Crean en favor de un particular, persona física o moral, un derecho que antes no tenía.
- c).-Ese derecho puede consistir en la explotación de un servicio público o en el aprovechamiento de bienes propios de la Nación.

En este orden de ideas, nos es factible dividir las concesiones en dos grandes grupos:

- 1.-Concesión para explotar un servicio público, por medio del -- cual el concesionario se encargará temporalmente de su prestación bajo la vigilancia del Estado.
- 2.-Concesión para explotar bienes del dominio directo o de propiedad de la Nación a través de la cual el particular podrá aprovechar los bienes que explote, según los requisitos que le fije la ley.

En el primer grupo, son fundamentalmente tres las partes que intervienen:

En primer término, el Estado - concedente que es quien otorga la concesión; en segundo lugar, el particular - concesionario, que es aquél en favor de quien se crea un derecho y por último, el público directamente beneficiado por la prestación del servicio motivo de la concesión.

Por el contrario, en las concesiones relativas a la explotación de bienes, solamente encontramos al Estado y al particular que recibió la concesión.

En este último caso no existe un interés directo del público. V.gr. la concesión minera.

Finalmente diremos que existen dos figuras fundamentales en torno a la concesión administrativa.

a).-El Rescate.-El licenciado Miguel Acosta Romero opina sobre esta figura que "es un principio aplicable a las concesiones de explotación de bienes del Estado; es un acto administrativo mediante el cual, la autoridad administrativa recupera los bienes que había concedido previamente, por causas de utilidad pública. La doctrina generalmente se orienta a precisar que en este caso, el Estado debe indemnizar al concesionario por las inversiones que hubiere efectuado y por la privación que se le hace del plazo de explotación". (6)

En otros términos, el rescate es una institución que consiste en la posibilidad que tiene el Estado de dar fin a la concesión antes de que se venza el término por el que fué otorgada. Para el caso de que el concesionario sea ajeno a los motivos que tuvo la autoridad para hacer valer el rescate, tendrá derecho a una indemnización en cantidad suficiente para cubrir los beneficios que no percibirá durante el tiempo que reste de vigencia a la concesión normalmente.

b).-La Reversión.-"Es una institución administrativa que opera en las concesiones y consiste en que una vez transcurrido el plazo de la concesión, los bienes afectos ya sea al servicio público o a la explotación de bienes del Estado, pasan a ser propiedad de éste sin necesidad de contraprestación alguna".(7)

No en toda clase de concesiones existe el derecho de reversión. Uno de estos casos es la concesión del transporte, en que no re- vierte el equipo sino las instalaciones terminales.

Refiriéndose ahora a la autorización, Miguel Acosta Romero nos dice que "es el acto por medio del cual se confiere a una persona el derecho para realizar una conducta". (8)

A su vez, el maestro Serra Rojas asienta que:

"El concepto de autorización ha sido empleado en significaciones diversas. Por una parte autorizar es facultar a una persona -

(6)Teoría General del Derecho Administrativo.Pág.478.Ed.Porrúa 1984

(7)Acosta Romero Miguel.Op.Cit.Pág.479

(8)Ibid.Pág.541.

de derecho público para que cumpla un acto que excede de su competencia, por una autoridad que está legalmente capacitada para ello, además la autorización permite el ejercicio de un derecho preexistente por lo que, al cumplirse con los requisitos legales se asegura el interés público y permite a la autoridad administrativa levantar el obstáculo que facilita al particular el ejercicio de un derecho; en cambio en la concesión estamos en presencia de la creación o constitución de un derecho nuevo, que no existía anteriormente". (9)

Este último comentario del maestro Serra Rojas aborda una de las diferencias más ostensibles entre la concesión por un lado, y la autorización, la licencia y el permiso por el otro.

Sobre el concepto de licencia y permiso, el propio autor indica que: "son actos del poder público que establecen una amplia libertad de obrar al particular, en condiciones determinadas. El permiso es un título necesario que otorga la autoridad administrativa para hacer o decir una cosa o para no hacer. Es una limitación temporal más reducida que la concesión y su régimen es más flexible. La licencia no es más que la facultad que otorga el Poder Público para hacer algo". (10).

Del permiso, Acosta Romero lo entiende como "el consentimiento que otorga quien tiene potestad también para hacer algo". (11).

Como puede apreciarse, estos tres últimos vocablos (autorización, licencia y permiso) en el fondo son sinónimos y varían sólo en cuestiones específicas o de grado.

Guardan tan estrecha similitud, que el multicitado autor Acosta Romero sostiene, sobre estos tres conceptos, que jurídicamente pueden tener los siguientes contenidos:

"1.-Permiso, licencia o autorización es el acto administrativo -- por medio del cual se otorga por un órgano de la Administración a un particular, la facultad o derecho para realizar una conducta o para hacer alguna cosa.

2.-Puede constituir también el documento formal por escrito donde se hace constar el acto administrativo". (12).

Ahora bien, aun cuando no es posible establecer diferencias --

(9) Op. Cit. Pág. 196

(10) Ibid.

(11) Op. Cit. Pág. 541

(12) Ibid. Pág. 542

substanciales entre los tres conceptos últimos, si son evidentes las características que permiten distinguir claramente entre estas tres figuras y la concesión:

a).-Como dijimos al hablar de la concesión, uno de sus elementos invariables era el consistente en crear en favor de un particular, un derecho que antes no tenía, esto es, el derecho del particular surge por virtud de la concesión que se le otorga, y no ésta por la existencia de aquél.

Por el contrario, en el régimen de permisos, licencias y autorizaciones se reconoce al particular un derecho preestablecido, cuyo ejercicio estará sujeto a modalidades y limitaciones que, a través de requisitos, se establecen en vista de fines de seguridad, salubridad, orden público, urbanismo, etc .

Así, al particular se le reconoce tal derecho, pero para su --ejercicio necesita cumplir una serie de requisitos señalados en el régimen jurídico, cumplidos los cuales se les otorga la licencia, el permiso o la autorización; por ejemplo, las licencias de manejo, permisos e importación, etc.

b).-En el régimen de licencias, permisos y autorizaciones, como --atinadamente comenta Acosta Romero en su obra de referencia, no --se exige capacidad financiera y técnica del solicitante, ni garan--tía en el procedimiento para otorgarlos, así como tampoco hay usua--rios ni rigen los principios de rescate o reversión, tan caracte--rísticos de la concesión. (13)

c).-El procedimiento para el otorgamiento de licencia, permisos y autorizaciones es más simple que el seguido para la obtención de una concesión, y por otra parte no se puede dar la oposición de --terceros durante la substanciación de aquél.

Generalmente dicho trámite se reduce a la solicitud, a que se --satisfagan los requisitos establecidos por la ley y el acto admi--nistrativo que los otorga no se publica en el diario oficial de la federación como ocurre invariablemente en la concesión, sino que se notifica personalmente al interesado haciéndosele entrega del documento en el que conste el acto del otorgamiento.

d).-La concesión debe, forzosamente, estar sujeta a una duración temporal que fijará la ley administrativa correspondiente, mien--

(13)Cfr.Acosta Romero Miguel. Op.Cit.Pág.543

tras que las licencias, permisos y autorizaciones pueden otorgarse con una duración indefinida.

Todo lo antes dicho nos lleva a sostener que hay un evidente error legislativo, al hablarse en el Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas de "concesión de uso" para hacer referencia al derecho que se le reconoce, por parte del Estado, a un particular sobre la tenencia material de un monumento arqueológico mueble.

Para demostrar lo anterior, hagamos las siguientes observaciones:

- 1.-El uso que se confiere a un particular sobre un monumento arqueológico mueble no es para su explotación precisamente, tal y como ocurre en la concesión sobre explotación de bienes del -- Estado (recursos del subsuelo) en que se persigue ante todo un -- beneficio económico, sino fundamentalmente para su conservación y custodia, y en ciertos casos, para su exhibición.
- 2.-Como se ha señalado anteriormente, la concesión hace nacer un derecho que antes no gozaba el particular, y en el caso del derecho que el Estado reconoce al particular para detentar la posesión material de un monumento arqueológico mueble, se trata de -- una facultad preexistente de la persona por ser quien detentara el bien arqueológico de que se trate, hasta antes de que entrara en vigor la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas y su Reglamento, debiendo para el efecto cumplir con los dos requisitos previstos en dicho Reglamento y -- que más adelante estudiaremos, así como con la necesidad de que no se considere afectado el interés público.
- 3.-También en base a lo que comentamos al hablar de las diferencias entre la concesión y la licencia, el permiso y la autorización, para que a un particular le otorgue el Estado la posesión -- material de un monumento arqueológico mueble, no se le exige contar con determinada capacidad financiera o técnica, por no ser relevante para el Estado en cuanto a la eficaz conservación del monumento; basta con que éste se halle en un lugar apropiado para -- su seguridad y buen estado de conservación.
- 4.-Asimismo, tampoco operan los principios de rescate o de reversión, característicos en la concesión, cuando el Estado decide reclamar del particular que posea determinado monumento arqueológico

mueble la entrega de éste, puesto que, como lo establece el propio Reglamento de referencia, es indefinida la duración de la autorización concedida por el Estado para que dicho particular goce la tenencia material del monumento de que se trate. En materia de concesiones es requisito sine qua non la fijación de un término para que operen los principios de rescate o reversión, según sea su aplicación antes o después de que expire el término de la concesión.

5.-En cuanto al procedimiento que ha de seguir un particular para obtener, conforme a derecho, la tenencia material de un monumento arqueológico mueble, aquél es menos laborioso que el aplicable para el otorgamiento de una concesión, pues como lo veremos más adelante, se reduce a formular una solicitud, proporcionando los datos que en ella se piden y presentar ante el Instituto Nacional de Antropología e Historia el monumento cuya tenencia solicita.

Además, la resolución del Instituto por la cual se otorga el derecho a un particular para detentar la posesión material del monumento no tendrá que ser publicada en el diario oficial de la federación, en oposición a las resoluciones por las que se otorga una concesión para la explotación de un bien propiedad del Estado o de un servicio público.

Por todo lo anterior, queda demostrada la inexactitud del Ejecutivo que al expedir el Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, decidió imponer la denominación de "concesión de uso" al acto por el cual se faculta a un particular para detentar la posesión material de un monumento arqueológico mueble.

Ahora bien, comparando las respectivas definiciones que la doctrina hace de permiso, licencia y autorización, aún a sabiendas de que no hay diferencias de fondo entre estas figuras, considero que el último de los conceptos mencionados es el más apropiado para referirse al acto administrativo que legitima a un particular para gozar la tenencia material de un monumento arqueológico, pues según vimos, la autorización se caracteriza por conferir a una persona la facultad de realizar una conducta, en este caso, la de poseer materialmente un mueble arqueológico y salvaguardar su buen -

estado de conservación.

En el apartado siguiente, veremos cómo se regula dicho acto administrativo en nuestra legislación positiva, aunque bajo el nombre erróneo de "concesión de uso".

B) La concesión de uso en materia arqueológica.

Esta figura aparece regulada en el Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, -- publicado en el diario oficial de la federación del 20 de septiembre de 1975.

Resulta de gran relevancia su contemplación en tal ordenamiento positivo, pues es el único medio por el cual un particular que da facultado legalmente para detentar la posesión material de un bien mueble arqueológico.

Cabe observar que dicha figura no tiene precedente jurídico alguno en nuestro país, pues vimos al comentar toda la serie de ordenamientos legales que antecedieron a la actual Ley de Monumentos, hasta antes de que se expidiera esta última, a los particulares, - en ciertos supuestos, les era reconocido por parte del Estado su derecho de propiedad sobre las piezas arqueológicas que se hallaren en su poder, teniendo como única obligación la de inscribirlos en el Registro de la Propiedad Arqueológica Particular que al efecto se fundó.

Al disponer la actual Ley que son propiedad de la Nación, inalienables e imprescriptibles, los monumentos arqueológicos tanto muebles como inmuebles, se extingue la posibilidad de que tanto unos como otros sean susceptibles de apropiación por parte de particulares, variando desde luego el régimen jurídico de protección que corresponde a tales monumentos.

Ahora hagamos una reseña de los puntos básicos que contiene el Reglamento aludido en un principio, en torno a la concesión de uso, no sin antes reiterar nuestra decidida oposición al empleo de este último término para referirse a la facultad concedida por el Estado a un particular para gozar de la tenencia material de un monumento arqueológico mueble, por ser impropio, ya que ni se trata de una concesión, tal y como la conciben la legislación en general y la -- doctrina, ni lo que se otorga es su uso, entendiéndose por uso en ge-

neral, el empleo material del bien para satisfacer ciertas necesidades concretas de quien lo detente, o jurídicamente como un derecho real que faculta a su titular "para percibir de los frutos de una cosa ajena, los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque ésta aumente" (+)

Sobre quiénes pueden obtener concesión para el uso de bienes arqueológicos muebles, el Reglamento de referencia precisa con claridad que:

"El Instituto Nacional de Antropología e Historia podrá conceder el uso de los monumentos arqueológicos muebles a los organismos públicos descentralizados y a empresas de participación estatal, así como a las personas físicas o morales que los detenten"(++)

Como ya habíamos comentado en el apartado precedente, todo aquél que aspire a ser reconocido en el marco de nuestro Derecho, con el carácter de concesionario de uso respecto de los muebles arqueológicos, basta con que formule una solicitud utilizando desde luego la forma aprobada oficialmente, citando los datos que en ella se exijan y presentar físicamente, ante las autoridades del Instituto, el monumento de que se trate, tal y como lo prescribe el artículo once del Reglamento invocado.

Ahora bien, el propio artículo señala que en caso de que se presume que la transportación del monumento pusiere en peligro su integridad, el Instituto Nacional de Antropología e Historia deberá practicar inspección del bien, justamente en el lugar en que éste se halle, para cerciorarse de la existencia del mismo, corriendo a cargo de la persona los gastos que con este motivo se ocasionaren.

En otro orden de ideas, entre las obligaciones que el concesionario acepta contraer al detentar la tenencia de un monumento mueble arqueológico, destaca fundamentalmente la de "conservarlos y, en su caso, proceder a su restauración previo permiso y bajo la dirección del Instituto Nacional de Antropología e Historia".(+++).

En mi opinión, es natural que si bien se concede a un particular la tenencia de un bien mueble arqueológico del cual no se interese el Estado de momento en encargarse de su custodia directamente, dicho particular deberá cubrir los gastos que sean necesarios para -

(+)Artículo 1049 del Código Civil para el Distrito Federal

(++)Artículo 10

(+++)Art.13 del Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas.

la conservación y restauración del monumento, pues es él quien -- ocurrió al Estado pidiendo que le fuera autorizada la tenencia material del mismo. Por el contrario, si fuera el Estado el que pidiera al particular que se hiciera cargo de la conservación de dicho monumento, sería el propio Estado quien tendría que sufragar los gastos inherentes a su conservación, y restauración en su caso.

Sobre la disposición en el sentido de que dichos trabajos de -- restauración tendrán que realizarse bajo la vigilancia del Instituto Nacional de Antropología e Historia, resulta ser una medida conveniente en cuanto a este Instituto cuenta con personal especializado capaz de asegurar la idoneidad en los métodos y técnicas de restauración a seguir, y justificada en cuanto a que la conservación y restauración de toda clase de monumentos es de interés nacional, delegándose la facultad del Estado para intervenir en estos casos, -- en el propio Instituto.

Asimismo, otra obligación del concesionario no prevista expresamente en el Reglamento, pero sí exigida por el Instituto al momento de otorgar la concesión correspondiente, es la de asegurar con cualquier compañía de seguros un posible siniestro o pérdida aún -- por caso fortuito o fuerza mayor del monumento arqueológico mueble cuya tenencia se le autoriza, emitiéndose para el efecto un dictamen pericial de algún perito con cédula profesional acreditando an te el Instituto Nacional de Antropología e Historia.

Por otra parte, la concesión otorgada en favor del particular -- podrá ser revocada por el Instituto cuando no se cumpla con lo dis puesto en el artículo trece del Reglamento invocado, aunque para tal efecto será respetada la garantía de audiencia en favor del concesionario, para que éste rinda pruebas y alegue lo que a su derecho convenga.

Ahora bien, en el artículo quince del citado Reglamento, se pre vé la existencia de inspectores a quienes les será encomendada la misión de vigilar el cumplimiento no sólo de lo ordenado en el mis mo Reglamento sobre la tenencia de bienes muebles arqueológicos, si no también de que no sean infringidas las disposiciones prohibitivas contempladas en la Ley Federal sobre Monumentos Arqueológicos, -- Artísticos e Históricos.

Para tal efecto, practicarán visitas domiciliarias conforme a --

las instrucciones recibidas por el Instituto cuando se disponga la inspección, sujetándola a ciertas normas contempladas en el mismo artículo quince del Reglamento:

"I.-Se acreditarán debidamente ante el particular como inspectores de la dependencia respectiva;

II.-Durante la inspección podrán solicitar del particular la información que se requiera;

III.-Formularán acta detallada de la visita de inspección que realicen, en la que se harán constar, si las hubiere, las irregularidades que se encuentren y los datos necesarios para calificar la infracción que de ellas se derive.

Las actas deberán ser firmadas por el inspector o inspectores -- que realicen la visita y por quienes en ella intervinieron; si los interesados se negaren a firmar se hará constar esta circunstancia en el acta; y

IV.-Las actas se remitirán en un plazo no mayor de 72 horas, al -- Instituto para que, en su caso, inicie el procedimiento a que se refiere el artículo 48 de este reglamento".

A su vez, el artículo cuarenta y ocho ordena lo siguiente:

"Para la imposición de una multa, el Instituto competente citará al presunto infractor a una audiencia. En el citatorio se le hará saber la infracción que se le imputa y el lugar, día y hora en que se celebrará la audiencia en la que el particular podrá ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga. El Instituto competente dictará la resolución que proceda".

Por cierto esta última disposición se establece con el propósito de respetar cabalmente la garantía de audiencia consagrada por el artículo 14 constitucional, que en lo conducente dice:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."

Pero volviendo a las formalidades previstas en el artículo quince del multicitado Reglamento, aquéllas se estatuyen y deberán cum

plirse con estricto apego a los límites fijados por la garantía individual de legalidad que consagra nuestra Carta Magna en su artículo 16, y que en lo conducente prescribe:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Creo que, con apoyo en lo anterior, debiera adicionarse a lo establecido en la Fracción I del artículo quince del Reglamento invocado, la obligatoriedad por parte de los inspectores de exhibir la orden por escrito del Instituto Nacional de Antropología e Historia en la que se funde y motive la práctica de la visita de inspección, al tiempo de acreditarse como inspectores de dicho organismo, puesto que si estos se limitan a identificarse como tales sin exhibir la orden por escrito que acabamos de referir, se estará ante un acto inconstitucional que legitimará al particular que detente la tenencia material de cualquier monumento, a promover juicio de amparo contra dicho acto de autoridad.

Ahora bien, en el caso de que aún cumpliendo con esas formalidades, el particular impida u obstaculice al inspector el cumplimiento de sus funciones, éste podrá solicitar el auxilio de las autoridades civiles y aún militares, según lo autoriza el artículo dieciséis del propio Reglamento.

En cuanto a las características propias de la llamada concesión de uso sobre monumentos arqueológicos muebles, el multicitado Reglamento en su artículo doce, estatuye:

"La concesión de uso será nominativa e intransferible, salvo por causa de muerte, y su duración será indefinida".

Comentemos brevemente las tres características contenidas en dicho precepto:

1.-Al ser la concesión nominativa, tendrá que otorgarse a persona determinada, la cual, por sus circunstancias peculiares, deberá ser considerada apta por el Instituto Nacional de Antropología e Historia para cumplir eficazmente con las obligaciones que sean a su cargo, en función directa de la adecuada conservación del monumento -- mueble arqueológico de que se trate.

Aunado a lo anterior, la concesión deberá ser forzosamente nomi
nativa puesto que, como ya asentamos en algún momento, existe un -
Registro Público de monumentos y Zonas Arqueológicas, dependiente
del Instituto Nacional de Antropología e Historia, encargado de lle
var la inscripción de la totalidad de monumentos arqueológicos que
existan o que provenga del país, y es el caso que, conforme a lo
ordenado en el propio Reglamento, entre los aspectos que deberán
anotarse en la inscripción de un mueble arqueológico, se incluye
el del nombre y domicilio de quien lo detente. (++++)

2.- La concesión será intransferible por la razón de que, como aca
bamos de decir, al Estado y por ende al Instituto les es de suma -
importancia poder confiar, de acuerdo a sus características pecu
liares, la custodia de un monumento arqueológico mueble a una per
sona determinada, por ser aquella de interés nacional.

