



# VNiVERSiDAD D SALAMANCA

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

A PROPÓSITO DE MACHUPICCHU.  
PATRIMONIO CULTURAL:  
DE LA PROPIEDAD A LA METAPROPIEDAD

TESIS DOCTORAL

PROGRAMA DE DOCTORADO: DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

DOCTORANDO: JUANSEBASTIÁN VELÁSQUEZ PELÁEZ.

DIRECTORA: ESTHER TORRELLES TORREA

SALAMANCA, 2014



# VNIVERSIDAD D SALAMANCA

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

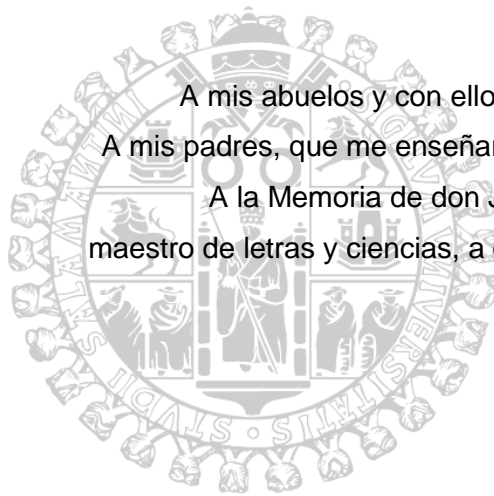
A PROPÓSITO DE MACHUPICCHU.  
PATRIMONIO CULTURAL:

DE LA PROPIEDAD A LA METAPROPIEDAD

Tesis doctoral presentada por Juansebastián Velásquez Peláez para obtener el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, con mención Doctorado Internacional, dirigida por la doctora Esther Torrelles Torrea, Profesora Titular de la Universidad de Salamanca. Accediendo a esta instancia al haberse graduado de Máster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca.

Directora de la Tesis  
Fdo. Dra. Esther Torrelles Torrea

El Doctorando  
Fdo. Juansebastián Velásquez Peláez



A mis abuelos y con ellos, a todos mis mayores.  
A mis padres, que me enseñaron el amor y la libertad.  
A la Memoria de don Javier Tantaleán Arbulú,  
maestro de letras y ciencias, a quien esta investigación  
y su autor tanto deben.

VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA

Es larga la lista de agradecimientos e imposible la renuncia a cualquier omisión, sin embargo, debo reconocer que las pocas líneas válidas de este trabajo, no hubiesen sido posibles sin la ayuda de la profesora Esther Torrelles generosa y paciente en la guía académica, Cinzia Motti , Lucia Agnusdei y Maria Pia Ricci, que me brindaron su infinita hospitalidad en la Universidad de Foggia y al maestro Paolo Grossi, por su invaluable y oportuno consejo.



VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA

Encender en el pasado la chispa de la esperanza  
es un don que sólo se encuentra en aquel historiador  
que está compenetrado con esto:  
tampoco los muertos estarán a salvo del enemigo, si éste vence.  
Y este enemigo no ha cesado de vencer.  
Walter Benjamin.



Il diritto di proprietà, terribile e forse non necessario diritto.  
Cesare Beccaria

Es necesario hacer un mundo nuevo.  
Un mundo donde quepan muchos mundos,  
donde quepan todos los mundos.  
Subcomandante Insurgente Marcos - EZLN

VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA

Porque mi patria es hermosa  
como una espada en el aire.  
Javier Heraud

## Abreviaturas

ANP.	Áreas naturales protegidas
BIC.	Bien de interés cultural.
CE.	Constitución española.
CCE.	Código civil español.
CCP.	Código civil peruano.
CPP.	Constitución Política del Perú.
CIDH.	Corte interamericana de derechos humanos.
CIRA.	Certificado de inexistencia de restos arqueológicos.
EGEMSA.	Empresa generadora de electricidad Machupicchu S.A.
ENTUR	Empresa nacional de turismo (Perú).
INC.	Instituto nacional de cultura (Perú)
ICOMOS.	International Council on Monuments and Sites.
LPHE.	Ley de patrimonio histórico español.
MINCUL.	Ministerio de cultura (Perú).
MINAG.	Ministerio de Agricultura (Perú).
PUCP.	Pontificia Universidad Católica del Perú.
PA.	Parque arqueológico.
SUNARP.	Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Perú).
UNSAAC.	Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco (Perú).
UNAM.	Universidad Autónoma de México.
UNMSM.	Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú).
UNESCO.	United nations educational scientific and cultural organization.
WHC.	World heritage center.
WIDER.	World Institute for Development Economics Research.
ZA.	Zona arqueológica.