3.- Su duración será indefinida y por lo tanto, el Instituto podrá
en cualquier momento, exigir la entrega del monumento de que se tra
te, bien sea para que el Estado se haga cargo de su custodia defi
nitiva o simplemente para transferirla a otro particular u organis
mo público.

Cabe recordar que, según dijimos en el apartado precedente, -
la duración indefinida de esta clase de autorización es una de las
razones que nos hacen sostener más poderosamente la idea de que es
un desatino del Ejecutivo hablar de "concesión" de uso sobre bie
nes muebles arqueológicos, ya que una de las características más -
importantes de la concesión administrativa es precisamente su dura
ción temporal y en el presente caso, el mismo Reglamento prescribe
la duración indefinida de la "concesión", lo cual es una contradic
ción evidente en strictu sensu.

Como consideración final sobre esta figura jurídica que hemos ve
nido analizando en el presente apartado, pienso que su novedosa -
previsión dentro de nuestro derecho positivo, es por demás acerta
da puesto que, por una parte al Estado en ocasiones le resulta su
mamente onerosa la conservación y restauración de piezas arqueoló
gicas que si bien no dejan de ser parte importante de nuestro acervo cultural,
no se juzga tan vital su custodia directa por parte del Estado, en

relación con otras piezas más sobresalientes desde el punto de vis
ta estético pero sobre todo informativo; y por otra parte mediante
este mecanismo no se desalienta en forma absoluta a los particula-
res en la realización de nuevos hallazgos arqueológicos, puesto --
que se les brinda la posibilidad, mientras no se afecte el interés
nacional, de gozar la tenencia material del monumento mueble arqueo
lógico que hubieren hallado, por tiempo indefinido.

CAPITULO VI

A).- Principio de especialidad de la ley en el derecho penal.

En la contemplación del orden jurídico vigente, observamos un fenómeno contrario al principio de concentración jurídica, - pues cada rama del Derecho tiene sus características propias integradas según las circunstancias de carácter político, económico y social que influyen en el momento mismo de la creación de las normas por el legislador, o sea, durante el proceso de su - elaboración.

A este respecto, señala Porte Petit (1) después de analizar los artículos 14 Constitucional y 7º del Código Penal, la exclusividad de la ley penal como única fuente de esta rama del Derecho, señalando un conjunto de garantías propias que contienen los citados preceptos legales. Con esto se corrobora - que cada ordenamiento jurídico tiene sus principios básicos y - diferencias fundamentales.

No obstante lo anterior, efectivamente nos encon--tramos con sistemas jurídico-positivos donde se establecen ver--daderos tipos delictivos que tienen un precepto y su sanción correlativa, como en el derecho administrativo, derecho del trabajo y derecho mercantil. Estas disposiciones especiales significancan un verdadero apartamiento de la legislación penal común en cuanto a su colocación, mas no de fondo, por lo que cabe llamarles indistintamente derecho penal administrativo, derecho penal del trabajo y derecho penal mercantil.

Ahora bien, cualquiera que sea la ubicación o denominación conferida, son ante todo esencialmente penales y no se les puede privar de las garantías mínimas plasmadas en la Constitución, las cuales analiza Porte Petit (2).

(1) Cfr. Porte Petit Celestino. Apuntes de Derecho Penal, parte general. Pág. 30. México, 1962.

(2) Ibid.

Entre ellas, sobresale el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", que respetan aún los más decididos partidarios de la autonomía del derecho penal administrativo.

A mi modo de ver, los tipos delictivos diseminados e insertos en otras legislaciones y sus sanciones correlativas, forman parte del derecho penal y es indiscutible que dichos preceptos y sanciones contienen, al igual que los tipificados en el Código Penal, los elementos y características propios de un delito.

Refiriéndonos ahora especialmente a la materia del presente trabajo, es innegable que el estudio de los delitos arqueológicos debe realizarse a la luz del derecho penal administrativo, pues están comprendidos dentro de una ley especial como lo es la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, con las respectivas descripciones de los tipos especiales y sus sanciones correlativas.

Por otra parte, tampoco es concebible aceptar que los delitos cometidos en materia de monumentos y zonas arqueológicas formaran parte y se rigieran por los principios de derecho administrativo soslayando los principios elementales del derecho penal, y por ende, a la dogmática jurídico-penal, por lo que queda plenamente justificada la existencia de una rama especial del derecho penal como lo es el derecho penal administrativo, pues en el caso que nos ocupa la previsión en un ordenamiento legal de los delitos arqueológicos implica la consideración de elementos tanto de derecho penal como de derecho administrativo, dada la naturaleza jurídica de un monumento o zona arqueológica.

Sobre lo antes comentado, el jurista Cepeda López Hermosa con acierto señala:

"Imaginémonos las consecuencias tan funestas que traería consigo el hecho de que los tipos y las penas del infanticidio, parricidio y estupro, se incluyeran dentro de las normas -

que rigen el derecho de familia, o que el robo formara parte del régimen de propiedad dentro del Código Civil". (3)

Sin embargo, el desiderátum legislativo que se ha pretendido llevar a cabo como culminación de la técnica legislativa, ha resultado materialmente imposible, en virtud de que las necesidades y circunstancias tan variadas del medio ambiente que rodean al legislador, lo obligan a crear leyes especiales, resultando por tanto dos clases de ordenamientos legales en materia penal, a saber:

a) La ley penal especial (delitos previstos v. gr. en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos)

b).- La ley penal común (delitos comprendidos en el Código Penal Federal).

Unidas las dos, forman la legislación penal.

Ahora bien, hecha la clasificación que antecede en que destacan ambas en su carácter de ley penal como fuente de cognición del derecho penal, iniciaremos el análisis a fondo del principio de especialidad, que nace como resultado de la existencia de dos clases de normas:

a).- Las normas generales comprendidas dentro del derecho común; y

b).- Las normas especiales contenidas en diversas legislaciones.

Este problema surge invariablemente cuando dos o más disposiciones de una determinada materia, vigentes en un momento dado y dentro de un mismo territorio, regulan las mis-

(3) Ensayo de Derecho Penal Impositivo Mexicano. Pág. 13. México 1971.

mas cuestiones. Por tanto, el principio de especialidad, considera Porte Petit, surge cuando "dos o más normas disciplinan una misma cuestión prevaleciendo la especial" (4).

El fundamento legal de lo anterior lo encontramos en el propio Código Penal para el Distrito Federal, que en su artículo sexto párrafo segundo preceptúa:

"Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general".

Como un ejemplo específico de lo anterior, podemos mencionar el robo o daños causados a algún monumento arqueológico, que si fueren regulados por la legislación común, serían sancionados con las penas que el Código Penal Federal prevé para los delitos de robo y daño en propiedad ajena respectivamente, circunstancia francamente inadmisibles por razones que se apuntarán más adelante en este mismo capítulo al analizar los delitos arqueológicos en particular.

Pero continuando con lo que sobre el particular opina el maestro Porte Petit, este autor anota:

"Existe una norma especial, cuando ésta contiene la materia de la norma general, más alguna nota o elemento específico. En consecuencia, en este principio existe una concurrencia aparente de normas sobre una materia que puede ser de índole diversa". (5)

Invariablemente, un delito tipificado en el derecho penal administrativo lleva en su contenido de fondo la materia de la rama del Derecho que regula, amén de la nota o elemento específico que contienen estos preceptos y que se hacen consistir

(4) Op. Cit. Pág. 37.

(5) Ibid.

en las penas propias de las normas penales y que es lo que les da las características propias de los delitos, haciéndolos por tal motivo, tipos especiales.

En relación a las características y naturaleza de la especialidad, Edmundo Mezger cita acertadamente a Honing, quien nos dice:

"Todas las características típicas del tipo general (de la *lex generalis*) se hallan también contenidas en el tipo especial (de la *lex specialis*), pero además aún otra u otras características ulteriores (esto es, las características especializadoras que fundamentan la especialidad y, con ello, la procedencia de la *lex specialis* frente a la *lex generalis*)". (6)

Consiguientemente, las leyes penales especiales vienen a ser una legislación complementaria del derecho penal común, inserta en materias de índole muy diversa a la penal, sin que por ello la situemos fuera del derecho penal.

Así lo entiende el tratadista Cuello Calón al manifestar:

"El principio de que sólo la ley penal es la única fuente de nuestro derecho penal, no debe entenderse en el sentido de identificar aquélla con el Código Penal; ésta es sin duda la ley penal más importante, pero también son fuentes de nuestro derecho penal las llamadas leyes penales especiales". (7)

Después de haber analizado las clases de normas existentes en materia penal, se nos presenta el problema de la aplicación de las mismas, pero afortunadamente el legislador nos

(6) Hans Honing, Cit. por Mezger Edmundo en: Tratado de Derecho Penal. Tomo II Pág. 328. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1936.

(7) Derecho Penal, Tomo I. Págs. 187-188. Ed. Bosch. Barcelona. 1956.

dá la pauta para resolverlo, al establecer en el artículo sexto del Código Penal Federal en su primer párrafo, lo siguiente:

"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del libro segundo"

Este precepto obedece fundamentalmente al criterio de la unificación del derecho penal.

Abordando el análisis del contenido de dicho precepto, resalta a simple vista la existencia de tipos penales no descritos en el Código Penal pero sí previstos en otros ordenamientos jurídicos, otorgándose prioridad de aplicación al tipo especial sin que esto excluya, por supuesto, la supletoriedad de la ley penal común a la ley penal especial, en todo aquello que ésta no haya previsto. Con esto, se torna inexistente el concurso aparente de normas.

La supletoriedad del Código Penal a las leyes especiales tiene su razón de ser en virtud de que la mayoría de los tipos penales dispersos en otras legislaciones carecen de normas de índole general, pudiéndoseles comparar en ocasiones con los delitos comprendidos en la parte especial del Código Penal, pues para su debida interpretación y subsanar las lagunas que a veces presentan, es necesario remitirse a los preceptos de la parte general.

En tal forma, siendo terminante el citado precepto en cuanto a la prioridad de aplicación de la norma especial, nos encontramos con que realmente no existe en estos casos ningún conflicto por mandato expreso de la ley, sino que sólo se deriva la supletoriedad a que hemos hecho mención.

De lo anterior se concluye que el multicitado artículo trata de alcanzar la perfección de la técnica jurídica en la materia, proporcionándonos la unidad del derecho penal.

B).- Concepto del delito y sus elementos.

CONCEPTO: Antes de proceder al análisis de algunas de las innumerables definiciones que existen en torno al delito, debemos advertir que hay dos fuentes básicas de procedencia de cualquier definición que pudiera aportarse sobre el mismo, a saber:

- a).- La legal
- b).- La doctrinal

Por cuanto a la definición legal, hagamos referencia directa al concepto que del delito prevé nuestro Código Penal en su artículo séptimo y que a la letra dice:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"

En lo que concierne a la materia del presente estudio, es decir, a los delitos arqueológicos, es factible elaborar una definición retomando los elementos esenciales previstos en el Código Penal Federal.

Así podemos definir al delito arqueológico como el acto u omisión que sanciona la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas en particular, siempre y cuando el objeto sobre el cual recaiga dicha conducta sea indefectiblemente un monumento arqueológico.

Como se podrá observar, la anterior definición viene a ser una de tantas "especies" dentro del "género" contemplado en el artículo séptimo de nuestro Código Penal, pues se trata de una serie de delitos especiales previstos justamente en una ley especial, que contiene para el efecto un capítulo específico dedicado a sanciones de lo que hemos dado en llamar delitos arqueológicos.

Ahora bien, para complementar el panorama en cuanto a lo que es el delito en general, desde el punto de vista legal y admitiendo su validez en lo concerniente a los delitos arqueológicos, citaremos la crítica que sobre el particular sustenta el jurista Ignacio Villalobos:

"Estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absoluta y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos. Y no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo.

Una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos y propiedades han de ser tales que radiquen en el objeto que se define - se relacionen con él de manera que, a través del tiempo y del espacio, haya la certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos". (8)

Por otra parte, y esta vez refiriéndonos a la definición doctrinal del delito, debemos señalar que a diferencia de la definición legal ya reseñada, existen una gran diversidad de definiciones vertidas por eruditos en la ciencia del Derecho, siguiendo criterios en ocasiones opuestos; por esta razón sólo citaremos algunas de las más sobresalientes:

(8) Derecho Penal Mexicano. Pág. 192. Segunda Edición, Porrúa 1960.

Edmundo Mezger elabora una definición jurídico - substancial del delito, al decir que éste "es la acción típicamente antijurídica y culpable". (9)

El anterior concepto contiene los que son considerados por la mayor parte de la doctrina como los elementos esenciales del delito, mismos que analizaremos más adelante.

A su vez, el maestro Jiménez de Asúa nos dice:

"Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (10)

Es interesante advertir que en el anterior concepto se incluyen como elementos del delito, además de los ya mencionados en la anterior definición, la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad, mismas que son debatidas en su inclusión dentro de los elementos esenciales del delito.

Finalmente diremos que no existe aún, alguna definición dentro de la doctrina de lo que es en sí un delito - arqueológico, pero confiamos en que más adelante, dada la trascendencia que el elemento arqueológico de nuestro acervo cultural adquiere día a día, será objeto de un amplio estudio doctrinal.

ELEMENTOS: No existe un consenso absoluto en la doctrina sobre cuáles deben ser considerados como elementos esenciales con cuya conjugación pueda quedar debidamente integrado un delito en general, y en nuestro caso, un delito arqueológico.

(9) Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Pág. 201. Madrid. 1955.

(10) La Ley y el Delito. Pág. 256. Ed. A. Bello, Caracas. 1969.

A pesar de lo anterior, sí existe una aceptación general por parte de los estudiosos del Derecho en considerar indefectible la presencia de cuatro elementos primordiales, a saber:

- 1.- La existencia de una conducta.
- 2.- La tipicidad.
- 3.- La antijuridicidad.
- 4.- La culpabilidad.

La figura jurídica que ha ocasionado controversia sobre si considerarla o no como uno de los elementos esenciales del delito, es la imputabilidad, que por lo general se toma como un mero presupuesto de la culpabilidad o aún como un elemento comprendido dentro de esta última, por lo que tal figura la estudiaremos antes de abordar el análisis de la culpabilidad.

- 1.- La existencia de una conducta.

Este elemento esencial del delito a cuyo estudio nos avocaremos, se conoce también bajo otras denominaciones, tales como: acto, acción, hecho, etc., aunque el vocablo al que se recurre con mayor frecuencia es el de conducta, pues dentro de él se puede incluir perfectamente tanto el hacer positivo como el negativo, es decir, que dentro de tal concepto se puede subsumir la acción y la omisión.

Celestino Porte Petit se muestra partidario de emplear los términos conducta y hecho para referirse al elemento objetivo del delito. Sobre el particular, nos dice:

"No es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito según la descripción del tipo" (11)

(11) Programa de la Parte General del Derecho Penal. Pág. 160. Mex. 1959.

Para consolidar su punto de vista, cita las opiniones de Cavallo y Battaglini. Para el primero, el hecho "en sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido" y para el segundo, el hecho "en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado". (12).

De acuerdo con esta terminología, a veces el elemento esencial del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión) y otras, cuando la ley requiere, además de la acción o de la omisión, la producción de un resultado material unido por un nexo causal. Así, si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica.

Si nos acogieramos a la posición anterior, y a modo de ejemplo dentro del campo de los delitos arqueológicos, al que comercie con un monumento arqueológico estaría realizando una conducta, pues se trata simplemente de una acción.

En cambio, al que por medio de incendio, inundación o explosión dañe o destruya un monumento arqueológico, estaría ejecutando un hecho, ya que además de la acción consistente en incendiar, inundar o provocar una explosión en un monumento arqueológico, se requiere necesariamente que éste se dañe o destruya como consecuencia directa de aquella acción.

En lo personal, estamos enteramente de acuerdo en que se distingan una y otra situaciones, aún cuando resulte discutible el empleo del término "hecho" para aludir a la acción u omisión, el resultado y su necesario nexo causal, pues, como asienta Castellanos Tena "en el lenguaje ordinario, por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse

(12) Ibid. Pág. 161.

en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un - hecho. También los fenómenos naturales son hechos." (13)

Ahora bien, el elemento esencial que estamos analizando puede presentar las formas de:

- a) acción
- b) omisión y
- c) comisión por omisión.

Por lo que toca a la acción, stricto sensu, es - "todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación". (14)

Asímismo, Cuello Calón define a la acción como - "el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca". (15)

Por otra parte, mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión se conforman por una inactividad, radicando la diferencia entre una y otra en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto que en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Ahondando en lo anterior, digamos que la omisión consiste en un abstenerse de hacer algo que debe ser ejecutado, infringiendo una norma dispositiva a diferencia de los delitos de acción, en los que se viola una disposición prohibitiva; en cambio, en la comisión por omisión hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse, transgrediendo - así dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva.

13) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 148. Ed. Porrúa 1981.

14) Ibid. Pág. 152.

15) Cit. por Castellanos Tena. Op. Cit. Pág. 152.

"Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva". (16)

En otras palabras, en los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. Por el contrario, en los de comisión por omisión se requiere necesariamente la aparición de un resultado material, o sea, una mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el Derecho ordena.

Cuando empleamos los términos conducta y hecho al analizar el primero de los elementos esenciales del delito, dijimos que la diferencia entre uno y otro consistía en que mientras en la primera se actualizaba una acción u omisión simples, el segundo implicaba adicionalmente la existencia de un resultado material, unido por un nexo causal. Pues bien, bajo este criterio podemos deslindar asimismo el contenido de la omisión y comisión por omisión respectivamente, pues aquélla viene a ser tan sólo una conducta, en tanto en los delitos de comisión por omisión se trata de un hecho (conducta, resultado y nexo causal). En la omisión simple únicamente se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión se quebrantan dos normas:

La dispositiva (que impone el deber de obrar) así como la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado).

Abundando en lo anterior, en los delitos de omisión simple el tipo se llena con la inactividad; en los de comisión por omisión cuando por la inactividad emerge el resultado material.

Ejemplificando un delito de simple omisión en materia arqueológica, podemos citar el caso sancionado en la Ley sobre Protección y Conservación de Monumentos Arqueológicos de 1934, de un particular propietario de algún objeto arqueológico que omitiera inscribirlo en el Registro de la Propiedad Arqueológica Particular dentro del plazo concedido para tal efecto por la propia ley.

2.- La Tipicidad:

Constituye el segundo elemento esencial de un delito. Como tal, su ausencia impide la configuración de la figura delictiva, habida cuenta de que nuestra Carta Magna establece en su artículo catorce:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

De lo anterior se desprende que no existe delito sin tipicidad.

Por otra parte, conviene aclarar respecto a esta figura jurídica, que en ocasiones suele confundírsele con el tipo. Mientras aquélla no es sino la adecuación de una conducta concreta con la descripción que en forma abstracta formula la ley, el tipo es la descripción legal de un delito y deriva de un acto de creación legislativa.

Ahora bien, el tipo puede estar compuesto por varios elementos:

- a) el objetivo
- b) el subjetivo y
- c) el normativo.

El elemento objetivo, lo fija la ley en forma - descriptiva refiriéndose a un movimiento corporal o a un resultado material, esto es, al ser el tipo por esencia descriptivo, se refiere a estados y acontecimientos tangibles con la excepción de aquéllos en que sólo se regula una conducta sin hablar de resultado externo.

En la exploración ilícita de monumentos o zonas arqueológicas, por ejemplo, el elemento objetivo lo constituye el hecho de realizar trabajos materiales de exploración arqueológica, bien sea por excavación, remoción o por cualquier otro medio, sin previa autorización del Instituto Nacional de Antropología e Historia.

El elemento subjetivo del injusto, determina los estados anímicos del autor y que se refieren exclusivamente a la culpabilidad. En tal forma, no será delictuosa una conducta cuando no vaya acompañada de una dirección subjetiva del sujeto, requerida por el tipo.

Finalmente los elementos normativos son aquéllos que requieren por parte del Juez, una previa actividad valorativa de la ilicitud. (17)

A este respecto, Mezger observa que "...en los elementos típicos normativos, se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho..." (18)

Ausencia de Tipo y de Tipicidad:

Uno de los elementos negativos del delito es el de la atipicidad, que se verifica cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal; es la ausencia de -

(17) Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. Pág. 254.

(18) Op. Cit. Pág. 396.

adecuación de la conducta al tipo. Cuando la conducta no es típica, no podrá ser considerada nunca como delictuosa.

Refiriéndose a la distinción entre ausencia de tipo y de tipicidad, Castellanos Tena comenta:

"Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos; en cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada..."
(19)

Como un caso de ausencia de tipicidad dentro del campo de los delitos arqueológicos, podemos citar lo previsto en el artículo cuarenta y ocho de la Ley Federal sobre Monumentos..., que textualmente dice:

"Al que valiéndose del cargo o comisión del Instituto Nacional de Antropología e Historia o de la autorización otorgada por éste para la ejecución de trabajos arqueológicos, disponga para sí o para otro de un monumento arqueológico mueble, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa de tres mil a quince mil pesos.

Si los delitos previstos en esta Ley, los cometen funcionarios encargados de la aplicación de la misma, las sanciones relativas se les aplicarán independientemente de las que les correspondan conforme a la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos".

En la hipótesis prevista en el primer párrafo del citado artículo se precisa, para configurarse el delito a que se refiere, no sólo que el agente disponga, para sí o para otro, de un monumento arqueológico mueble, sino que dicho

(19) Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. Pág. 172.

acto deberá realizarlo invariablemente por virtud del cargo o comisión conferidos por el Instituto Nacional de Antropología e Historia o, en su caso, valiéndose de la autorización otorgada por dicho organismo para realizar cualquier tipo de trabajos arqueológicos.

Es indubitable que en toda atipicidad hay falta de tipo, pues si un hecho concreto no encuadra exactamente en la hipótesis prevista por la ley, respecto de él no existe tipo.

Adhiriéndonos al criterio sustentado por el maestro Castellanos Tena por cuanto a las causas de atipicidad, pueden éstas reducirse a las siguientes:

"a).- Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo o pasivo; b).- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c).- Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo; d).- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley; e).- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f).- Por no darse en su caso, la antijuridicidad especial". (20)

Ciertas veces el legislador, al describir el comportamiento, hace referencia a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo o aún en ambos; tal ocurre precisamente en el delito arqueológico que analizamos al hablar sobre la atipicidad, en especial, por lo que se refiere al supuesto previsto en su segundo párrafo, pues para que se configure, el sujeto activo deberá tener la calidad de funcionario público encargado de la aplicación de dicha Ley.

Sin la institución o interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de posesión en el caso -

(20) Op. Cit. Pág. 173.

de transportar o exhibir ilícitamente un monumento arqueológico mueble. Se presentará atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, en casos como cuando se provoca una explosión o un incendio en un lugar determinado, pero sin dañar ni mucho menos destruir algún monumento arqueológico.

Otras veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo. En caso de no reunirse, la conducta sería atípica; por ejemplo, la sanción de trabajos materiales de exploración que se lleven a cabo en alguna zona de monumentos arqueológicos.

Asimismo, hay casos en que la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, las cuales han de verificarse necesariamente para la integración del delito; v.gr. la sanción a que se hace acreedor aquél que se apodera de un monumento arqueológico mueble "sin consentimiento de quien puede disponer de él con arreglo a la ley".

Por otra parte, hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; estos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que se persigue. Son diversas las descripciones que aluden a los conceptos "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc. Su ausencia hará operar una atipicidad, como ocurre v.gr. en los tipos relativos a los artículos 199 bis, 277 y 323 del Código Penal para el Distrito Federal.

Finalmente y por excepción, existen algunos tipos que contienen una especial antijuricidad, como es el caso, en materia de delitos arqueológicos, de que se reproduzca un monumento mueble arqueológico sin el permiso y la inscripción correspondientes. En dicho supuesto, cuando el agente obra justificadamente, esto es, con la permisión legal, no se col-

ma el tipo y las causas que en el caso de otros ilícitos serían por su naturaleza causas de justificación, tornaríanse atipicidades en casos como el que acabamos de mencionar.

3.- La Antijuridicidad.

Para la consumación de cualquier delito arqueológico, es indispensable que la conducta o el hecho, según sea - el caso, además de ser típico sea antijurídico, o en otros términos, que no se encuentre protegido por alguna causa de justificación.

Sobre la antijuridicidad no están acordes todos - los tratadistas; unos en cuanto a la terminología, otros respecto al significado de lo injusto o lo antijurídico; algunos más sobre la objetividad o subjetividad de la antijuridicidad, etc.

Este, que es el tercer elemento esencial del delito, ha dado origen a diversas definiciones entre los autores, - influenciados por el punto de vista de cada uno de ellos.

Así, el maestro Ricardo Franco Guzmán opina:

"La antijuridicidad debe entenderse en sentido - teleológico, de contenido, de modo que comprende no sólo una simple y formal contrariedad a la norma, sino la ilicitud que objetivamente lesione al derecho. Una de las funciones que éste realiza, consiste precisamente en la valoración de la - conducta humana, que consumada en su momento objetivo, se califica como antijurídica". (21)

A su vez, Jiménez de Asúa dice:

"La antijuridicidad es lo contrario a derecho"(22)

(21) La Subjetividad en la Ilícitud. Pág. 44. México. 1959.

(22) Op. Cit. Pág. 952.

Resulta asimismo interesante la posición que sus-
tenta el maestro Porte Petit en relación al tema, pues mani-
fiesta que "para la existencia de la antijuridicidad se re-
quiere una doble condición: positiva una, adecuación a una -
norma penal, y negativa otra, que no esté amparada por una de
exclusión del injusto". (23)

La conducta, por tanto, será antijurídica si no
está protegida por alguna de las causas que enumera el Código
Penal en su artículo quince.

En suma, consideramos como hecho antijurídico, al
que objetivamente es contrario a los intereses protegidos por
la norma penal y sin existir al respecto ninguna excluyente de
responsabilidad.

Sin embargo, para algunos tratadistas la antijuri-
didad está condicionada a la presencia en el tipo de elemen-
tos subjetivos que hacen referencia a una determinada finali-
dad, dirección o sentido que el agente ha de dar a su comporta-
miento y que son decisivos para establecer también la culpabi-
lidad del agente.

En efecto, en ocasiones nacen concomitantemente -
la antijuridicidad y la culpabilidad, con motivo de la existen-
cia de elementos subjetivos en el tipo, mismos que reflejan -
una actitud psicológica del sujeto dirigida a un fin determina-
do, pues al adecuarse la conducta al tipo, necesariamente es -
antijurídica y culpable.

—Causas de licitud:

Las causas impeditivas del nacimiento de la anti-
juridicidad son aquéllas que la excluyen por disposición ex--

(23) Op. Cit. Pág. 180.

presa de la ley, haciendo conforme a derecho, aquello que de otra manera sería contrario a derecho.

A las circunstancias que obstaculizan el nacimiento de este elemento esencial del delito, se les llama generalmente causas de justificación, y fundándonos en el artículo quince de nuestro Código Penal, podemos destacar las siguientes:

- a).- Cuando incurre el agente en actividad o inactividad involuntarias.
- b).- Padecer el inculpado trastorno mental.
- c).- Legítima defensa.
- d).- Estado de necesidad.
- e).- Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.
- f).- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado.
- g).- Obediencia jerárquica.
- h).- Impedimento legítimo.
- i).- Causar un daño por mero accidente al realizar un hecho lícito.
- j).- Error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales del tipo.

Siguiendo el orden de los elementos esenciales del delito en cuanto a su nacimiento, podemos asegurar que: si no hay conducta no existirá el delito; si no nace la adecuación típica, tampoco habrá delito; y si no se produce la antijuridicidad, estaremos también ante la inexistencia del delito. En consecuencia, al no configurarse cualquiera de los tres elementos precedentes a la culpabilidad, es indudable que en última instancia tampoco existirá ésta, más lo anterior no significa necesariamente que se les deba llamar excluyentes de responsabilidad, pues dentro de las comprendidas dentro del artículo invocado, no sólo se señalan las causas de inculpabilidad, sino también un caso de ausencia de conducta (fracción primera) y algunas causas de licitud,

Ciertamente las causas de licitud, o también causas de justificación, vienen siendo la excepción a una regla. Efectivamente, en toda norma penal se hace la descripción de una conducta o hecho, y al adecuarse el agente al tipo sin la concurrencia de alguna atipicidad, nace invariablemente la antijuridicidad; pero puede darse el caso de que la conducta o hecho desarrollados se adecúen a una de las fracciones del multicitado artículo quince del Código Penal, consideradas como causas de licitud, y en esa forma, se legitiman por disposición expresa de la ley.

Ahora bien, dentro de las causas de justificación enumeradas en el citado artículo del Código Penal, a la que se alude en la fracción X reviste una singular importancia en el campo de los ilícitos arqueológicos, pues pienso que es la que se da con mayor frecuencia cuando se llevan a cabo exploraciones arqueológicas. La referida fracción prevé como causa de licitud:

"Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas",

Tal hipótesis legal puede actualizarse desde el caso de una persona que sin realizar ninguna obra de exploración, ni teniendo contacto alguno con un monumento o zona de monumentos arqueológicos, produce sin intención y sin que me die negligencia, algún deslave o derrumbamiento de tierra que traiga como consecuencia el deterioro o destrucción de uno o más monumentos arqueológicos, hasta el de un arqueólogo que realizando las tareas propias de su trabajo ocasione sin intención y sin imprudencia, algún daño grave o irreparable en algún monumento arqueológico; por ejemplo, cuando al analizar la composición de una pieza arqueológica en el mismo lugar del hallazgo, tal pieza súbitamente sufriera cuarteaduras o su desintegración total, etc.

La Imputabilidad:

Como dijimos al abordar inicialmente el punto de los elementos esenciales del delito, mientras hay ciertos tratadistas que consideran la imputabilidad como una figura completamente ajena a la culpabilidad, esto es, que los conciben como elementos autónomos del delito, hay otros que dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella a la imputabilidad,

Hay además una tercera posición, sostenida entre otros por el maestro Castellanos Tena, que pugna por considerar a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad.

Consideramos idóneo este tercer criterio, pues, como veremos más adelante, si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, es evidente que el sujeto realizador de la conducta o hecho, debe ser capaz de entender y de querer, pues para reprochar a un hombre en sus actos y castigarlo, es necesaria la existencia de un nexo psíquico entre el autor y el resultado.

Así, Von Liszt opina:

"En un sentido puramente formal, puede ser también definida la imputabilidad como la capacidad de realizar actos referentes al derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción", (24)

En base a lo anterior, diremos que la imputabilidad es el conjunto de condiciones psicológicas o psíquicas existentes en el momento de la consumación del delito, y que dan la suficiente capacidad al agente para podersele reprochar su comportamiento

(24) Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Pág. 67. Ed. Reus. Madrid. 1970.

La Inimputabilidad:

Sin imputabilidad, la existencia del delito es im posible y no se admite excepción de ninguna clase; por consi-- guiente, la ausencia de la facultad psíquica de querer y cono-- cer en los sujetos, anula la imputabilidad, requisito indispen-- sable para poder configurarse un delito en general.

Podemos decir que las causas de inimputabilidad - son aquéllas que sean capaces de anular el funcionamiento o la salud mental de la persona, en cuyo caso ésta carece de aptitud psicológica para la delictuosidad; de este modo, todo sujeto - será imputable mientras no concurra alguna causa que lo ex-- cluya.

En general, las causas anulatorias de este presu-- puesto pueden ser:

- a).- La falta de salud mental, o sea, el trastor-- no mental permanente.
- b).- La falta de desarrollo mental (menores de - edad y sordomudos).
- c).- El trastorno mental transitorio.

En el primer caso, no habrá delito por carecer el agente de las facultades mínimas del intelecto, para pensar, - conocer y decidir un determinado comportamiento, situación pro-- ducida por enfermedades patológicas (imbecilidad, idiotez, etc) o por un desequilibrio mental de origen traumático.

En cambio, en el segundo supuesto la inimputabili-- dad se hace consistir en la falta de madurez mental, que puede-- tener como causas un retraso en el desarrollo de la intelligen-- cia (sordomudez), o bien el no haber alcanzado la madurez men-- tal completa (menores de 18 años).

La última causa anulatoria, consiste en un estado de trastorno mental pasajero producido por diferentes causas -

que actúan en el sujeto, privándolo de sus facultades mentales en el momento de la consumación de una conducta o hecho considerados delictuosos.

Dentro de este apartado, conviene hacer ciertos comentarios sobre la causa de inimputabilidad prevista en el artículo quince del Código Penal en su fracción VI, que textualmente dice:

"Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

Pues bien, en la fracción que acabamos de transcribir, se habla de miedo grave o fundado temor, que técnicamente son conceptos disímbolos; tan lo son, que el miedo grave constituye una verdadera causa de inimputabilidad, mientras que el temor fundado sólo puede originar una inculpabilidad. En esencia, el miedo grave responde a procesos causales psicológicos, no así el temor, que debe su origen a procesos materiales.

Sobre el particular, Octavio Véjar Vázquez expresa:

"Ya se sabe que el miedo difiere del temor, en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro". (25)

Sin considerar claramente la distinción a que nos acabamos de referir, por su parte Francisco González de la Vega comenta:

"Aquí contempla el legislador la vis compulsiva que no anula la libertad pero que actúa en ella en forma tal,-

(25) Cit. por Franco Guzmán Ricardo. Op. Cit. Pág. 101.

que disminuye la posibilidad de elección entre el mal de cometer un delito y el propio mal que amenaza al agente. La gravedad del miedo o lo fundado e irresistible del temor, son valores que deben ser justipreciados por el juez teniendo en cuenta, como dice Carmignani, el carácter más o menos intimidante de la amenaza, y la naturaleza más o menos débil del amenazado, pues la vis compulsiva no priva de la posibilidad física de obrar sin violar la Ley." (26)

Por último, es interesante observar que por lo que respecta a los sordomudos como sujetos inimputables, el Código Penal en vigor ya no los considera expresamente como tales, al modificarse el anterior contenido del artículo sesenta y siete de dicho ordenamiento.

Algo similar ocurre en el caso de los menores de edad, al ser derogados los artículos del ciento diecinueve al ciento veintidós del mencionado Código Penal, por la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal; pero a diferencia del caso de los sordomudos, la consideración de los menores de edad como sujetos inimputables, sigue regulándose actualmente, aunque en forma supletoria, por la Ley de referencia.

4.- La Culpabilidad.

Para poder reprochar a un sujeto una conducta o hecho ilícito, es necesario, antes de querer determinar el grado de culpabilidad, considerar que sea capaz de pensar, querer y obrar, o en otros términos, ser imputable, y una vez delineada su capacidad, podemos analizar el elemento psíquico para evaluar ahora sí el grado de culpabilidad implícito en su comportamiento.

(26) El Código Penal Comentado. Pág. 76. Ed. Porrúa. 1981.

Para la comisión de un delito no basta que la conducta o hecho sean típicos, antijurídicos y el sujeto imputable, pues en el agente deben concurrir forzosamente en el momento de actuar, las facultades intelectuales mencionadas al hablar de la capacidad y de las cuales se desprenden las diferentes formas de culpabilidad.

En efecto, una persona capaz de pensar puede cometer un delito por dejar de hacer la conducta (irreflexión) y al cual se le considera culposo; en cuando al concepto querer, se subsume en el elemento volitivo y ocasiona el delito doloso, implicando necesariamente por parte del sujeto, un previo razonamiento; por último, del obrar también puede originarse un hecho delictuoso (impericia, falta de cuidado, etc.) provocando el nacimiento de la culpa.

Sobre la definición de la culpabilidad, se han agrupado los autores en dos corrientes:

- a).- la psicológica
- b).- la normativa.

Para la concepción psicologista, la culpabilidad consiste en una relación de carácter psicológico existente entre el agente y el hecho antijurídico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad. La presencia del elemento subjetivo se agota en el proceso intelectual-volitivo, o sea, reside en la relación subjetiva existente entre el autor y el hecho ilícito.

En cambio, para los normativistas "no es solamente -expresa Jiménez de Asúa- una simple liga psicológica que existe entre el agente y el hecho antijurídico, ni se debe ver como la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio del reproche de ese contenido psicológico, que no viene

a ser más que el presupuesto de la misma valoración o el contenido del juicio de culpabilidad". (27)

Lara Mezger "la culpabilidad es el conjunto de - aquellos presupuestos de la pena, que fundamenta frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (28)

Asimismo, para el citado maestro Jiménez de Asúa, "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (29)

En la definición anterior se entrevé claramente - que su fuente de procedencia es normativista.

- Formas de Culpabilidad:

De los mecanismos psicológicos, físicos, intelectuales, sentimentales y volitivos del individuo nacen las diferentes formas de la culpabilidad como consecuencia de la comisión de un delito, ya sea producido por un comportamiento voluntario con pleno conocimiento de su antijuridicidad (dolo), o el causado por impericia, negligencia, falta de cuidado, etc., (culpa) y el que tiene por origen la conjugación de las dos precedentes, al ocasionarse un resultado mayor al querido (preterintencionalidad).

Por disposición expresa de nuestro Código Penal - vigente, la culpabilidad, concepto genérico, admite tres especies, a saber:

(27) Op. Cit. Pág. 468.

(28) Op. Cit. Pág. 200.

(29) Op. Cit. Pág. 444.

- a).- El dolo
- b).- La culpa y
- c).- La preterintencionalidad (artículos octavo y noveno)

A este respecto, es bueno recordar a Jiménez de Asúa, quien estima que la culpabilidad al contrario de los otros elementos, debe enunciarse en los códigos en forma positiva, con todo esmero y detalle, sin olvidar el necesario esfuerzo de síntesis. (30)

El anterior criterio es de lo más acertado, pues este elemento constituye sin duda alguna y dentro de la dogmática jurídico penal, uno de los contenidos jurídicos más complejos, y, sobre todo, al aplicarse en particular a cada situación considerada como delito.

A continuación y por ser de cierta trascendencia para nuestro trabajo, haremos un breve estudio de los dos componentes esenciales de la culpabilidad: el dolo y la culpa (imprudencia).

- El Dolo:

La forma más grave y de mayor frecuencia, aún en los delitos arqueológicos y dentro de la culpabilidad, la constituye el dolo, concepto que ha seguido una evolución larga y difícil, "hasta llegar a hacerlo consistir en la intención que acompaña a un acto delictuoso o en la voluntad con que se realiza" (31)

El dolo en el derecho romano era concebido como engaño o artificio.

(30) Cfr. Ibidem.

(31) Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Pág. 434. Buenos Aires. 1959.

"Omnis calliditas, fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita".

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste "en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso". (32)

Para el tratadista Carrara, "el dolo es la intención más o menos perfecta de realizar un acto que se sabe contrario a la ley". (33)

En cuanto a su definición, el mismo autor expresaba que "el animus nocendi no aparecía como criterio esencial y constante del dolo; y haciendo referencia a la opinión que requiere ese animus como perpetua condición del dolo, ella no considera la verdadera objetividad jurídica del delito". Sostenía, en conclusión, que, "en los delitos dirigidos contra el individuo, el ánimo de daño podrá ser necesario para establecer el dolo; pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser, a menudo, indiferente, porque la determinación de violar la ley comprende, en sí misma, la idea del daño social". (34)

Por su parte, el maestro Jiménez de Asúa, define a esta forma de la culpabilidad como "la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (35)

(32) Cit. por Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Pág. 239.

(33) Cit. por Gómez Eusebio. Op. Cit. pág. 435.

(34) Ibid.

(35) Op. Cit. Pág. 459.

Creo que el concepto anterior es bastante explícito en cuanto al contenido esencial del dolo, pues abarca un actuar consciente y voluntario encaminado a la producción de un resultado antijurídico, y por ende típico.

Elementos del dolo:

A decir del maestro Castellanos Tena, el dolo - contiene dos elementos primordiales: uno ético y otro volitivo o emocional.

El primero se configura cuando hay conciencia, - por parte del agente, de que está quebrantando un deber.