Índice.	
Introducción.	I
Capítulo I	
Historia de la propiedad de Machupicchu, la construcción del Patrimonio Cultural.	01
1.1. Consideraciones relevantes respecto del Santuario de Machupicchu.	03
1.1.1. El Estado peruano y los deslices en la conservación del Parque.	04
1.2. Propiedad prehispánica de Machupicchu.	08
1.2.1. Pachacutec Inca Yupanki, Conquistador, constructor y propietario.	09
1.2.2. Derecho de propiedad incaico.	13
1.3. Propiedad colonial de Machupicchu.	18
1.3.1. Castilla, romanizadora de América.	18
1.3.2. Derecho Indiano, Derecho de conquista.	22
1.3.3. Formación del Derecho de propiedad en las Indias.	36
1.3.4. Propiedad en el Derecho Indiano.	38
1.3.4.1. El régimen de la tierra en el Derecho Indiano y los trasposos de propiedad de Machupicchu en el Perú colonial.	38
1.3.4.2. A propósito de la propiedad eclesiástica y el papel de la Iglesia Católica.	46
1.3.4.3. Derecho de propiedad, contratos y autonomía de la voluntad en el Derecho Indiano.	53
1.3.5. Protección castellana del Patrimonio Cultural.	54

1.4. Propiedad de Machupicchu durante la república.	57
1.4.1. Fin del Derecho Indiano y transición.	57
1.4.2. Legislación peruana referida a la propiedad durante el proceso codificador.	59
1.4.3. El Código Civil Peruano de 1852.	64
1.4.4. El Código Civil Peruano de 1936.	77
1.4.5. El Código Civil Peruano de 1984.	86
1.4.6. Legislación Peruana con incidencia en el tratamiento del Patrimonio.	89
1.5. Disputa del Derecho de Propiedad sobre Machupicchu.	121
1.5.1. La posición de la familia Zavaleta.	122
1.5.1.1. Análisis y evaluación de los hechos.	127
1.5.1.2. Informe del estudio De Trazegnies & Uría Abogados	132
1.5.1.3. Informe del Abogado Fausto Salinas Lovón	135
1.5.1.4. Demanda y sentencia	136
a. Argumentos de la demanda.	136
b. Argumentos de la contestación de la demanda.	138
1.5.1.5. Proceso acumulado Nro. 2006-01949.	141
1.5.1.6. Sentencia.	141
1.5.1.7. Breves consideraciones respecto de la sentencia.	142
1.5.2. La Posición de la Familia Abrill.	145
1.5.2.1. Demanda del 17 de enero de 2003 (Expediente 103 - 2003 Primer Juzgado Civil del Cusco)	145
1.5.2.2. Demanda del 15 de enero de 2006.	146
1.5.2.3. Acción de reivindicación.	147
1.5.2.4. Caducidad de la expropiación.	149
1.5.2.5. Daños y perjuicios.	151
1.5.2.6. Los frutos.	152
1.5.3. Machupicchu, ¿Res Derelictae?	153
Capítulo II	
El Patrimonio Cultural: definiciones y contemporaneidades.	164