El segundo, también llamado psicológico, consiste en la voluntad de ejecutar el acto delictuoso, o como asienta el propio autor, "en la volición del hecho típico". (36)

El tratadista Eusebio Gómez coincide, en lo fundamental, con el anterior criterio, pues en su concepto los elementos del dolo son:

"el conocimiento de la relación de causalidad entre el obrar propio y el resultado; y la voluntad de la acción que se realiza y del resultado que sobrevendrá". (37)

El propio tratadista argentino nos dice en su obra que la representación de los resultados, según otra teoría, - debe ser, antes que la voluntad, el elemento esencial del dolo, y que la noción de que se trata ha de fundarse en la voluntad y la representación de manera conjunta. (38)

Diversas especies de dolo:

Por lo general, cada tratadista sostiene su propia clasificación de las especies dolosas, pero es significati

(36) Op. Cit. Pág. 239.

(37) Op. Cit. Pág. 436.

vo el consenso de eruditos que las clasifican en cuatro clases, a saber:

a).- Dolo directo: Se configura cuando el agente preconcebe y desea la realización de un resultado tipificado por la ley penal.

En términos más simples, "el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente" (39)

V.gr. una persona que saque del país determinado monumento arqueológico mueble sin permiso del Instituto Nacional de Antropología e Historia.

b).- Dolo indirecto: Se presenta cuando el sujeto actúa aún con la convicción de que tras la ejecución del hecho penalmente tipificado y cuya verificación desea el agente, motivará concomitantemente el acaecimiento de un ilícito diverso de aquél.

V. gr. un grupo de individuos que deciden destruir una zona arqueológica mediante un incendio que, por la copiosa vegetación que existe tanto en el lugar como en sus alrededores, se extenderá y ocasionará daños irreversibles a las viviendas y riqueza forestal de la región.

c).- Dolo eventual: En esta clase de dolo, hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado.

A decir de Castellanos Tena, "existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias". (40)

(38) Cfr. Ibid. Pág. 437.

(39) Derecho Penal. Tomo I. Pág. 307. Octava Edición. 1947.

(40) Op. Cit. Pág. 240.

Por su parte, Ignacio Villalobos sostiene que se da el dolo eventual "cuando el sujeto se propone un evento determinado, previniendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente, a diferencia del simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido..." (41)

V. gr. cuando una persona mutila alguna figurilla zoomorfa hallada dentro de su propiedad, aún a pesar de su muy probable naturaleza arqueológica, a juzgar por sus características externas y material con que fue elaborada.

d).- Dolo indeterminado: Se actualiza cuando hay en el sujeto una intención genérica de delinquir, sin definir la motivación de un resultado delictivo en particular.

V. gr. quien arroja desde un helicóptero y dentro del perímetro comprendido por una zona arqueológica, bombas explosivas con cuya explosión no persigue ningún propósito delictivo en particular sino tan sólo la realización de un daño a la sociedad en general.

— La Culpa:

Existe culpa cuando se actúa sin intención y sin la debida diligencia, ocasionándose por tal motivo un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. (42)

Elementos de la culpa:

Como primer elemento debemos señalar a la conducta humana, pues se requiere forzosamente de un actuar voluntaria

(41) Op. Cit. Pág. 293 y 294.

(42) Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. Pág. 325.

rio (positivo o negativo); en segundo lugar, es necesario que esa conducta voluntaria se lleve a cabo sin las cautelas o - precauciones exigidas por el Estado; asimismo, que los resultados del acto estén tipificados penalmente y que sean además previsibles y evitables; finalmente, se precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. (43)

Especies de culpa:

En general se reconocen dos especies principales de culpa:

a).- Culpa consciente (con previsión o con representación): Ocurre cuando el agente "ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción". (44)

V.gr. el mismo caso con que ilustramos el dolo eventual, pero con la variante de que la persona de referencia, antes de proceder a la mutilación de la figurilla, procura recurrir a algún centro regional del Instituto Nacional de Antropología e Historia, pero por no haberlo dentro de su localidad y urgirle la mutilación de la figurilla con fines supersticiosos, procede a su realización con la esperanza de que no se trate de un monumento arqueológico.

b).- Culpa inconsciente (sin previsión o sin representación): Se da cuando no se prevé un resultado penalmente tipificado que resulta ser previsible, por falta de diligencia.

V.gr. cuando el propietario de un terreno circundado por árboles y monumentos arqueológicos inmuebles, procede a quemar en el interior de aquél un bulto considerable de residuos altamente inflamables sin tomar las debidas precau--

(43) Cfr. Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Pág. 247.

(44) Ibid.

ciones, trayendo como consecuencia la propagación del fuego y el resultante deterioro de los monumentos arqueológicos allí localizados.

A la culpa inconsciente solía clasificársele, siguiendo el criterio sustentado en el campo del derecho civil, en lata, leve y levísima, según fuera mayor o menor la previsión del resultado delictuoso.

Dicha clasificación ha sido acogida por nuestro Código Penal sólo por cuanto a que la gravedad o levedad de culpa hace operar una mayor o menor penalidad del delito cometido, según se desprende de la lectura del último párrafo del artículo sesenta de dicho ordenamiento en sus dos primeras fracciones:

"...La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52 y las especiales siguientes:

I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II.- Si para ello bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia..."

El maestro Castellanos Tena nos dice que "la culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy cuidadosos". (45)

Finalmente diremos que como lo ordena el propio artículo sesenta del citado Código Penal, cuando se esté ante

(45) Op. Cit. Pág. 248.

la presencia de un delito culposo (imprudencial), éste se sancionará "con prisión de tres días a cinco años y suspensión - hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para - ejercer profesión u oficio".

Por cuanto a la pena corporal, el mismo ordenamiento en su artículo sesenta y uno prescribe que en el caso a que nos acabamos de referir, la pena aplicable no podrá exceder de las tres cuartas partes de la que correspondería si el delito de que se trata fuera intencional.

Para ejemplificar lo anterior en materia de delitos arqueológicos, cite mos el caso de una persona que tripulando su vehículo se proyecta directamente contra algún inmueble arqueológico ocasionándole daños de regular magnitud.

El artículo cincuenta y dos de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas dispone lo siguiente:

"Al que por cualquier otro medio (esto es, que no sea por incendio, inundación o explosión) dañe o destruya un monumento arqueológico, artístico o histórico, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa hasta por el valor del daño causado".

Pues bien, en el caso que nos ocupa si el juez determina que se trata de un delito imprudencial por atribuir su comisión al evidente estado de distracción en que venía conduciendo en ese momento el sujeto, para poder individualizar la pena que corresponde al inculpado, deberá calcular previamente la sanción que le hubiere correspondido en el supuesto de que fuera intencional el delito de que se trata y una vez obtenido el resultado calcular las tres cuartas partes del mismo para así, dentro de ese margen, resolver sobre

la pena corporal definitiva que habrá de purgar el inculpado.

Con base en lo anterior, si dentro de los límites impuestos por el artículo arriba transcrito, el juez considerara una pena corporal de cinco años y seis meses para el caso de que el delito fuere intencional, la pena máxima aplicable en el caso que estamos analizando sería de cuatro años, un mes y quince días por tratarse de un delito culposo, y no de cinco años como lo estatuye el artículo sesenta del multicitado Código Penal.

En cuanto a la suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio previstas en el mismo artículo, se interpreta limitándolas a las actividades que tienen relación con el daño causado imprudentemente, aunque es necesario advertir que esta disposición es obsoleta cuando un delito arqueológico lo comete algún funcionario encargado de la aplicación de cualquiera de los señalamientos prescritos por la Ley de Monumentos en materia de arqueología, ya que supletoriamente se le aplicarán las sanciones que para el efecto disponga la Ley Federal de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

C). Transmisión ilícita de la propiedad de monumentos arqueológicos.

Como vimos en el capítulo segundo al analizar la naturaleza jurídica de los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles, estos son por ley propiedad de la nación, y por estar comprendidos dentro de los del dominio público, son inalienables e imprescriptibles.

Ahora bien, por ser inalienables, los monumentos arqueológicos quedan sustraídos del régimen jurídico privado en la totalidad de sus relaciones, esto es, no podrán formar parte en ningún caso del patrimonio de un particular, y por ende, su comercialización será nula de pleno derecho.

Dicho lo anterior, conviene recordar ciertos puntos esenciales que caracterizan a las obligaciones de dar, en general, y al contrato de compra venta, en particular, por ser el sostén jurídico fundamental en la comercialización de cosas.

Existen tres grupos importantes de obligaciones;

- a) Obligaciones de dar
- b) Obligaciones de hacer
- c) Obligaciones de no hacer.

Esta clasificación es de suma importancia en nuestro derecho, ya que es la base de la reglamentación de los efectos de las obligaciones.

Las obligaciones a su vez tienen un objeto que consiste fundamentalmente en la prestación de una cosa o de un hecho. Utilizando la terminología legal, éstas consisten en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

En resumen, tenemos objeto directo de una obligación o contrato, en la prestación de una cosa o hecho, o en su caso, en su abstención; y también habrá un objeto indirecto que se hará consistir en la cosa material o en el hecho positivo o negativo sobre cualquiera de los cuales recaiga el cumplimiento de la prestación,

Requisitos de las obligaciones de dar:

Como asentamos en un principio, importante en este trabajo es únicamente considerar, dentro de la familia de las obligaciones, únicamente a las obligaciones de dar y con ello a la prestación de la cosa.

El artículo 2011 del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa las diversas alternativas en que puede consistir una prestación de cosa:

- a) La transmisión de dominio de cosa cierta y de terminada;
- b) la enajenación temporal del uso y goce de cosa cierta y determinada;
- c) la restitución de cosa ajena y
- d) el pago de la cosa debida.

A efecto de que la cosa pueda integrar objeto de obligación, es decir, para que una persona se obligue a dar una cosa, esa debe satisfacer previamente determinados presupuestos legales que podemos sintetizar fundamentalmente en dos proposiciones:

- 1) Que sea físicamente posible.
- 2) Que sea jurídicamente posible.

Por lo que respecta a la primera proposición, son de considerarse dos supuestos:

- a) Que la cosa exista en la naturaleza.
- b) Que, si no existe, sea susceptible de existir. De ahí que un objeto futuro pueda ser objeto de contrato.

Respecto a la segunda proposición son de considerarse dos supuestos básicos para la comprensión de nuestro tema:

- a) Que sea determinado o determinable en cuanto a su especie.
- b) Que no esté fuera del comercio.

Este último supuesto es determinante en la comprensión de los presupuestos legales de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

En efecto, en los términos de nuestra legislación positiva están fuera del comercio las cosas por dos causas fundamentales, a saber:

- a) Por su naturaleza,
- b) Por disposición de la ley,

a) Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente.

b) Están fuera del comercio por disposición de la ley aquéllas que ésta declara irreductibles a propiedad particular; es decir, cuando la ley declara irreductibles las cosas a propiedad particular, éstas no pueden integrar un objeto de obligación y con ella de contrato. En otras palabras, un contrato que tenga por objeto cosas que están fuera del comercio, es inexistente por falta precisamente de objeto, ya que aquéllas están imposibilitadas de integrar objeto de obligación.

Los efectos jurídicos principales que produce la sustracción del comercio de las cosas, es que éstas no pueden ser enajenadas ni tampoco pueden prescribir en favor de persona alguna, según habíamos dicho al tratar a los monumentos arqueológicos como bienes del dominio público. Sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio (artículo 1137 del Código Civil).

El objeto sobre el cual recaiga la obligación de dar, y en especial el hecho positivo de dar en sí, deberá también ser conforme al orden público y a las buenas costumbres. La no conformidad con el orden público es la indicación en el derecho positivo para determinar al objeto como ilícito. La sanción específica que establece la ley es la nulidad absoluta del con -

trato, o nulidad de orden público,

Las obligaciones de dar en el ámbito de nuestro derecho tienen una gran peculiaridad, pues si se trata de transmitir cosas y éstas son ciertas y determinadas, la transmisión de propiedad se verifica por mero efecto del contrato, sin dependencia sea natural o simbólica, debiendo tenerse en cuenta, por supuesto, las disposiciones relativas del Registro Público de la Propiedad.

El régimen del objeto en el contrato de compra venta.

Como ya hemos asentado, el comercio jurídico se implementa básicamente a través del contrato de compra venta, por lo que es obvia su estrecha vinculación con la transmisión de la propiedad de todo tipo de monumentos, y que siendo estos arqueológicos, está investida de ilicitud.

Hay contrato de compra venta "cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero", (Artículo 2248 del Código Civil)

En el régimen del objeto en el contrato de compra-venta, es de destacar únicamente el del vendedor, no así el del comprador que es el precio a pagar, sujeto por otra parte a las leyes monetarias vigentes y cuyo análisis por razones evidentes escapa al motivo del presente trabajo.

Es importante destacar, conforme a las ideas apuntadas anteriormente, que el derecho a la cosa cuya propiedad se obliga a transmitir el vendedor, por hipótesis debe existir en su patrimonio o ser, cuando menos, susceptible de existir; ser determinado o determinable en cuanto a su género y estar en el comercio. En otras palabras, debe estar sujeto al régimen jurídico del patrimonio del vendedor.

El debate del derecho de propiedad se ha extendido a lo largo de toda la historia; sería en vano iniciar una descripción de su desarrollo. Sin embargo, es necesario apuntar algunas conclusiones provisionales todas ellas, pues es un derecho en constante mutación en términos de nuestro derecho positivo.

Podemos efectuar un somero análisis del derecho de propiedad a través de los siguientes aspectos que lo distinguen:

a) Objeto del derecho:

El artículo veintisiete constitucional en su primera parte prescribe que "la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada".

La anterior disposición es aplicable únicamente en tratándose de bienes inmuebles, pues en el caso de bienes muebles sólo habrá limitaciones cuando sean del dominio público, tal y como sucede en el caso de piezas arqueológicas.

b) Prerrogativas que confiere:

Es el esquema romanista el que sigue describiendo el derecho de propiedad. El esquema se estructura a través de los tres atributos clásicos: *ius utendi*, *fructu et abutendi*.

En este punto cabe destacar un postulado básico de la propiedad: su alienabilidad.

La alienabilidad es el centro del sistema individualista y liberal de la propiedad. Es la prerrogativa esencial en la que se sintetizan las otras.

Conforme a dicho postulado se ha dado forma al derecho de propiedad en nuestro derecho positivo.

Básicamente tenemos al artículo veintisiete constitucional que dispone que "la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público..."

Del anterior enunciado se desprende la función social que el Estado mexicano atribuye a la propiedad y que en un momento dado restringe la aplicación de los tres atributos de ésta.

Dentro de este marco básico del Código Civil desarrolla el derecho de propiedad, según las siguientes disposiciones:

- 1) El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes. (artículo 830 del Código Civil).
- 2) La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización. (artículo 831 del Código Civil).
- 3) La propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen o se les una o incorpore natural o artificialmente (derecho de accesión), (46).

(46) Cfr. Ibarrola, Antonio de. Cosas y Sucesiones, Pág. 228, Porrúa, 1972.

c) Caracteres generales:

La doctrina liberal del siglo XIX define a la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Estos tres caracteres eran conceptuados tanto jurídica como filosóficamente. (47).

La época moderna sin embargo, a este absolutismo le antepone un relativismo, un funcionalismo del derecho de propiedad. La propiedad se conceptúa como un derecho función, es decir, en donde el poder está condicionado por el deber. En síntesis, - el ejercicio de la propiedad no puede ser ejercitado en contra de la utilidad social.

A modo de conclusión y de acuerdo con nuestra exposición, los bienes arqueológicos tanto muebles como inmuebles no pueden integrar objeto de obligación y con ello de contrato. En efecto, en razón de que los bienes arqueológicos están sustraídos del comercio y no pueden estar sujetos al régimen del patrimonio de los particulares, no pueden ser objeto de contrato de compra - venta; es jurídicamente imposible como se explicó.

Así las cosas, todo contrato traslativo de dominio refiriéndonos fundamentalmente al de compra-venta que tenga como objeto indirecto un bien arqueológico sea mueble o inmueble, será jurídicamente inexistente por falta de objeto. Por lo tanto, resulta aplicable el sistema de nulidades de los actos jurídicos - contemplados en nuestro Código Civil, por lo que dicho contrato - no producirá efecto legal alguno, ni será susceptible de ser convalidado por confirmación o prescripción, pudiendo invocar su inexistencia cualquier interesado. (artículo 2224 del Código Civil).

Empero, la distinción entre las sanciones establecidas por la ley, por lo que respecta a la inexistencia y la nulidad de orden público, es meramente teórica, según jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: (++).

(47) Cfr. Carbonnier, Sean. Flexible Droit. Pág. 180. Paris. 1971.

(++) Tesis 251, apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, cuarta parte, Tercera Sala, Pág. 788, México 1975.

"Aún cuando el artículo 22224 del Código Civil para el Distrito -
 "Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la -
 "que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de -
 "los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexisten --
 "tes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóri
 "cos, porque el tratamiento que el propio Código da a las inexis-
 "tencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situa-
 "ciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en re
 "lación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que,-
 "teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no
 "obstante, el Código las trata como nulidades, y en los casos de
 "los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consen-
 "timiento originaría la inexistencia, pero también el Código los
 "trata como nulidades".

En este orden de ideas, por lo tanto, la transmi --
 sión de propiedad puede ser considerada como ilícita por efectuar
 se en contravención de una ley de orden público como lo es el Cód-
 igo Civil de aplicación federal, al que nos hemos estado remi --
 tiendo últimamente. Los efectos jurídicos en todo caso serán los
 mismos que los que produce la sanción específica que es la inexist
 tencia.

En relación con todo lo antes dicho, e independien-
 temente de las sanciones previstas en nuestra legislación civil,-
 existe otro sistema de control consistente en la tipificación de
 delitos especiales por la disposición de bienes arqueológicos mue
 bles, destacando especialmente lo preceptuado por el artículo cua
 renta y nueve de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueoló
 gicos en cuanto a la comercialización ilícita de monumentos ar --
 queológicos muebles, que por tratarse de un delito arqueológico -
 específico, abordaremos su análisis en el apartado subsiguiente.

d) Comentario crítico a los delitos tipificados en
 la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos
 e Históricos en materia de monumentos arqueológicos muebles e in-
 muebles.

Comenzaremos por señalar que las figuras delictivas que aparecen en la ley arriba citada, surgen a raíz de la reforma y adición que hiciera el Congreso de la Unión a la fracción XXV - del artículo setenta y tres de nuestra Carta Magna, por virtud de la cual se otorgaron facultades al propio Congreso "para legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés social".

Expedida la Ley reglamentaria relativa a dicho agregado constitucional, el legislador juzgó imperativo ocuparse estrictamente de lo arqueológico, artístico e histórico, dando normas para su protección y conservación, fijando evidentemente sanciones para aquellos que infringieran tales disposiciones.

Ahora bien, por los delitos que prevé y la penalidad que les confiere, la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas debe considerarse como una ley penal que crea y tipifica, en su capítulo relativo, nuevas delictivas, en algunos casos similares a las ya previstas en el Código Penal Federal, como daños y robo, por ejemplo; en otros delitos producto de la adición constitucional a que hemos hecho referencia e incorporados a la multicitada Ley de Monumentos, tales como la posesión ilegal de monumentos arqueológicos muebles.

A continuación procederemos a efectuar un análisis de los delitos contemplados en la citada Ley, dirigiendo por su puesto nuestros comentarios especialmente hacia los monumentos arqueológicos, por ser la materia básica de nuestro trabajo.

El artículo cuarenta y siete de la Ley a que hemos venido haciendo alusión tipifica la ejecución de trabajos ilícitos de exploración arqueológica, de la siguiente manera:

"Al que realice trabajos materiales de exploración arqueológica, por excavación, remoción o por cualquier otro medio, en monumentos arqueológicos inmuebles, o en zonas de monumentos arqueológicos, sin la autorización del Instituto Nacional de An -

tropología e Historia, se le impondrá prisión de uno a diez años - y multa de cien a diez mil pesos".

Del enunciado anterior se colige la presencia de un presupuesto lógico necesario, consistente en la existencia de un monumento arqueológico inmueble o, en su caso, de una zona de monumentos, entendiendo por ésta "el área que comprende varios monumentos arqueológicos inmuebles, o en que se presume su existencia", - como lo asienta la propia Ley en su artículo treinta y nueve.

El elemento material del ilícito de referencia lo - constituye la excavación sin autorización en esos inmuebles, adviriendo por cierto que al considerarse zona de monumentos incluso - el área donde se presume la existencia de inmuebles arqueológicos, no se requiere forzosamente la presencia de tales monumentos a -- flor de tierra para que se configure nuestro delito; bastará tan - sólo la presunción fundada de que existan en la zona donde se lleven a cabo los trabajos materiales de exploración. V. gr. cuando - se efectúan tales trabajos dentro de un espacio geográfico que - - abarca en sus confines monumentos arqueológicos ya descubiertos, - que tornan legítima la suposición de que existen otros más en la - parte interior de dicho espacio. Caso específico, el triángulo - imaginario que forman los antiguos centros de población mayas de - Copán, Tikal y Palenque.

Descrito ya el objeto sobre el que ha de realizarse la excavación o cualquier otro trabajo material de exploración arqueológica, el citado artículo cuarenta y siete establece que para que el trabajo de exploración sea ilícito deberá llevarse a cabo - sin la autorización competente.

Lo anterior es congruente con el contenido del artículo treinta,y que a la letra dice:

"Toda clase de trabajos materiales para descubrir o explorar monumentos arqueológicos, únicamente serán realizados por el

Instituto Nacional de Antropología e Historia o por Instituciones científicas o de reconocida solvencia moral, previa autorización".

Por lo preceptuado en dicho artículo, el trabajo de exploración no autorizado bien pudiera catalogarse como mera infracción y en consecuencia dar lugar a una sanción administrativa; mas existe un interés social que impone la obligación de sancionar con todo rigor a quien comete el hecho ilícito previsto.

Del mencionado precepto no puede colegirse ese interés, pero la declaración contenida en el artículo segundo de la propia Ley en el sentido de que "es de utilidad pública la investigación, protección, conservación, restauración y recuperación de los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos y de las zonas de monumentos", obliga a las autoridades federales a tutelar legalmente nuestros monumentos arqueológicos que, por sus características e importancia mayúscula, forman parte del acervo cultural de nuestro país.

De este modo, si la investigación arqueológica implica excavación y esta actividad queda reservada al Instituto Nacional de Antropología e Historia, quien lo realice sin previa autorización del mismo Instituto, contraviene normas de orden público que deben observarse en forma estricta - haciendo punible su violación.

Considero por otra parte como un acierto del legislador hablar de "trabajos materiales de exploración arqueológica", pues la exploración en sí no es ilícita, porque la acción de explorar no implica excavar ni remover monumentos, sino tan sólo registrar o investigar, y esto bien puede hacerse en superficie. Así pues, para la actualización del tipo es necesario que la exploración se realice mediante excava-

ción o remoción de materiales de un inmueble arqueológico sin la correspondiente autorización.

Asimismo séame dable enfatizar una vez más, como lo hice al analizar las diversas definiciones de un monumento arqueológico contenidas en las legislaciones de la materia - que han tenido vigencia en alguna etapa de nuestra historia - contemporánea, la importancia que encierra el criterio de datación para determinar si un monumento es arqueológico o histórico.

Tal y como vimos en su oportunidad, la Ley de la materia actualmente en vigor, considera como monumentos arqueológicos los muebles e inmuebles que sean vestigios de culturas anteriores al establecimiento de la hispánica en territorio nacional.

Precisar la fecha en que ocurre el establecimiento de la cultura hispánica en nuestro actual territorio puede ser de una importancia vital en función del mandamiento contenido por la Constitución en el tercer párrafo de su artículo catorce:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, - pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente -- aplicable al delito de que se trata".

En el presente caso, la cierta imprecisión en el patrón cronológico a tomar como referencia, puede dar lugar a la inexacta aplicación de una pena por un delito que no está legalmente tipificado, pues el presupuesto necesario de la excavación ilegal es que se realice precisamente en un monumento arqueológico; y si este concepto no está perfectamente delimitado en el tiempo, el ilícito puede no configurarse, no pudiendo además recurrir a la analogía o mayoría de razón.

En un caso extremo, sería factible para el defensor de un reo acusado no sólo de exploración ilícita de monumentos arqueológicos sino de cualquier otro delito arqueologico, hacer valer como concepto de violación dicha imprecisión en una demanda de amparo, y obtener así la protección de la -justicia federal.

Por tales razones conviene discutir el establecimiento de la cultura hispánica y fijar una fecha. Toca a los arqueólogos establecer a partir de qué fecha se considera establecida dicha cultura en suelo nacional. Podría ser el año de 1519, 1521 o de plano comprender hasta el siglo XVI, que - es cuando realmente pudo haberse logrado un cambio más o me--nos significativo en las manifestaciones culturales de los indígenas.

Dentro del ilícito que hemos venido analizando y como caso representativo de la discusión que podría suscitarse sobre qué fecha en particular se tomará como deslinde en--tre lo arqueológico y lo histórico, citemos el caso de dos - personas que participen en la comercialización y reproducción sin previa autorización de varios códigos de manufactura indígena, todos los cuales tienen representado como único glifo calendárico el del añ- náhuatl "seis pedernal" (chicuace - - técpatl) equivalente a nuestro año 1526 y que abordan como tema principal el del arribo de los españoles a la antigua México-Tenochtitlan... ¿podrá decirse que tales personas están - efectuando actos penalmente tipificados y sancionados en los términos del artículo cuarenta y nueve de la Ley de Monumen--tos?

Si se fijara el año de 1521 como pauta para calificar a un monumento como arqueológico o histórico, indudablemente que las personas de nuestro ejemplo no incurrirían en - la configuración de ningún ilícito, pues al ser inobjetable - la elaboración de tales códigos en una fecha posterior a 1521,

no podrían tenerse sus actos como realizados en contravención a lo preceptuado por el artículo de referencia. Por el contrario, si se adoptara como patrón cronológico el fin del siglo XVI por ser prácticamente hasta entonces cuando quedaron verdaderamente sometidos a la inmensa mayoría de nuestras poblaciones autóctonas, entonces sería clara la configuración del ilícito en cuestión, por datar tales documentos de una fecha anterior.

Para concluir nuestros comentarios en torno a la ejecución de trabajos ilícitos de exploración arqueológica, diremos que quienes efectúen tales trabajos deberán hacerlo precisamente con el propósito de exploración arqueológica, para poder ser juzgados por la comisión del ilícito de referencia. Empero, esto no significa que aquellos ejecutores de obras tales como canales, gasoductos, carreteras, etc. y que remueven o excavan montículos o pirámides pertenecientes a una zona arqueológica para aprovechar la tierra o la piedra, sin previa autorización y sin fines de investigación arqueológica, queden librados de la acción penal, puesto que el resultado de tales actos indudablemente que es el daño, y en consecuencia son punibles por tratarse de la destrucción de uno o varios monumentos arqueológicos, delito que abordaremos más adelante.

El artículo cuarenta y ocho de la multicitada Ley Federal de Monumentos, contempla otro delito muy similar al previsto por el Código Penal Federal bajo el nombre de abuso de confianza, en los siguientes términos:

"ART.382.- Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

Si excede de esta cantidad pero no de dos mil, -

la prisión será de uno a seis años y multa de 100 hasta 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de dos mil veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario".

El mencionado artículo cuarenta y ocho de la Ley de Monumentos describe la misma figura en otra forma:

"Al que valiéndose del cargo o comisión del Instituto Nacional de Antropología e Historia o de la autorización otorgada por éste para la ejecución de trabajos arqueológicos, disponga para sí o para otro de un monumento arqueológico mueble, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa de tres mil a quince mil pesos.

Si los delitos previstos en esta Ley, los cometen funcionarios encargados de la aplicación de la misma, las sanciones relativas se les aplicarán independientemente de las que les correspondan conforme a la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos".

Tras analizar el contenido de este último precepto, se advierte que éste tiene como modalidad que sólo los funcionarios o comisionados del Instituto Nacional de Antropología e Historia, o quienes hayan sido autorizados para la ejecución de trabajos arqueológicos, pueden incurrir en este delito y que sólo los monumentos arqueológicos muebles pueden ser objeto del mismo. Sin embargo, si traemos a colación el comentario que hicimos al evaluar la definición que de monumento arqueológico contempla el tratado celebrado por México con los Estados Unidos de Norteamérica sobre restitución de bienes culturales robados, puede presentarse de hecho la disposición ilegal de un monumento inmueble, como un montículo o una estela que formen parte de una zona arqueológica, o bien de un mueble unido de modo permanente a un inmueble arqueológico o que incluso forme parte de él y que por este he-

cho lo repunte la ley como inmueble, tal y como sucede, por ejemplo, con una pintura mural, que como comentamos al analizar el tratado internacional de referencia, había ocasiones en que los moneros seccionaban en varios fragmentos las pinturas murales adheridas a las paredes de los templos y así las podían comercializar posteriormente a precios sumamente elevados.

Ahora bien, el abuso de confianza sobre monumentos arqueológicos que inferimos tras la lectura del citado artículo cuarenta y ocho, deriva del hecho de estar considerados tales monumentos por la ley como propiedad de la nación y ostentar el carácter de bienes nacionales, con sus respectivos atributos de inalienabilidad e imprescriptibilidad, por lo que un funcionario, comisionado o institución autorizada que realiza en los bienes arqueológicos actos de dominio, enajenándolos o gravándolos, dispone indebidamente de ellos y, en consecuencia, atenta contra la confianza con que se le habían encargado, en perjuicio de la nación.

Por otra parte tenemos que los elementos de esta figura delictiva son los siguientes:

a).- El nombramiento con base en el cual un funcionario o comisionado del Instituto Nacional de Antropología e Historia recibe u obtiene cualquier bien arqueológico mueble, o en su caso, el contrato concesión que autorice a una institución privada para obtenerlo mediante la ejecución de trabajos arqueológicos;

b).- La tenencia de uno o varios monumentos arqueológicos muebles como resultado de la confianza depositada en dicho funcionario, comisionado o institución autorizada; y

c).- La disposición indebida de algún monumento arqueológico mueble.

Por lo que toca a la posible disposición de bienes arqueológicos por parte de una institución autorizada para efectuar excavaciones, conviene advertir el hecho de que probar la presencia del presupuesto necesario "monumento arqueológico mueble" implica una seria dificultad, pues dicha probanza esta sujeta a que los bienes sean hallados precisamente durante las excavaciones, por lo que mientras no se demuestre la obtención de un determinado bien arqueológico no podemos hablar de tenencia o posesión precaria de la cosa objeto del delito.

El problema al que nos referimos puede darse sobre todo con aquellas instituciones que mediante contrato son autorizadas por el Instituto para realizar excavaciones o meras exploraciones de superficie en las zonas arqueológicas del país, puesto que es prácticamente imposible demostrar la previa existencia de la cosa si la institución no da a conocer los resultados que arroje su investigación; es decir, que no podrá haber disposición de bienes arqueológicos de cuya existencia no se tenga previo conocimiento.

Pero volviendo a nuestro parangón del delito especial que estamos analizando con el de abuso de confianza tipificado en el Código Penal Federal, son de observarse sendas diferencias por demás interesantes entre una y otra figuras delictivas, a saber:

a).- Mientras que el delito común de abuso de confianza es perseguible invariablemente por querrela, esto es, a petición de la persona que resiente el perjuicio, la disposición ilegal de un monumento arqueológico por parte de alguna de las personas a que se contrae el artículo cuarenta y ocho de la Ley, se perseguirá siempre de oficio dada la naturaleza de bienes nacionales que les atribuye dicha Ley a los monumentos arqueológicos.

b).- Asimismo, la penalidad prevista por el Código Penal para el delito de abuso de confianza, varía en función del valor pecuniario de lo dispuesto indebidamente por el abusario, fijándose como pena máxima la de seis a doce años de prisión y multa de 120 veces el salario, cuando el monto sea mayor de 2,000 veces el salario mínimo; en cambio la multicitada ley especial fija una penalidad única: la de uno a diez años de prisión y multa de tres mil a quince mil pesos.

Sobre este último punto considero acertada la penalidad prevista por lo que concierne a la sanción corporal, ya que está dentro del parámetro contemplado por el Código Penal al sancionar el delito de abuso de confianza y siendo que, como hemos venido insistiendo a lo largo de nuestro trabajo, ciertas piezas arqueológicas poseen un valor documental y estético incalculable, es legítimo que la mayor pena de prisión establecida por la Ley de Monumentos en cuanto a la disposición ilegal de un monumento arqueológico, sea muy similar a la fijada también como máxima por el Código Penal para el delito de abuso de confianza.

Por lo que respecta a la multa señalada por la Ley de Monumentos como adicional a la pena de prisión correspondiente al delito que estamos comentando, la conceptúo absurda dada la realidad económica que priva actualmente en nuestro país y que tiende todavía a deteriorarse aún más con el transcurso del tiempo, trayendo esto como consecuencia que las cantidades previstas por la Ley en calidad de multa, no sólo en el caso del delito a que nos estamos refiriendo en particular, sino en otra gama de delitos arqueológicos, resulten ser cada día más obsoletas en razón del galopante ritmo inflacionario que agobia la economía nacional desde hace doce años.

Desde luego que no podemos atribuirle del todo la culpa al cuerpo legislativo que creó la nueva Ley Federal de Monumentos en 1972 por no haber previsto tal situación al

momento de fijar una multa, en este caso en la Ley de Monumentos, puesto que en aquella época prevalecía una cierta estabilidad por lo que al complejo precios-salarios se refiere y de ese modo las multas previstas en la Ley aludida, se mantuvieron actualizadas durante cierto tiempo; pero poco después de que empezó a acelerarse la escalada inflacionaria de la economía nacional, el legislador, consciente de la necesidad de encontrar un mecanismo eficaz para contrarrestar dicho fenómeno en la fijación de multas, ideó el señalamiento de las mismas ya no en base a una cantidad específica, sino fijando un determinado número de veces el salario mínimo vigente dentro del ámbito espacial de validez del ordenamiento jurídico que se tratase.

Incluso más adelante creó una modalidad dentro de este sistema para la fijación de sanciones pecuniarias, consistente en la imposición de cierto número de días-multa equivalentes, como lo previene el Código Penal Federal en su artículo veintinueve, "a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos"

Por desgracia, la implantación de estos novedosos sistemas no se ha generalizado siquiera a la mayoría de las leyes o reglamentos administrativos que prevén, dentro de su capítulo de sanciones, la imposición de una multa.

En lo personal, creo conveniente el acogimiento de nuestra Ley Federal de Monumentos a alguno de los sistemas arriba descritos para la imposición de las multas que contempla dentro de la penalidad correspondiente a varios de los delitos arqueológicos en ella previstos, y en especial, considero más apropiado el sistema de días-multa por ser el que se apega más estrictamente a los lineamientos fundamentales del principio general de justicia.

En casos como el del delito arqueológico que hemos venido analizando, se hace aún más ostensible la necesidad de modificar el criterio para la imposición de multas, -- tal y como ya se hizo en el caso del delito de abuso de confianza, en el cual el Código Penal fija un determinado número de veces el salario mínimo vigente en calidad de multa de -- acuerdo al monto del delito y que, como apuntamos anteriormente, guarda una estrecha similitud con el de la disposición ilegal de un monumento arqueológico.

Pero prosiguiendo con el análisis del delito arqueológico que nos ocupa, diremos que el artículo cuarenta y ocho en su segundo párrafo estatuye ciertamente una disposición de carácter general, puesto que no se relaciona únicamente con el delito que prevé, sino con todas las normas contempladas en la Ley de Monumentos y cuya violación tiene señalada una pena, por lo que técnicamente no encaja en el citado precepto.

Ahora bien, si nos sujetamos a lo dispuesto por el artículo tercero de la Ley de Monumentos, la disposición -- que estamos comentando involucraría concretamente al Presidente de la República, al Secretario de Educación Pública, al Secretario del Patrimonio Nacional- hoy Secretario de Desarrollo Urbano y Ecología- al director y funcionarios del Instituto Nacional de Antropología e Historia, al director y funcionarios del Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura así como a las demás autoridades y dependencias federales -- en los casos de su competencia, pues a ellas corresponde la -- aplicación de la ley.

En cuanto a lo que prevé la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en su título de responsabilidades administrativas, en relación con lo que dispone la Ley de Monumentos en el segundo párrafo de su artículo -- cuarenta y ocho, tenemos que entre las obligaciones de todo --



servidor público se incluyen las siguientes:

"ARTICULO 47...I.-Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

...XXI.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público; y

XXII .- Las demás que le impongan las leyes y reglamentos."

Quando cualquiera de los servidores públicos enumerados anteriormente incurra en el incumplimiento de cualquiera de dichas obligaciones, la Ley de Responsabilidades prevé la aplicación, de acuerdo a la gravedad de la falta, de alguna de las siguientes sanciones:

"ARTICULO 53...I.- Apercibimiento privado o público;

II.- Suspensión;

III.- Destitución del puesto;

IV.- Sanción económica; e

V.- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público."

Asimismo el artículo cincuenta y cinco de la citada Ley establece lo siguiente:

"En caso de aplicación de sanciones económicas por beneficios obtenidos y daños y perjuicios causados por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo cuarenta y siete, se aplicarán 2 tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados".

Lo preceptuado en dicho numeral por lo que concierne a la sanción económica que ha de imponerse en el caso de que se ocasionen daños y perjuicios por parte de cualquier servidor público, tendrá aplicación concreta, por ejemplo, - cuando algún funcionario encargado de la aplicación de la Ley Federal de Monumentos participe en la destrucción total o parcial de un monumento arqueológico, ya que como veremos en su oportunidad, el artículo cincuenta y dos de la misma Ley impone como sanción para tal ilícito, amén de la corporal, multa hasta por el valor del daño causado.

Hablando de otro género de ilícitos arqueológicos, el artículo cuarenta y nueve de la Ley de Monumentos alude a una pluralidad de figuras delictivas:

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

Como primer delito comprendido en tal enunciado, tenemos el de la traslación ilegal de dominio de un monumento arqueológico mueble.

Esta figura la agotamos al hablar en el apartado precedente sobre la transmisión ilícita de la propiedad de un monumento arqueológico, en donde concluimos que todo acto traslativo de dominio de un monumento arqueológico mueble es inexistente y no producirá efecto legal alguno por encontrarse este tipo de bienes fuera del comercio.

Pero abundando en lo que comentamos en su momento sobre el particular, diremos que sería necesario considerar, además de los monumentos arqueológicos muebles, a los inmuebles y zonas de monumentos arqueológicos dentro de

lo preceptuado por el artículo de referencia, en su primera parte, puesto que se llega a presentar el caso de que al efectuarse el acto traslativo de dominio de un predio se incluya, por estar dentro del área comprendida por dicha finca, un monumento o zonas de monumentos arqueológicos y en donde el comprador se conduzca como dueño en cuanto a dichos bienes y disponga de ellos.

Se da, por ejemplo, el caso concreto del dueño de un predio que pacta, a sabiendas, la compra-venta de cierto montículo perteneciente a una zona arqueológica localizada dentro de su terreno, porque al comprador le interese el aprovechamiento de la tierra u otro material que forme parte del susodicho montículo.

Por otra parte, el mismo artículo cuarenta y nueve contempla el delito de comercio ilegal de monumentos arqueológicos muebles.

Cabe observar que si bien el acto traslativo de dominio es reiteradas veces un acto de comercio, la ley distingue claramente estos actos puesto que el primero no siempre se verifica con un propósito de especulación comercial, cualidad esencial de un acto de comercio.

En la fracción primera del artículo setenta y cinco del Código de Comercio, se enumeran todas aquellas actividades que reputa la ley como actos de comercio:

"Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósitos de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sean en estado natural, sean después de trabajados o labrados".

Así, a lo que se refiere el artículo cuarenta y nueve de la Ley de Monumentos en su parte relativa, es a la

-compra venta de los monumentos arqueológicos muebles con fines especulativos. Por virtud de lo anterior, no pueden exhibirse en locales comerciales ni negociarse o traficar con ellos. Desde luego tal prohibición alcanza a las piezas arqueológicas que se encuentran bajo la custodia de las personas que las adquirieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y que legalizaron su posesión, dado el carácter de inalienables e imprescriptibles de tales bienes.

En lo relativo al transporte ilegal de monumentos arqueológicos, es indudable la estrecha relación que guarda dicha actividad con el comercio y transmisión de propiedad ilícitos de tales monumentos, creándose como una medida proteccionista que contribuya a erradicar el tráfico de materiales arqueológicos en general o la complicidad en su comercio ilegal.