2.1. La UNESCO y su legislación, entre la modernidad y la posmodernidad.	166
2.1.1. Legislación de la UNESCO.	167
2.1.2. Legislación internacional relevante.	171
2.1.3. Modernidad y posmodernidad en la visión de la UNESCO.	182
2.2. Las definiciones más importantes del Patrimonio Cultural.	184
2.3. Algunas definiciones y legislación relevante respecto de Patrimonio Cultural en la legislación española.	195
2.3.1. Ley española.	195
2.3.1.1. Legislación constitucional.	196
2.3.1.2. Ley 16/1985 Del 25 De Junio. Ley de protección del patrimonio histórico español.	198
2.3.1.3. Real Decreto 111/1986, de desarrollo parcial de la ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español.	210
2.4. Patrimonio Cultural como una metáfora del trabajo.	212
2.5. El Patrimonio Cultural como ideología.	217
Capítulo III	
El Derecho de Propiedad sobre bienes del Patrimonio Cultural.	222
3.1. El ejercicio del Derecho de Propiedad sobre Bienes de Interés Cultural.	223
3.1.1. Obligaciones de hacer.	223
3.1.2. Obligaciones de no hacer.	226
3.1.3. Prohibiciones.	231
3.2. Registro de bienes integrantes del Patrimonio Cultural.	233
3.2.1. Calidad registral de los inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural en el Perú.	233
3.2.2. Registro del Patrimonio Cultural inmueble.	236
3.3. Sujeto y objeto de la propiedad sobre el Patrimonio Cultural.	242
3.3.1. Bien integrante del Patrimonio Cultural como objeto de propiedad.	242
3.3.1.1. Características de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural.	243
3.3.1.2. Patrimonio Cultural como objeto apropiable.	244
3.3.1.3. Sujeto y propiedad liberal.	250
3.4. Modernidad propietaria y posmodernidad del Patrimonio Cultural.	251

3.4.1. La propiedad y la modernidad.	251
3.4.2. Patrimonio Cultural y posmodernidad.	263
3.4.3. El Derecho de propiedad contemporáneo y su relación con el Patrimonio Cultural.	271
3.4.4. Orientación y antinomias del Derecho de Propiedad contemporáneo.	276
3.4.4.1. Función social de la propiedad.	276
3.4.4.2. Retos del Derecho de Propiedad contemporáneo.	281
3.4.4.3. ¿Crisis de la propiedad civil en el mundo?	293
3.5. El Patrimonio Cultural como estatuto propietario.	296
3.5.1. La propiedad como herramienta de protección del Patrimonio Cultural.	300
3.5.2. Limitaciones exclusivas al derecho de propiedad sobre Patrimonio Cultural.	302
3.5.2.1. Deber de conservación y custodia.	302
3.5.2.2. El derecho de acceso al Patrimonio Cultural.	303
3.5.2.3. Derecho de adquisición preferente.	303
3.5.2.4. Libro registro de actividades comerciales.	304
3.5.2.5. Facultad de disposición de los bienes culturales.	304
3.5.3. Rol del Estado en el ejercicio de la propiedad sobre Patrimonio Cultural.	305
3.5.4. Indicadores exclusivos del estatuto propietario sobre el Patrimonio Cultural.	306
Conclusiones.	310
Bibliografía.	i
Anexos	xxi

## Introducción

### I

Ha sido largo el camino de construcción de esta tesis, bibliotecas de Cusco, Lima, Madrid, Salamanca, Paris, La Valeta, Venecia, Roma, Foggia, Milano y Santiago de Chile, sin contar las innumerables bibliotecas virtuales, que han sido parte crucial para esta reflexión, cuyo mérito principal, probablemente radica en la variedad de percepciones que ha frecuentado.

El inicio, es un antiguo problema jurídico existente en el Perú y ventilado en sede judicial, el caso referente a la propiedad privada de Machupicchu. En el momento previo a imprimir este trabajo, teníamos un proceso concluido parcialmente, mediante resolución de primera instancia favorable al Estado peruano, que de alguna manera refuerza los estereotipos de administración de justicia en un sistema estatal y judicial estáticos en un *momentum* positivista y superficial, que renuncia a la búsqueda de justicia como objetivo ontológico sacrificándola en nombre de la norma. Los mencionados procesos, significaron una gran posibilidad para abrir un debate en la región respecto de la incidencia de la Propiedad Privada, sobre los inmuebles declarados Patrimonio Cultural y cómo refleja esto la posición del pensamiento latinoamericano respecto de la propiedad en un mundo deshumanizante y reificador. Como muchas veces sucede, lo importante cede paso a lo urgente y la academia, secuestrada casi en su totalidad por un pensamiento unívoco y obsecuente con el poder, lo ha dejado de lado, prefiriendo festejar la curiosa (y vacía) nominación del monumento como una de las 7 maravillas del mundo moderno.