Es conveniente señalar la analogía que hay entre la transportación ilegal de piezas arqueológicas y la de estupefacientes y psicotrópicos-prevista y sancionada por el Código Penal Federal en sus artículos 196 y 197 fracción I-, pues en ambos casos queda también prohibido el tráfico de una y otra clase de bienes.

Asímismo, otra similitud entre ambas actividades es la consistente en que la transportación deberá efectuarse a través de algún medio ya sea mecánico o animal, pero en especial un medio motor de transporte; si lo hiciera alguna persona por sí misma sin recurrir al empleo de alguno de estos medios, caería en el delito de posesión ilegal sancionado por los numerales relativos del Código Penal y de la Ley Federal de Monumentos, según recaiga en estupefacientes y psicotrópicos o bien en monumentos arqueológicos.

Por otra parte deseo reiterar mi opinión en el sentido de que los ilícitos arqueológicos-en este caso la transportación ilegal de monumentos-que la Ley prevé exclusi-

vamente en relación con bienes muebles, debieran ser amplia - dos en su ámbito material de validez e incluir también a los inmuebles arqueológicos, puesto que como hemos venido insis - tiendo, se ha dado el caso con cierta frecuencia de que un - bien arqueológico inmueble por naturaleza, sea removido o des - truido de su emplazamiento original para ser después poseído, transportado, comercializado, exhibido o reproducido ilegal - mente.

Las sanciones previstas por el artículo cuaren - ta y nueve de la Ley Federal de Monumentos también contemplan la exhibición ilegal de monumentos arqueológicos muebles, con base en lo ordenado por el artículo veintinueve de la misma - Ley en el sentido de que ningún monumento arqueológico mueble podrá ser transportado, exhibido o reproducido sin el corres - pondiente permiso del Instituto Nacional de Antropología e - Historia.

Ciertamente en la práctica es muy difícil que -- pueda configurarse esta figura delictiva, pues en el caso de un poseedor ilegal es obvio que tratará de ocultar su ilegíti - ma posesión; en cambio, al coleccionista que esté debidamente registrado le es permitido exhibir en forma privada las pie - zas que formen parte de su colección.

El artículo cuarenta y nueve también crea por - otra parte el delito de reproducción ilegal de un monumento - arqueológico.

Dicha figura delictiva también encuentra su apo - yo en el artículo veintinueve de la propia Ley, tal y como lo vimos en el caso anterior.

Aquí se torna un poco más serio el problema de - no abarcar dentro del objeto del delito a los monumentos ar - queológicos inmuebles, ya que en ocasiones resulta muy fácil

reproducir un inmueble de este tipo, hecho que debiera estar condicionado, como sucede en la reproducción de muebles arqueológicos, al permiso correspondiente por parte del Instituto Nacional de Antropología e Historia, puesto que de otro modo pudiera proliferar la reproducción de pirámides, de templos o de cualquier otro tipo de construcción prehispánica dentro de propiedades particulares, con fines comerciales inclusive.

Pasando a otro ilícito, por ser propiedad de la nación y dado su carácter de inalienables e imprescriptibles, los monumentos arqueológicos no son susceptibles de ser poseídos por ningún particular, salvo el caso de aquellos que hayan obtenido por parte del Instituto Nacional de Antropología e Historia, concesión de uso respecto de las piezas arqueológicas que se hallen en su poder; o bien, el de aquellas personas que inscribieron sus bienes arqueológicos ante el propio Instituto con anterioridad a la ley vigente.

Fuera de dichos casos, la Ley de Monumentos en su artículo cincuenta sanciona la posesión ilícita de monumentos arqueológicos, en los siguientes términos:

"Al que ilegalmente tenga en su poder un monumento arqueológico..., se le impondrá prisión de uno a seis años y multa de cien a cincuenta mil pesos".

Se hará acreedor a la pena prevista en dicho artículo, todo aquél que mantenga en su poder uno o varios monumentos arqueológicos, muebles o inmuebles, incluso cuando su posesión provenga de haberlo encontrado en forma accidental, pues en cualquier caso, aquél que halle un monumento arqueológico deberá dar aviso a la autoridad civil más cercana, tal y como lo prescribe el artículo veintinueve de la misma Ley.

El artículo cincuenta y uno de la Ley, es ciertamente una adaptación del delito de robo previsto y sanciona

do por el Código Penal en sus artículos 367 y siguientes, aun que sin los subtipos y modalidades que éste tipifica.

El numeral citado de la Ley de Monumentos nos di
ce lo siguiente:

"Al que se apodere de un monumento mueble arqueo
lógico... sin consentimiento de quien puede disponer de él -
con arreglo a la Ley, se le impondrá prisión de dos a diez -
años y multa de tres mil a quince mil pesos".

Indiscutiblemente que ésta es una de las figu --
ras delictivas que se dan con más frecuencia en el campo prác
tico de la arqueología, razón por la cual se torna aún más in
dispensable un mayor grado de perfeccionamiento en los plante
amientos e hipótesis considerados por la Ley de Monumentos -
en su precepto de referencia.

Así, por tratarse de un delito en el que, de he-
cho, pueden concurrir circunstancias calificativas al momento
de su comisión, tales como ser cometido con violencia, o por
parte de los encargados de la vigilancia de un museo, etc., -
circunstancias agravantes de la pena como las citadas a modo
de ejemplo debieran estar previstas y sancionadas específicamente
en la Ley Federal de Monumentos, tal y como lo hace el
Código Penal Federal en el capítulo que consagra al delito de
robo, y en el que contempla penas corporales adicionales a la
que corresponde al robo simple, cuando en la comisión de este
delito concurren una o más circunstancias calificativas.

El Código Penal Federal en su artículo 372 dispo
ne que si el robo se ejecutare con violencia, a la pena apli-
cable por el robo simple se agregarán de seis meses a tres -
años de prisión.

Asímismo, en su artículo 381 del citado ordena -
miento prevé otra serie de calificativas que, en caso de ac -

tualizarse, harán aplicable al delincuente una pena adicional de tres días a tres años de prisión. Entre ellas sobresalen por ser posible su presencia en el robo de piezas arqueológicas, las siguientes:

"...Fracción I.- Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado".

Por ejemplo, cuando el robo es perpetrado sobre piezas arqueológicas que se hallen en el interior de un museo o del domicilio de un particular que haya obtenido del Instituto Nacional de Antropología e Historia concesión de uso -- respectò de dichas piezas.

"...V.- Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que prestan sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes".

El contenido de esta fracción nos hace pensar en el caso de que fuere cometido el robo de piezas arqueológicas por los encargados de la vigilancia de un museo en donde se hallen aquéllas para su exhibición, o bien que participen en la comisión de tal ilícito directivos del propio museo o el curador de alguna de las salas que lo conformen, aún cuando un museo no sea precisamente una empresa o establecimiento comercial.

"... Fracción VIII.- Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por ca-tástrofe o desorden público".

Podemos citar el caso de que al sobrevenir un incendio en cierto sector de un establecimiento destinado a la exposición temporal de un grupo de bienes arqueológicos representativos de alguna cultura mesoamericana, el agente aproveche dicha coyuntura para apoderarse de un considerable número

de piezas; o bien cuando justo al estarse consumando un robo en el interior de un museo arqueológico, alguno de sus visitantes se valga de la distracción de los elementos del cuerpo de seguridad del museo, para él a su vez sustraer otras tantas piezas arqueológicas.

"... Fracción IX.- Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos".

Esta agravante se da obviamente en los más de los casos, puesto que el robo de bienes arqueológicos ocurre por lo general en lugares cerrados destinados a su guarda y custodia, sitios en donde hay gente encargada de vigilar, aunque no sea siempre de modo satisfactorio, las piezas que se hallen custodiadas en dicho lugar.

Ahora bien, con base en lo establecido por el artículo diecinueve de la Ley de Monumentos, el Código Penal Federal pudiera aplicarse supletoriamente por cuanto a la no previsión de circunstancias calificativas en la citada Ley, al referirse al apoderamiento ilícito de un monumento arqueológico, y así, además del robo simple pudiera cometerse robo calificado de monumentos; más esto sólo podría hacerse como agravante para una mayor penalidad pero dentro de los límites fijados por la propia Ley de Monumentos, esto es, dentro de dos a diez años de prisión, no pudiendo el juzgador excederse de ese máximo puesto que, como hemos dicho, no se prevén penas específicas para las circunstancias agravantes que pudieran concurrir, ya que se trata de un robo cuya punibilidad queda establecida por una ley especial, y en consecuencia, si se juzga al reo fundamentándose en lo que sobre este delito dispone la Ley Federal de Monumentos, aún cuando el robo de piezas arqueológicas se hubiere efectuado aun museo por empleados del mismo y haciendo uso de violencia, no se les podrá imponer por ningún motivo pena que exceda de diez años de prisión y multa de tres mil a quince mil pesos. Esta situación es francamente reprobable si tomamos en cuenta no sólo -

la magnitud del valor documental o económico que representen los - bienes arqueológicos robados, sino también la gravedad patente en las circunstancias exteriores de ejecución del delito.

En la práctica judicial, por fortuna, para librar esta laguna - legislativa y así estar en posibilidad de actuar con estricto apego al principio general de justicia sin transgredir las bases de - nuestro derecho positivo, el juzgador resuelve casos como éste aplicando las disposiciones relativas del Código Penal Federal para el caso del robo calificado, soslayando por consiguiente lo que la -- Ley de Monumentos resulta francamente obsoleta y atentatoria contra la dignidad de la sociedad; en cambio, al sentenciar el juzgador - con arreglo a lo de la sociedad; en cambio, al sentenciar el juzgador con arreglo a lo dispuesto por el Código Penal Federal en su - Artículo 370, le será permitido fijar una multa de hasta quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, que a la fecha sería de tres millones ochocientos ochenta mil pesos. -- Por supuesto la determinación de la multa correspondiente se hará - de acuerdo al valor pecuniario de lo robado, en este caso con base en un dictamen pericial emitido por personal especializado del Instituto Nacional de Antropología e Historia.

Lo anterior es una laguna legislativa bastante grave a la que, - para dicha de nuestro acervo arqueológico, el juzgador ha encontrado un sabio remedio mediante la aplicación, no supletoria sino preferente, de nuestro Código Penal Federal.

Por otra parte, y para poner fin a nuestros comentarios sobre el apoderamiento ilícito de monumentos arqueológicos, juzgo conveniente la inclusión dentro del articulado de la Ley Federal de Monumentos, de una disposición que exima de toda responsabilidad penal a - aquél o aquellos sujetos que tras participar en la comisión de este ilícito, restituyan espontáneamente y dentro de cierto término contado a partir de la fecha en que se hubiere perpetrado el delito la totalidad de las piezas arqueológicas robadas, siempre y cuando éstas no hubieren sido dañadas con motivo de la comisión del hecho delictuoso.

Estoy cierto de que la anterior propuesta resulta discutible - sobre la conveniencia de su aplicación práctica, mas he de esgrimir como argumento de dicha opinión, que por ser los monumentos - arqueológicos bienes insustituibles por antonomasia, y tomando en consideración la poca fortuna que casi siempre acompaña a las investigaciones realizadas en torno a la desaparición de esta clase de piezas, tal y como se ha hecho patente en las iniciadas con motivo del cuantioso robo efectuado el pasado 30 de Diciembre de -- 1985 a nuestro Museo Nacional de Antropología, en el que fueron - sustraídas decenas de piezas arqueológicas procedentes de varias - de las culturas mesoamericanas más representativas, lamentándose - en forma muy especial la inclusión dentro de dicho grupo de la más cara de jade hallada inicilmente en el Templo de las Inscripciones dentro de la zona arqueológica de Palenque, Chis., y que era la joya más preciada de dicho Museo desde muchos puntos de vista, así - como la de un gran número de magníficos ejemplares de orfebrería - mixteca, de exquisita manufactura y de un valor económico elevadí- simo.

Si tomamos en consideración -decíamos- los resultados práctica- mente nulos obtenidos durante las averiguaciones, que en el caso - de referencia se iniciaron hace más de dos años, sería más útil y provechoso para la nación obtener la devolución íntegra de los bienes arqueológicos objeto del robo, que la aplicación de todo el peso de la ley sobre los autores de tal ilícito y que muy probable- mente ya no tengan en su poder las piezas robadas, o incluso que - las hechas en oro o en cualquier otro metal precioso las hayan fundido para así sacarles un beneficio económico todavía mayor, tor- nándose por lo tanto irreparable el daño causado a la nación.

Como antecedente jurídico afin a lo que hemos prupuesto, tene- mos lo preceptuado por nuestro Código Penal Federal en su Artículo 375 y que en lo conducente dice:

"Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimien- to del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecuta- do el robo por medio de la violencia".

A pesar de ciertas diferencias esenciales entre la anterior -- disposición y nuestra propuesta, ambas son en mi opinión igual de oportunas para obtener, en preferencia la punibilidad del hecho, la restitución de lo robado que en ocasiones posee un valor extra económico incalculable.

Pasando ahora al estudio de otro de los delitos arqueológicos contemplados por la Ley Federal de Monumentos, encontramos el tipificado por dicha Ley en su Artículo 52:

"Al que por medio de incendio, inundación o explosión dañe o - destruya un monumento arqueológico....., se le impondrá prisión - de dos a diez años y multa hasta por el valor del daño causado.

Al que por cualquier otro medio dañe o destruya un monumento arqueológico...se le impondrá prisión de uno a diez años y multa -- hasta por el valor del daño causado".

La distinción establecida por el primero y segundo párrafos del Artículo de referencia, la considero adecuada y justa por cuanto a que los daños ocasionados a un monumento arqueológico mediante incendio, daño o explosión, son por regla general de mayores conse--cuencias que los ocasionados por cualquier otro medio; mas no tengo por acertada la penalidad prevista en uno y otro supuestos.

El Código Penal Federal, en su Capítulo relativo al delito de - daño en propiedad ajena, prevé también una penalidad distinta para el daño causado por incendio, inundación o explosión a cierto lugares como por ejemplo museos, bibliotecas o archivos públicos, siendo aplicable en cualquiera de estos casos una sanción privativa de libertad de cinco a diez años de prisión, mientras que cuando el - daño se produzca por cualquier otro medio serán aplicables las sanciones del robo simple, que en lo que se refiere a la pena de pri--sión, ésta será de tres días a diez años según el valor de lo robado.

Como se podrá ver, hay una diferencia significativa entre los - mínimos correspondientes a la pena corporal de uno y otro supues--tos, pues mientras en el primer caso la sanción mínima es de cinco años de prisión, en el segundo lo es de tan sólo tres días, motivo

que nos sirve de fundamento para criticar la insignificante diferencia existente entre las penalidades previstas por el Artículo 52 de la Ley de Monumentos, en su primero y segundo párrafos, pues aquélla se traduce tan sólo en un año de diferencia entre los mínimos aplicables para uno y otro caso.

Pienso que para el caso de que se produzca daño o destrucción - de algún monumento arqueológico por cualquier vía que no sea explosión, inundación o incendio, la Ley de Monumentos prevé una sanción corporal acertada, al ser ésta de uno a diez años de prisión.

En el supuesto de que los daños fueren ocasionados mediante inundación o incendio, la penalidad corporal impuesta por dicha Ley, - debiera ser igual a la contemplada por el Código Penal Federal para casos semejantes y que como ya vimos es un poco más severa, pues - fluctúa de cinco a diez años de prisión.

Cuando la destrucción o deterioro de un bien arqueológico se realizara con la utilización de explosivos, pienso que debería imponerse una pena privativa de libertad aun más rigurosa, puesto que en - este caso se evidencia un mayor ánimo delictuoso por parte del agente, al tiempo que el riesgo de ocasionar daños irreversibles al monumento, se incrementa considerablemente.

Así lo pensó el legislador cuando tipificó en el Código Penal Federal las sanciones aplicables para el caso de daño o destrucción - de vías de comunicación, pues mientras en el Artículo 167 Fracción V, de dicho ordenamiento se imponen de uno a cinco años de prisión al que cause daños en un camino público mediante inundación, en su Artículo 168 el mismo Código dispone lo siguiente:

"Al que, para la ejecución de los hechos de que hablan los Artículos anteriores, se valga de explosivos, se le aplicará de quince a veinte años de prisión".

Si bien pudiera ser algo exagerado prever una pena análoga a la anterior, en el caso de propiciar el deterioro o destrucción de uno o más monumentos arqueológicos mediante explosión intencional, sí

sería adecuado elevar aun más que en los casos anteriores el mínimo de la pena corporal correspondiente, pudiendo ser ésta de siete u ocho años.

Por otra parte, es un acierto de la Ley de Monumentos imponer, amén de la pena corporal, multa hasta por el valor del daño causado, en oposición a otros delitos arqueológicos en los que se prevé por su comisión el pago de una multa fijada dentro de ciertas cantidades límite que, como se ha dicho en su oportunidad, son francamente irrisorias.

Como último delito especial regulado por la ley Federal de Monumentos dentro del ámbito de nuestro objeto de estudio, encontramos el de la exportación ilegal de monumentos arqueológicos, para el -- que se prevé la mayor de todas las penalidades contempladas dentro de los delitos tipificados por dicha Ley, pues se le sanciona con prisión de dos a doce años y multa de cien a cincuenta mil pesos.

La razón de ser de este delito previsto en el Artículo 53 de la multicitada Ley de Monumetnos, la encontramos en el Artículo 16 de la propia Ley que en su segundo párrafo señala:

"Se prohíbe la exportación de monumentos arqueológicos, salvo - canjes o donativos a Gobiernos o Institutos Científicos extranjeros, por acuerdo del Presidente de la República".

Por la forma en que se encuentra redactado tal párrafo, se infiere que no hay una prohibición absoluta, pues por acuerdo presidencial podrán sacarse del país monumentos arqueológicos para donar o canjear con instituciones extranjeras.

Aquí se presenta una situación francamente polémica, pues mientras por una parte esto resulta cotradictorio con el espíritu de la Ley en cuanto a proteger y conservar nuestros monumentos arqueológicos, al considerar de utilidad pública la conservación de tales bienes y declararlos inalienables e imprescriptibles, por la otra resulta en ciertos casos benéfica la facultad otorgada al Presidente de la República para autorizar la donación o canje de piezas arqueológicas cuyo papel en el marco de nuestro acervo cultural no sea --

muy significativo, o bien que su conservación dentro de nuestras - fronteras no sea de vital interés nacional por haber otros ejemplares idénticos o de la misma especie -las Cabecitas Sonrientes del Complejo Remojadas, Ver.-, siempre y cuando exista una reciprocidad, ya sea simultánea (canje) o posterior (donación) por parte del Estado que intervenga en la celebración de cualquiera de esos actos.

En stricto sensu, al no poderse enajenar ningún monumento arqueológico por determinación de la propia Ley, el canje o donación de - aquellos contrarían la inalienabilidad que los caracteriza, por lo que los acuerdos que celebre el Estado Mexicano para tal fin, adolecen de una falta de fundamentación jurídica objetiva.

Amén del problema jurídico anterior, en un canje o donación muchas veces quedará la duda de si la conservación de tal o cual monumento era o no de interés para la vitalidad de nuestra cultura nacional, y de si el consejo o dictámen del perito que lo determine - fué de acuerdo con el interés nacional o con su interés personal, o incluso el afectivo hacia la autoridad ordenadora.

En el plano extra-jurídico, pienso que es saludable la celebración de este tipo de actos, pues al contar con ejemplares no sólo - arqueológicos sino también históricos o artísticos de otros países, México enriquece en lo general su acervo cultural, y sobre todo, la culturación de sus habitantes.

Pero como medida que pudiera resolver tal situación problemática, podemos pensar en que se autorizara exclusivamente la exportación - de reproducciones de cualquier monumento arqueológico, previa autorización por parte del Presidente de la República.

Asímismo es claro que el delito tipificado por el Artículo 53, - plantea dos situaciones: Una que se refiere a la pretensión de sacar del país un monumento arqueológico sin el permiso correspondiente, y otra, que consiste en la consumación del hecho, o sea la exportación ilegal propiamente dicha, previéndose para ambas una misma pena. Es decir, en este caso se castiga la exportación en grado de - tentativa lo mismo que la exportación ilegalmente consumada.

Junto con el saqueo, la exportación ilegal es uno de los problemas capitales que confronta la arqueología hoy día, no sólo en México sino también en otros países que cuentan con un acervo arqueológico importante. Por lo general las piezas sustraídas clandestinamente de nuestro país tienen como destino museos extranjeros o colecciones privadas de los nacionales de otros Estados.

Pero claro que además de la penalización de estas acciones ilícitas el gobierno de la República procura combatir la exportación ilegal mediante la concertación de convenios internacionales tendientes a lograr la recuperación de los materiales arqueológicos objeto de tal exportación, tal y como vimos en su oportunidad.

Por último, el Artículo 54 de la Ley Federal de Monumentos, ordena la aplicación de una mayor sanción a los reincidentes y delincuentes habituales, en base a la penalidad fijada para cualquier delito arqueológico que hayan cometido. A los primeros se les aumentará desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena correspondiente; a los segundos se les aumentará de uno a dos tantos de la que corresponda al delito mayor.

Para entender qué son y cuáles son las diferencias entre reincidente y un delincuente habitual, hemos de remitirnos al Código Penal Federal que en su Artículo 20 nos dice:

"Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término -- igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la Ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o Leyes especiales".

Y el Artículo 21 del propio Código Penal expresa:
"Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un -- nuevo delito procedente de la misma inclinación o pasión viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres -

infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de -- diez años".

Como prototipo de un delincuente habitual en materia de delitos arqueológicos, tenemos el caso de un sujeto que, dentro del término de diez años a que se refiere en lo conducente el Código Penal, es sorprendido en tres ocasiones por agentes aduanales de los Estados Unidos de Norteamérica introduciendo clandestinamente bienes -- arqueológicos provenientes de México.

Obviamente que la agravación de la pena para los reincidentes y delinquentes habituales es no sólo justificada, sino también necesaria para disminuir el índice de delincuencia de nuestro país, al tiempo que por equidad se impone a este tipo de sujetos una mayor penalización que a un primo delincuente o persona que haya vuelto a delinquir, pero después de transcurrido un tiempo lo suficientemente largo que legitime la no agravación de la pena simple a que se haga acreedor.

Concluiremos el presente capítulo diciendo que fuera de los delitos descritos y sancionados por los Artículos 47 a 53 de la Ley Federal de Monumentos, cualquiera otra infracción a sus disposiciones será sancionada administrativamente por el Instituto Nacional de Antropología e Historia con multa de cien a cincuenta mil pesos, tal y como lo dispone el Artículo 55 de la propia Ley. A tal sanción administrativa resulta aplicable la crítica que, sobre el epíterio de fijación de las multas correspondientes a los delitos arqueológicos, venimos formulando a lo largo de este último apartado.

CAPITULO VII

A) Naturaleza jurídica de la Tentativa.

Esta figura jurídica a cuyo estudio nos avocaremos en este último capítulo, presenta ciertas particularidades en función de los delitos arqueológicos, razón por la cual nos es de sumo interés hacer una breve reseña de su contenido y características esenciales, para posteriormente abordar su aparición en el campo de aquellos ilícitos.

Para poder entender qué es y en qué momento se configura la tentativa, debemos antes hablar sobre las fases que comprenden el "iter-criminis", entendiéndolo por éste el lapso temporal en que se desarrolla la actualización del delito, desde su ideación hasta su real culminación.

Comúnmente se distinguen en el iter-criminis dos fases claramente diferenciadas:

- a).-La fase interna (subjetiva)
- b).-La fase externa (objetiva)

La fase interna del delito se da cuando éste aún no ha sido exteriorizado, esto es, que tan sólo ha sido maquinado en la mente del agente sin llegar a exteriorizar la realización de esa idea.

El punto arranque de esta fase lo encontramos en el fenómeno de la ideación que "se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito" (1)

"Esta primera fase interna -apunta el tratadista Enrique Ferri-, puede sin embargo, quedar incompleta cuando la idea, sea delictuosa y haya pasado por la conciencia, se extingue a causa de la repugnancia íntima del sentido moral o por la previsión de los posibles resultados dañosos, o se convierte en deliberación volitiva de no actuar. En cambio puede ser com-

(1) Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa. Pág. 09 Ed. Porrúa 1971.

pleta, cuando la idea delictuosa llega a transformarse en voluntad de obrar; de manera más o menos precipitada, según las circunstancias de hecho y el tipo antropológico del delincuente (pasional), habitual, instintivo, loco consciente, etc.(2)

Como asienta este último autor, puede ocurrir que la idea sea rechazada definitivamente, o bien, ser ratificada en cuanto al deseo de exteriorizarla. Una u otra resoluciones serán producto de la llamada deliberación, que es "el proceso psicológico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella". (3)

Ahora bien, entre el momento de la ideación del crimen y su realización, transcurre un intervalo de tiempo, corto o --prolongado, según sea el desarrollo del proceso deliberativo, y si en éste persiste la intención de delinquir, se ha tomado ya la resolución de delinquir, que viene a ser la parte culminante de la fase interna del iter-criminis.

Por supuesto que esta fase subjetiva "no tiene trascendencia penal, pues siendo inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabras, es imposible la lesión de algún interés protegido penalmente; mientras la idea delictuosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infracción alguna al orden jurídico. El Derecho regula esencialmente relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula "congitationis poenam nemo patitur", recogida en el Libro II de la Séptima Partida en su Título 31 que proviene de la más vigorosa tradición jurídica romana. (Ulpiano, 1,18,D. 48,19)"(4)

Tal y como lo manifiesta Pavón Vasconcelos, a la pura resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada, que debe ser considerada ya como parte de la fase externa del iter-criminis, pues aunque no constituye en rigor una

(2) Principios de Derecho Criminal. pp.488-489 Ed.1933

(3) Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Pág.10

(4) Ibid. pp.10-11

actividad material, es ya una manifestación externa de cierta intención delictuosa. (5)

Dicha resolución la define el mismo autor como "el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su -- idea criminal por medio de la palabra". (6)

A semejanza de la simple resolución psíquica, aquí tampoco existe infracción jurídica en el más amplio sentido, pues la exteriorización no vulnera objetivamente ningún interés - jurídico; empero, ciertas legislaciones penales elevan a la categoría de delito algunas resoluciones manifestadas, por - motivos específicos, aun cuando en estricto rigor doctrina-- rio no constituyan delito.

Dentro de nuestra propia legislación penal, tenemos como caso ilustrativo de lo anterior la hipótesis prevista en el Código Penal Federal en su artículo 135 Fracc.I, en que se - impone pena de prisión alq ue en cualquier forma invite a -- una rebelión, por ser un acto contra la seguridad de la Nación.

Así mismo, cuando la resolución criminal se exterioriza por medio de la realización de actos materiles, estamos ante la rpesencia de lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito.

Dicho proceso comprende:

- a).- La preparación
- b).- la ejecución, y
- c).- la consumación, aunque algunos tratadistas como Jimé nez de Asúa agregan como otro elemento más, el agotamiento.

De ordinario, los actos preparatorios no son reprimidos; - en este sentido perdura todavía el criterio clásico.

(5)Ibid.Pág.11

(6)Ibid

Tal y como lo asienta el tratadista argentino Eusebio Gómez: "conforme a un criterio rigurosamente positivista, los actos preparatorios deberán estar sometidos a sanción, cuando - constituyan un real exponente de peligrosidad, si a ello no - se opusieran las enormes dificultades de la prueba". (7)

Empero, aunque el anterior comentario es plenamente válido dentro del marco del Derecho argentino, pues en su legislación positiva se contemplan delitos que se traducen esencialmente en actos preparatorios, como el acuerdo y el mandato para delinquir, en nuestro país y con base en el consenso de la doctrina, a los actos preparatorios contemplados subjetivamente y desde el punto de vista del autor, son los únicos a los que puede dárseles tal significación, pues como lo sostiene el Jurista Pavón Vasconcelos, "exteriormente y de común nada revelan sobre la intención delictuosa del autor. La compra del revolver y la adquisición del veneno, son actos de preparación dentro de la intención del autor; objetivamente nada descubren por su naturaleza equívoca sobre el propósito delictuoso, supuesto que la compra del arma o la adquisición del veneno pueden tener tanto un fin avieso como lícito" (8)

Siguiendo el mismo criterio, los actos ejecutivos, por el contrario, son generalmente unívocos, en razón de que por sí mismos son capaces de traslucir objetivamente la intención de delinquir por parte de su autor y entrañan peligro de lesión, aún cuando dicho criterio no sea absoluto.

Carrara, sostiene que es acto preparatorio aquél que permanece en el sujeto activo, y acto ejecutivo el que se desenvuelve sobre el sujeto pasivo de la consumación. Es de advertir - que Carrara llamaba sujeto pasivo de la tentativa, a todo aquello sobre que recaen los actos productivos del delito. Así decía Carrara: "en el robo con fractura, la puerta que el ladrón rompe, la casa que asalta, son el sujeto pasivo de la tentativa, proque derribando la puerta y penetrando en la casa, el robo no se consuma; pero el objeto que el ladrón toma con inten-

7) Op. Cit. Pág. 461

8) Op. Cit. Pág. 16

ción de apropiárselo, constituye el sujeto pasivo del delito consumado, pues con esa aprehensión se consuma el robo". (9)

Siguiendo con las partes que comprende el proceso ejecutivo del delito, tenemos que la consumación de éste ocurre -- cuando "produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión jurídica, o dicho en otros términos, - hay consumación en tanto el hecho querido se produce mediante la integración de sus elementos esenciales". (10)

Con base en el ejemplo de Carrara que hemos asentado, y - de acuerdo con la definición dada sobre la consumación, es - claro que la tentativa se configura cuando se desarrolla la ejecución del hecho pero sin llegar a su consumación.

Por último, el agotamiento del delito representa el posterior momento en la fase externa del iter criminis. Como precisa Jiménez de Asúa, "no agotar el hecho, es detenerse en - la violación jurídica; agotarlo es lograr el propósito final perseguido". (11)

Pero abundando un poco sobre la ejecución, por ser la parte más trascendente en función de la tentativa, diremos que aquélla puede ser subjetivamente completa y objetivamente imperfecta, al emplear el agente todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecutando la totalidad de los actos tendientes a ese fin, pero por razones ajenas a su voluntad no se actualiza el resultado (delito frustrado o tentativa acabada); o bien, puede ser que la ejecución se caracterice por su imperfección subjetiva y objetiva, al verificarse de hecho los actos tendientes a la producción del resultado. -- pero que por causas extrañas, la persona omite algunos y por eso el evento no surge (delito intentado o tentativa inacabada).

9) Cfr. Gómez Eusebio. Op. Cit. Pág. 464

10) Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Pág. 16.

11) La Ley y el Delito. Pág. 529.

Como ejemplos de ambas clases de tentativa, el maestro Cas tellanos Tena nos dá los siguientes:

"...si se tiene ya atada a la víctima más de pronto se presen ta un tercero y rompe el recipiente en que se le está hacien do ingerir un tóxico preparado de antemano a la susodicha víc tima, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que el delito intentado no se consuma ni subjetiva, ni objetivamen te; en tanto el frustrado se realiza subjetiva pero no objeti vamente; por ejemplo, cuando alguien administró veneno en can tidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no ocurrió - por causas ajenas a su voluntad, como la inesperada interven ción del médico". (12)

En un principio se adoptó una clasificación bipartita, al - diferenciarse únicamente entre delito consumado y tentativa, - sin distinguir, en cuanto a ésta, si los actos realizados ago taban o no subjetivamente el delito. Pero más adelante los clá sicos italianos distinguieron el delito intentado del frustra do, subrayando como carácter de aquélla su imperfección respec to a la actividad ejecutiva, en oposición a la frustración, en la cual el sujeto lleva a cabo todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que éste llegue a - verificarse por razones ajenas a su voluntad.

Acertadamente, Carrara distinguió entre delito perfecto y - delito imperfecto. En el primero la violación al derecho tute lado se consuma, mientras que en el segundo no llega a efec--- tuarse con todo y la voluntad encaminada a ese fin a través de actos apropiados. Asimismo, el delito será imperfecto -sigue - diciendo Carrara-, cuando imperfecta ha quedado la acción al - interrumpir el curso de sus momentos físicos, o porque éste ha sido insuficientemente promovido, o cuando aún siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello suficientes los momentos precisos para la finalidad,- el efecto queda malogrado a causa de algún impedimento impre--

12) Op. Cit. Pág. 281

visto; en el primer caso surge el conato, mientras que en el - segundo puede tenerse, las más de las veces, el delito frustrado. (13)

Hoy en día, no sólo en México sino también en otros varios-paises, ha sido descartada la concepción tripartita (delito in tentado-delito frustrado-delito consumado), acogiéndose más -- bien la antigua clasificación bipartita (tentativa-delito consumado), distinguiéndose ahora entre tentativa inacabada y ten tativa acabada.

Así las cosas, al hacer referencia Edmundo Mezger a esta -- última distinción, advierte que la misma "No se refiere al resultado del acto sino al término de la actividad desplegada. - En la tentativa inacabada, el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, - en tanto en la acabada si se han verificado todos los actos, - sin que en ambas el resultado se haya producido a virtud de -- causas ajenas a su voluntad. En lo que toca a la delimitación-entre ambas tentativas, es la resolución del agente la base de terminante, pues sólo en el sentido subjetivo del autor mismo-puede llegarse al conocimiento de si ha o no verificado todo - lo de su parte necesario a la consumación del delito". (14)

Pero entrando ya de lleno en el contenido de la tentativa en sí, hemos de advertir que cualquier definición que pretenda -- elaborarse sobre tal figura jurídica, debe hacerse en función-del delito consumado. Es por ello que algunos autores han concebido la tentativa como un delito imperfecto, pues al faltaren ella la consumación sólo es posible concebir su existencia-en razón de un determinado tipo legal con el cual se le relacione.

En tanto Max Mayer como Edmundo Mezger han conceptuado a la tentativa como una causa extensiva de la pena que viene a ser-un factor que amplifica el carácter delictivo de los hechos tipificados en la parte especial de los códigos y que, por tal -

13) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Pág. 20

14) Op. Cita. pp. 265-266

razón, establece una especial tipicidad que trasciende el círculo del delito consumado. (15)

No sería posible sancionar los actos encaminados a consumir el delito, cuando no se llega al fin propuesto, si no existiera la norma secundaria de la tentativa, cuya función primordial es la de extender la incriminación de la norma principal.

Abundando en lo anterior, para el tratadista Bettiol "la tentativa sólo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal, opinión compartida por Vannini, para quien únicamente a través de la norma de la tentativa hácese posible sancionar conductas que de otra manera carecerían del signo de la ilicitud". (16)

Resulta por demás interesante la opinión de Mariano Jiménez Huerta en el sentido de que no le reconoce autonomía alguna a la tentativa por considerar accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, pues sostiene que teleológicamente sólo tiene existencia en el campo del Derecho cuando se vincula con algún tipo específico. (17)

Contrariamente a la tesis anterior, el maestro Pavón Vasconcelos sostiene una postura antagónica:

"Aunque la tentativa se subordine, para su punición, a la referencia típica concreta, no es posible negarle, a nuestro juicio, su carácter de figura autónoma. Si se la relaciona con el delito consumado surge, sin discusión, en el contraste entre ambas figuras, su naturaleza imperfecta y subordinada. Considerada en sí misma constituye un delito perfecto, pues es figura con caracteres propios y punible. La razón de ser de tal aparente contradicción radica en la imposibilidad de incriminar un delito imperfecto sin darle la fisonomía de un delito perfecto". (18)

15) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Pág. 27.

16) Cit. por Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Pág. 28.

17) Cfr. La Tipicidad, pp. 121-122. Ed. 1955.

18) Op. Cit. Pág. 29.

Es fundada la opinión anterior y en consecuencia la tentativa es un verdadero delito en sí, dada su singular estructura y naturaleza disímbola a la del delito consumado, pues cuenta con "objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado". (19)

Expuesto todo lo anterior, es momento de consignar lo que -- algunos tratadistas entienden por tentativa en sí:

Para Sebastian Soler, la tentativa estriba en "iniciar la -- acción principal en la cual el delito consiste". (20)

A su vez, Jiménez de Asúa la define simplemente como "la ejecución incompleta de un delito". (21)

Es el maestro Castellanos Tena quien nos brinda un concepto -- un tanto más integral que los precedentes:

"Entendemos, pues, por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto". (22)

En relación con esta última definición el juspenalista Francisco Javier Ramos advierte lo recomendable de no hacer alusión únicamente a la "ejecución", pues esto dá lugar a que pudiera -- tomarse el vocablo en su significado estricto no comprendiendo -- por ende las omisiones, en las cuales sin duda también resultable la tentativa. Por ello define a ésta como "la ejecución -- o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realiza--- ción de un delito, si no se consuma por causas independientes -- del querer del agente". (23)

B) Punibilidad de la tentativa.

Tras un repaso histórico de los criterios seguidos por diversos pueblos sobre el grado de punibilidad de la tentativa, nos encontramos con que, por ejemplo: en el Derecho Romano fue distinta la tendencia a seguir dependiendo de que se tratase de --

19) Ibid. Pág. 30.

20) Cit. por Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Pág. 279

21) La Ley y el Delito Pag. 595. Caracas 1945

22) Op. Cit. Pág. 279

23) La Tentativa Inacabada. Rev. de la Facultad de Derecho. t.XVIPág64

delitos públicos o privados. En efecto, al tiempo que en los primeros los romanos distinguieron entre tentativa y delito consumado, estableciendo penas benignas al delito imperfecto, por regla general se consigné la equiparación de ambas formas en virtud de afectar intereses superiores del Estado.

De ordinario, en los delitos privados la tentativa quedaba impune por no existir en ella un daño específico que justifica ra la imposición de cierta sanción, conforme a los fundamentos de Derecho que prevalecieron en aquella época.

Este criterio quedó retomado en los Códigos franceses de 1810 y 1832 al establecerse como norma la equiparación entre delito intentado y delito consumado, aunque reconociendo la facultad potestativa de los jueces para atenuar la pena del primero.

En esta misma época se observa, contra la tendencia de equiparación de las penas surgida en los Códigos Franceses mencionados, la adopción de un criterio antagónico por parte de diversas legislaciones europeas, como en el caso del Código español de 1822, cuyos artículos 5 y 7 precisaron las reglas de menor rigidez en la sanción para los casos de tentativas punibles. Más adelante al surgir aunque no muy claramente la distinción entre tentativa y frustración, en el Código de Nápoles se sustentó el criterio definitivo de sancionar en todo caso con pena inferior la tentativa con relación tanto al delito frustrado como al consumado.

Una vez forjada definitivamente dicha dualidad en los Códigos de Alemania de 1871, de Noruega de 1902 y otros como los de Argentina de 1921 y de Perú de 1924, cobra plena aceptación legislativa la regla de sancionar con penas atenuadas, respecto al delito consumado, la tentativa en sus dos formas de conato y frustración, observándose asimismo la tendencia de punir, excepcionalmente como delitos consumados, ciertos actos de ejecución y aún meros actos preparatorios, como medida de política criminal coadyuvante de una mayor protección a determinados bienes jurídicos. (24).

24) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Págs. 89 a 91.

Nuestro Código Penal vigente hace suyo, en general el criterio de diversidad en las penas aplicables para los casos de tentativa, por una parte y de delitos consumados por la otra.

Así, tal ordenamiento nos dice primero que hay tentativa punible: "cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la -- que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si-aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que -- constituyan por sí mismos delitos ". (Artículo 12)

Más adelante, en su artículo 63 el citado Código prescribe: "A los responsables de tentativas punibles se les aplicará a -- juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario".

Ahora comentaremos brevemente los dos criterios básicos por los que se inclina la doctrina en relación con el problema de la punibilidad de esta figura jurídica, para finalmente demostrar que la reglamentación que de ella hace nuestro Código Penal vigente, participa de ambas posturas.

Como hemos dicho, existen sobre la tentativa dos criterios punibles fundamentalmente:

a) La tentativa debe ser sancionada con pena inferior al delito consumado.

El marqués de Beccaria fue quien históricamente proclamó por primera vez tal postura, aduciendo la conveniencia de ofrecer - al delincuente incentivos para apartarlo de la ejecución de nuevos actos que pudieran llevarlo a consumir su propósito delictuoso, pues debe tomarse en consideración a su juicio el intervalo de tiempo que puede mediar entre la tentativa y la ejecución -- del hecho delictuoso. (25)

Otro defensor íntegro de este criterio lo es el jurista Carrara, quien por pertenecer a la escuela ontológica que centraba su preocupación en administrar justicia rigurosa, no podía - apartarse del principio de que la pena ha de ser adecuada al -- hecho y a la gravedad que éste presente en relación con la ley-jurídica, pues siendo la pena una tutela jurídica, debe forzosamente estar acorde con la gravedad de la infracción. (26)

b) La tentativa debe ser sancionada con pena igual a la del delito consumado.