Esta observación genera dos interrogantes; en primer término, la congruencia entre el Derecho de Propiedad como derecho subjetivo, positivo, ideologizado y moderno y el concepto de Patrimonio Cultural, su objetivación propietaria, condición posmoderna y extrapatrimonial. Y el segundo interrogante planteado con una perspectiva histórica, referido a la justificación ontológica de la legislación de protección del Patrimonio Cultural y su definición actual sin contenido.

El derecho de propiedad, ha constituido históricamente, un elemento clave para la construcción de la cultura occidental, la posmodernidad constituye una época clave en su definición histórica, porque debe posicionarse en su papel de asignador de la riqueza luego de haber superado las crisis que el marxismo y el anarquismo representaron, como apunta Rodotà.

El Patrimonio Cultural, representa un desafío para el derecho positivo de propiedad, existen muchos factores de análisis, entre ellos la naturaleza jurídica misma del Patrimonio Cultural, que puede resultar hasta contradictoria, porque no termina de definir el mismo. Casi la totalidad de legislaciones, prefieren enumerar, la naturaleza de los bienes integrantes, pero ninguna se anima a cerrar un concepto básico, por tratarse de una categoría en permanente expansión. El principal desafío que representa frente a la propiedad está relacionado con el componente más básico de su estructura constitutiva y es precisamente el valor inexpresable en términos económicos del Patrimonio Cultural.

La legislación mundial, de manera casi unívoca apuesta por reconocer la titularidad privada de la propiedad, sin embargo, esta titularidad no se puede ejercer desde el modelo de propiedad radical y ortodoxo, considerando la gran cantidad de excepciones al ejercicio mismo del derecho, sino, que deberá enfocarse desde una perspectiva atenuada del mismo, conscientes que la propiedad es ideología y que debe mirarse en la especialización objetiva, como propiedades, para poder constituir un derecho de propiedad civil acorde con las exigencias contemporáneas, en que las ideologías que solían inspirar las legislaciones propietarias se han ido atenuando, hasta convertirse en praxis economicistas, que en varios sentidos pretenden reemplazar al derecho.

El Patrimonio Cultural, como teoría universalizante, resulta una dicotomía. Por un lado, resulta reconocimiento de alteridad, sobre todo de parte del centro y se orienta a la periferia, una construcción de una cultura mundial en ciernes que permita construir el mundo donde quepan todos los mundos, que quiere la periferia, con la finalidad de ser reconocida como igual por el centro, porque, como lo señala Sartre<sup>1</sup>, nadie puede despojar a su semejante sin cometer un crimen y el colonizado, por principio, no es semejante del hombre. Paralela a esta lógica descolonizadora, encontramos la irresistible influencia del mercado, en el sentido de cosificar el Patrimonio Cultural, patrimonializándolo económicamente, desconociendo la utilidad y valor que tiene como parte de la memoria colectiva, de los pueblos. Pretendiendo, en un acto de agresiva simplificación, equiparar culturas de la más diversa complejidad dentro de una lógica globalizante, cuyo factor de cohesión principal, es el mercado.

Los límites del Patrimonio Cultural son indefinibles, del mismo modo que es indefinible su creadora, la Cultura. El Patrimonio Cultural, para el derecho, se reduce exclusivamente a un subconjunto de elementos, materiales e inmateriales que, por su especial valoración, desde la perspectiva contemporánea, han sido protegidos por los sistemas jurídicos nacionales e internacionales en el mundo. En el caso que observamos (como probablemente en todos los casos), la idea de Patrimonio Cultural, está muy ligada a la identificación de un pueblo y a la reconciliación su historia, cuya trascendencia, radica precisamente en el reconocimiento de la alteridad de sus integrantes entre sí, a caballo entre dos mundos, sin lugar en occidente y de espaldas a su origen andino. El Patrimonio Cultural, le sirve al Perú, para reconocer y diseñar su irrenunciable naturaleza mestiza, heredera de una cultura primigenia sin equivalentes en el mundo occidental y de los profundos traumas que significa un proceso de colonización que ha funcionado como destructor del yo colectivo mayoritario, mucho después de la independencia política de la corona castellana. Como Heidegger, creemos que no se puede develar una realidad sin ocultar otra, hecho que nos lleva a descalificar el anti hispanismo apriorístico, el cual pretende que el