Puglia es de los juristas que con más firmeza sostienen esta opinión, arguyendo que la pena de la tentativa no debe ser atenuada, pues la ausencia de daño material que deriva de causas - fortuitas o ajenas a la voluntad del agente, no reduce la gravedad de la transgresión de la ley. (27)

Por su parte, Garófalo propone en este sentido la **siguiente**-fórmula: "La tentativa de un delito debe ser considerada como - el delito mismo, cuando el peligro que dimana de una y otro sea idéntico". (28)

La opinión de Garófalo, nos lleva a considerar la opción de que la tentativa deba ser sancionada en función de la peligrosidad revelada por el delincuente. Así Enrique Ferri piensa que - la dimensión de la sanción defensiva que convenga al autor de - una tentativa de delito, deberá depender de los actos objetivamente cumplidos en razón de la mayor ó menor peligrosidad que - con ellos se haya manifestado. (29).

25) Cfr. Gómez Eusebio. Op. Cit. Pág. 468.

26) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Pág. 92.

27) Cfr. Gómez Eusebio. Op. Cit. Pág. 469

28) Ibid.

29) Cfr. Cit. en Gómez Eusebio. Op. Cit. Pág. 469.

Asimismo Florian, quien por cierto es partidario de una menor punibilidad de la tentativa en relación con el delito consumado, por revelar aquélla una menor voluntad criminosa, juzga conveniente equiparar las sanciones correspondientes a una y otro, - en forma facultativa en ciertos casos excepcionales, de acuerdo a la extrema peligrosidad que se advierta en el agente. (30)

Ahora bien, en cuanto a la actitud asumida por nuestro Código Penal Federal al regular el modo en que habrá de punirse la tentativa, indudablemente que aquélla es mixta, pues por un lado establece como regla general la de no aplicar más de las dos -- terceras partes de la sanción que se les debiera imponer a los autorès de tentativas punibles en caso de haberse consumado el delito; esto es, acoge en general la primera postura doctrinal que propugna una penalización menor para la tentativa en relación con el delito perfecto. Pero al mismo tiempo, el citado Código prevé la posibilidad de que exista alguna disposición expresa en contrario; así tenemos el caso concreto que contempla el mismo Código en el último párrafo de su artículo 238:

"...Al que cometa el delito de falsificación de billetes de bancos en grado de tentativa, se le impondrá la misma pena que si lo hubiere consumado".

Esta última disposición será, por cierto, piedra angular de nuestra exposición en el apartado siguiente, cuando hablemos sobre la conveniencia de regular la tentativa en nuestra Ley Federal de Monumentos Arqueológicos. Por ahora bástenos decir que -- conforme a la tendencia general asumida en su artículo 51, el Código Penal deja al prudente arbitrio del juzgador la fijación de las sanciones aplicables a los responsables de tentativas punibles, de acuerdo a las circunstancias exteriores de comisión y a las subjetivas propias del delincuente.

Lo anterior nos lleva a afirmar junto con Pavón Vasconcelos - que: "... en nuestro Código priva, según mandamiento del artículo 12 in fine el más amplio arbitrio para individualizar las penas aplicables a los casos de tentativas punibles condicionándolo a la temibilidad del autor y al grado a que hubiere llegado -

en la ejecución del delito". (31)

C) La necesidad de regular esta figura jurídica en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

Prosiguiendo en parte nuestros comentarios en torno a la punibilidad de la tentativa, en lo personal me adhiero al criterio de consignar como regla general la de imponer una sanción menor para cuando el delito sea imperfecto, en relación con el delito consumado, pues como bien dice el maestro Castellanos Tena:

"Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica -- que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se viola la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes". (32)

Sin embargo, también estoy enteramente de acuerdo con que nuestro Código Penal Federal prevea, tal y como lo hace en su artículo 63, la posibilidad de que en ciertos casos se puedan penalizar en forma idéntica tanto la tentativa como la consumación del delito de que se trate, siempre y cuando, desde luego, lo disponga así expresamente la ley penal correspondiente.

Tal y como ya hemos dicho, el único caso en que nuestro Código Penal Federal contempla una identidad punitiva sea que el delito fuere perfecto o imperfecto, es el consistente en la falsificación de billetes de banco (Artículo 238).

Ciertamente la razón de ser de dicha equiparación la encontramos en la función vital que tales billetes desempeñan en el desenvolvimiento de la vida económica del país, tanto a nivel público como privado; de allí que la puesta en circulación de billetes falsos constituya un factor que en un momento dado podría ocasionar serios trastornos en los actos de comercio o econó-

31) Op. Cit. Pág. 93.

32) Op. Cit. Pág. 280.

micos en general, efectuados por particulares entre sí o con la participación del Estado, quedando afectado en ambos casos un interés eminentemente colectivo, dado el gran dinamismo que caracteriza al mercado de dinero.

Así pues, creo que es la vulneración del interés colectivo el punto donde radica la esencia de la equiparación de sanciones que, tanto para el caso de tentativa como para el de su consumación, estatuye nuestro Código Penal en relación con el delito de falsificación de billetes de banco.

Pero pasando ahora al análisis ya no del antecedente legislativo, sino de la inquietud que nos llevó a incluir este apartado dentro de nuestro trabajo, es menester hacer una serie de observaciones previas a nuestra sugerencia final, en cuanto a la inclusión de la tentativa dentro de los puntos que sobre bienes arqueológicos, regula la Ley Federal de Monumentos.

1) Como se vió en su momento, una de las cualidades inherentes a todo monumento arqueológico es la de su no fungibilidad, característica ésta que deriva básicamente de la antigüedad de esta clase de monumentos, amén de su valor informativo sobre los sistemas de organización político-económica, o de pensamiento filosófico-religioso, o bien sobre el modus vivendi en general que observaron los pueblos prehispánicos asentados en territorio nacional, como culturas propiamente dichas.

2) Dado que los bienes arqueológicos son muy bien cotizados en el mercado negro no sólo nacional sino también internacional, esto ha motivado, con más énfasis durante las últimas décadas, un aumento más o menos considerable en la realización de actividades directamente relacionadas con la comercialización y contrabando de esta clase de monumentos, como son la práctica de excavaciones clandestinas o de actos traslativos de dominio, transportación, posesión y apoderamiento ilícitos de dichos bienes. Todas estas actividades, como ya se ha visto, están debidamente sancionadas en la Ley Federal de Monumentos.

3) Doctrinalmente se justifica la paridad de sanciones para la tentativa y consumación de ciertos delitos cuyo objeto material se haga consistir en determinados bienes de naturaleza peculiar, como en el caso de la falsificación de billetes de banco contemplado por nuestro Código Penal.

Inclusive, el propio Código Penal fortifica lo viable de esta posibilidad, cuando en la parte final de su Artículo 63 prevé la salvedad de alguna disposición en contrario sobre la aplicación de hasta las dos terceras partes de la sanción correspondiente al delito consumado, en caso de tentativa punible.

De hecho, la Ley Federal de Monumentos, en su Artículo 53, prevé el caso de idéntica punibilidad para que "por cualquier medio pretenda sacar o saque del país un monumento arqueológico..." esto es, que de acuerdo al enunciado anterior, se sancionará con la misma pena, tanto el contrabando arqueológico consumado como el que se verifique en grado de tentativa. Mas al hacer las observaciones en torno al motivo que nos indujo a incluir el tema de la tentativa en la presente tesis, se expusieron razones suficientes para cimentar nuestra opinión en el sentido de que sería justa y fundada una equipación de las penas previstas por la Ley Federal de Monumentos en materia de delitos arqueológicos, con las aplicables en caso de que estos se den sólo en grado de tentativa, en forma global; esto es, aplicándola a la totalidad de los delitos arqueológicos, así como a las razones de política criminal que asentamos en la segunda de nuestras observaciones y -- siendo, eso sí, de más peso la conveniencia de una disposición de esta naturaleza para el caso de apoderamiento ilícito de dichos monumentos, que junto con el de su exportación ilícita, se distinguen por su mayor frecuencia y más alto grado de temibilidad en el autor.

Concretamente, habría que agregar en la Ley Federal de Monumentos, dentro de su capítulo de sanciones, un precepto que en lo sustancial prescribiera:

"Al que cometa cualquiera de los delitos previsto en este capítulo en materia de monumentos arqueológicos, en grado de tentativa, se le impondrá la misma pena que la que hubiere correspondido en caso de consumarse el delito".

C O N C L U S I O N E S

- 1.-Los monumentos arqueológicos son bienes del dominio público, -- con características propias tales que es ~~de~~ indiscutible relevancia su significado dentro del acervo cultural de México.

- 2.-Durante la época colonial encontramos ya, en algunas de las Leyes de Indias, una cierta normatividad sobre bienes arqueológicos, pero para desgracia de la cultura nacional, tales normas -- únicamente legitimaron no sólo a las autoridades del virreinato sino a cualquier individuo, para destruir todo vestigio material que hubiere de los pobladores autóctonos de la nueva colonia. De acuerdo a la mentalidad mercantilista de la época y a la común -- avaricia de los sojuzgadores, en el caso de las piezas de oro o de cualquier otro metal precioso, no se autorizaba su destrucción sino que debía pactarse con la corona española por conducto del virrey, su disposición, pues este tipo de objetos en particular encerraban un valor pecuniario sumamente elevado.
No es sino hasta bien entrado el siglo XX, cuando a partir de la Ley del 19 de Enero de 1934 se regula ahora sí, de un modo -- cada vez más integral, la protección y preservación de nuestros monumentos arqueológicos, incluyendo la imposición de sanciones específicas.

- 3.-En el plano internacional, si bien ha sido positiva la conclu--- sión de los cuatro tratados internacionales en que México ha sido parte, sobre restitución de bienes arqueológicos exportados -- ilícitamente, sería muy provechoso para nuestro país obtener la concertación de un mayor número de convenios bilaterales, con el propósito de dilatar aun más el marco de protección jurídica de nuestros monumentos arqueológicos, vía cooperación internacional. Dicho esfuerzo conllevaría más posibilidades de éxito, si se pro-- curara negociar con naciones que, como las europeas, a su vez -- contarán también con un acervo de bienes culturales más o menos importante, incluyéndose entre los bienes protegidos. como suele hacerse, no tan sólo los arqueológicos, sino bienes culturales -- en general.

4.-La figura administrativa a través de la cual se faculta a los particulares para detentar la posesión de ciertos monumentos arqueológicos, muebles, debe ser la autorización y no la concesión de uso, tal y como erróneamente lo determina el Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos.

Por lo demás, juzgo acertada la decisión del Estado de reconocer el derecho de tenencia sobre piezas arqueológicas que no hagan suya una relevancia especial, a aquellos que las hayan encontrado ocasionalmente y que no procedan, por supuesto, de alguna zona de monumentos arqueológicos.

5.-La actual Ley Federal de Monumentos, contempla una serie de ilícitos que hemos dado en calificar como "delitos arqueológicos"-mismos a los que, injustamente, la doctrina no dedica aún espacio dentro de su campo de acción.

6.-Por ser inalienables e imprescriptibles, los monumentos arqueológicos están totalmente sustraídos del régimen jurídico privado, quedando prohibida, en consecuencia, la enajenación y comercialización de este tipo de bienes. Todo acto traslativo de dominio de un monumento arqueológico, será inexistente en términos de la legislación civil.

7.-Es necesario, para desvanecer toda posibilidad de que se torne incostitucional una resolución jurisdiccional que condene a un reo acusado de cometer algún delito arqueológico, que se precise en la Ley, con base en la opinión de los especialistas en la materia, la fecha en que ocurrió el establecimiento de la cultura hispánica en nuestro territorio, y de ese modo, poder determinar con exactitud, al menos para efectos legales, si un bien en especial debe ser considerado como monumento arqueológico o histórico.

8.-El sistema adoptado inicialmente por el legislador para determinar las multas que fija la Ley Federal de Monumentos como sanción adicional a la corporal que prevé para cada uno de los delitos arqueológicos, debe ser reconsiderado mediante las reformas pertinentes, y quedar cuantificadas las multas dentro de límites

fijados por un determinado número de veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, y en ciertos casos, por días multa.

- 9.-Para evitar posibles controversias, es necesario que en los delitos arqueológicos circunscritos por la Ley Federal de Monumentos al ámbito de los bienes arqueológicos muebles, abarquen dentro de su ámbito material de validez, no sólo esta clase de bienes sino todo monumento arqueológico en general, puesto que en la práctica, se llegan a actualizar varias de dichas hipótesis legales en el caso de fragmentos o bienes corpóreos que, por formar parte originalmente de un inmueble arqueológico, son considerados por la ley como bienes inmuebles. V.gr. fragmentos de pintura mural, esculturas inicialmente adheridas a un monumento arqueológico inmueble, etc.
- 10.-Es importante en el caso del apoderamiento ilícito de uno o varios monumentos arqueológicos, la inclusión dentro de la propia Ley de Monumentos, de circunstancias tanto calificativas como atenuantes de la pena correspondiente, de modo similar a como lo hace el Código Penal Federal en lo relativo al delito de robo.
- 11.-Como medida tendiente a obtener la recuperación de bienes arqueológicos robados, y en relación con la anterior conclusión, propongo que se inserte dentro del articulado de nuestra Ley Federal de Monumentos, una disposición que libere de toda responsabilidad penal a aquel o aquellos sujetos que al haber efectuado el apoderamiento ilícito de una o varias piezas arqueológicas, procedan a la restitución espontánea de la totalidad de dichas piezas, dentro de cierto término contado a partir de la fecha de comisión del delito, siempre y cuando aquéllas no hubieren sufrido daño alguno con motivo de la ejecución del hecho delictuoso.
- 12.-Para el caso de que se produzcan daños mediante inundación o incendio en cualquier monumento arqueológico, el mínimo de la pena correspondiente debe igualarse con el contemplado por el Código Penal Federal para el daño en propiedad ajena ocasionado por tales medios, y así quedar fijada una sanción corporal de cinco a diez años de prisión.

- 13.-Cuando la destrucción o deterioro de un bien arqueológico se efectuara mediante la utilización de explosivos, la pena aplicable debiera ser aun más rigurosa, por evidenciar un mayor ánimo delictuoso en el sujeto, y por ser mayor el riesgo de que se ocasionen, con tal motivo, daños irreversibles en el monumento o monumentos objeto del delito.
- 14.-Desde un enfoque puramente jurídico, la prohibición para exportar monumentos arqueológicos debiera ser absoluta dado el carácter de bienes del dominio público que revisten tales monumentos. Sin embargo, desde el punto de vista cultural, resulta altamente provechosa la facultad que la Ley de Monumentos concede al Presidente de la República para aprobar el canje o donación de ciertas piezas arqueológicas cuya conservación en territorio nacional no sea de vital interés, siempre y cuando, desde luego, el gobierno del país con quien se efectúen las negociaciones esté dispuesto a actuar en reciprocidad. Mas como dicha postura legal implica también ciertos inconvenientes prácticos que comentamos en su oportunidad, en lo personal sugiero que subsista dicha facultad presidencial, pero sólo para autorizar la exportación de moldes o reproducciones de cualesquiera de nuestros monumentos arqueológicos, y no de piezas originales.
- 15.-Propongo una reforma a la Ley de Monumentos por la que se establezca que, en el supuesto de que se configure cualquiera de los delitos arqueológicos previstos en dicha Ley en grado de tentativa, se imponga la misma pena que la que resultara aplicable de haberse consumado el delito, y no sólo en el caso de exportación ilícita de bienes arqueológicos, tal y como lo prevé de hecho el citado ordenamiento legal.
- 16.-En suma, las normas protectoras contenidas en nuestro Derecho positivo para una adecuada preservación del acervo arqueológico nacional, son, en términos generales, más que aceptables. Claro está que algunas de ellas adolecen de ciertas deficiencias desde su previsión teórica; otras, no se desarrollan como fuera lo deseable en su aplicación práctica. Sin embargo, es meritorio el interés que en los últimos años, desde que cobró vida en el marco de nuestro Derecho la actual Ley Federal sobre Monumentos y Zonas

Arqueológicos, Artísticos e Históricos, ha puesto el Estado en tutelar nuestros monumentos arqueológicos que, por su trascendencia en cuanto a contenido y significación como ricas fuentes de información y de valor estético, son medios idóneos para impulsar el patriotismo y orgullo nacional de los mexicanos.

Algo que sí es por demás deseable, es una participación más activa del Estado Mexicano en el apoyo a los encomiables esfuerzos de personas que -como Antonio Xocoxtli Gómora que pretende rescatar en nombre del pueblo de México el penacho mexicano -- que según se dice perteneció al soberano Moctezuma Xocoyotzin -- y que se halla en el Museo Etnográfico de Viena, Austria luchan por conseguir para nuestro país, con base en disposiciones jurídicas internas del Estado de que se trate, la devolución de bienes arqueológicos que originariamente pertenecieran a México -- por ser sus artífices individuos que formaron parte de nuestras culturas autóctonas durante la época prehispánica.

17.-Con la elaboración de esta tesis, lo digo con franqueza, espero poder contribuir con mis puntos de vista aunque sea de forma modesta, a que en un futuro cercano el legislador perfeccione todavía más, ese instrumento que es la base fundamental del marco de protección jurídica de nuestros monumentos arqueológicos: la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ACOSTA ROMERO MIGUEL LIC. Teoría General del Dere-
cho Administrativo. Edi-
torial Porrúa, 1984.
- 2.- CASTELLANOS TENA FERNANDO LIC. Lineamientos Elementales
de Derecho Penal. Editó-
rial Porrúa, 1981.
- 3.- CEPEDA LOPEZ HERMOSA LIC. Ensayo de Derecho Penal
Impositivo Mexicano,
Editorial Trillas. 1971.
- 4.- FLORES GOMEZ EUSEBIO LIC. Tratado de Derecho Penal.
Tomo I. Buenos Aires,
1959.
- 5.- FRANCO GUZMAN RICARDO LIC. La subjetividad en la -
ilicitud, Editorial Es -
finge. 1959.
- 6.- GONZALEZ DE LA VEGA
FRANCISCO LIC. Código Penal Comentado.
Editorial Porrúa, 1981.
- 7.- IBARROLA ANTONIO LIC. Cosas y Sucesiones, Edi-
torial Porrúa, 1972.
- 8.- JIMENEZ DE ASUA LUIS LIC. La Ley y el Delito, Edi-
torial Hermes, México -
1969.
- 9.- JIMENEZ HUERTA MARIANO LIC. Derecho Penal, Editorial
Porrúa, Tomo IV, 1973.
- 10.- LITVAK K, JAIME, R. GONZALEZ
LUIS. Arqueología y Derecho, -
Instituto de Investigacio-
nes Antropológicas, UNAM.
1982.
- 11.- MEZGUER EDMUNDO LIC. Tratado de Derecho Penal.
Tomo I, Madrid, 1955.

- 12.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO LIC. La Tentativa. Editorial Porrúa. 1974.
- 13.- PORTE PETIT CELESTINO LIC. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. México. 1960.
- 14.- SEARA VAZQUEZ MODESTO LIC. Derecho Internacional - Público. Editorial Porrúa. 1982.
- 15.- SEPULVEDA CESAR LIC. Derecho Internacional - Público. Editorial Porrúa. 1981.
- 16.- SERRA ROJAS ANDRES LIC. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. Tomo II. 1974.
- 17.- VILLALOBOS IGNACIO LIC. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Segunda Edición. 1960.
- 18.- VON LISZT F. LIC. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Reus. Madrid. 1970.
- 19.- VALDIOSERA BERMAN RAMON ARQ. Contrabando Arqueológico. Historias Increíbles de los Moneros. Editorial Océano. 1986.

L E G I S L A C I O N

- 1.- Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos. Ediciones Andrade. 1988.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Edit. Porrúa. 1988.
- 3.- Ley General de Bienes Nacionales. Ediciones Andrade. 1987.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa. 1988.
- 5.- Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia. Ediciones Andrade. 1987.
- 6.- Ley Federal de Responsabilidades para los Funcionarios y Empleados Públicos de la Federación. Edit. Porrúa. 1987.
- 7.- Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos. Ediciones Andrade. 1988.