---

<sup>1</sup> SARTRE, Jean Paul. (Prefacio) en FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. Ed. Último Recurso, Rosario, 2007. pp. 17.

colonialismo español fue demiurgo de los contratiempos sociales ocurridos en las últimas centurias, basta recordar una sociedad en la que permitía y empoderaba voces disidentes como la de fray Bartolomé de las Casas<sup>2</sup>, que denunciaba los abusos hacia los nativos americanos y la expoliación de sus tesoros artísticos, para entender la complejidad del proceso histórico que contextualiza Machupicchu y la titularidad de su propiedad.

Una de las principales observaciones que pueden hacerse respecto del contenido de este trabajo, es la licencia que se ha tomado para tratar a la propiedad occidental-liberal como un *corpus* homogéneo, alejándonos de las profundas diferencias técnico legislativas que existen entre los diversos sistemas de cada país. Al respecto podemos señalar, que este trabajo, pretende ser una reflexión respecto de la propiedad contemporánea y consideramos como Borges, que la reflexión demanda, de alguna forma reformular la realidad (pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer). Paralelamente a esta argumentación, podemos argüir también, que asumimos la propiedad como ideología antes que como técnica legislativa, como derecho civil que en la actualidad adquiere una personalidad *exasperantemente* subjetiva, en este sentido, podremos decir que inspira el sentido de esta tesis, lo expresado por Paolo Grossi, cuando reclama a los juristas revisar y discutir el “*lucido progetto di assolutizzazione di nozioni e principii relativi e discutibili, mitizzazione quale traspasso di un meccanismo di conoscenza in un meccanismo di credenza*”<sup>3</sup>.

## II

---

<sup>2</sup> “Para Las Casas existen dos tipos de derechos: el derecho humano, que los hombres establecen de acuerdo con su cultura, sus necesidades y conveniencias. Tales son el Derecho romano y el Derecho canónico; y un derecho superior, establecido por Dios y que el hombre tiene que acatar. Se trata del Derecho natural.

(...) En algún caso llega a decir: Estos indios que van al río, estas mujeres de caciques que están lavando la ropa, hacienda su comida, son lo mismo que la reina y los príncipes de España; su color, su miseria, su cultura, no afectan a su rango ni a su condición humana y política”. GARCÍA- GALLO, Alonso. *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.

<sup>3</sup> Lúcido proyecto de absolutización de nociones y principios relativos y discutibles, mistificación que pasó de un mecanismo de conocimiento a un mecanismo de creencia. GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè, Milano, 2001. pp. 4.

Hicimos un estudio de títulos de la hacienda Q'ente, contenedora de Machupicchu, en la medida en que fue posible con las interrupciones que la realidad nos impone, hasta llegar a la propiedad de la *panaca* de Pachaquyteq gobernante peruano que mandó a construirlo, continuando con las transferencias de propiedad durante la época colonial y finalizando en la República Peruana y las transacciones inmobiliarias materia de debate. Consideramos como Grossi, que la mejor manera de analizar la propiedad no es la perspectiva legislativa o positivista, sino la perspectiva histórica, es a partir de esta convicción, que descubrimos que Machupicchu a lo largo de su historia ha sido propiedad privada casi en la totalidad del tiempo, pasando a ser propiedad (posesión) demanial en sus últimos años, pero, más importante aún, podemos descubrir a partir de esta observación, la variación de intensidades y estatutos propietarios a lo largo de la historia, sobre un símbolo de la protección del Patrimonio Cultural.

A continuación realizamos una evaluación de la categoría Patrimonio Cultural legislativa y doctrinalmente tratando de contextualizarlo históricamente, para contrastarlo con el momento histórico que atraviesa el derecho de propiedad moderno contemporáneamente. Trabajamos convencidos de la necesaria objetivación del derecho de propiedad, es decir, la implementación de propiedades que reemplacen la univocidad e inflexibilidad del derecho de propiedad por sí mismo. Sin embargo, inspirados por Rodotà, consideramos también que la existencia de la multiplicidad de estatutos propietarios no soluciona los múltiples problemas que el positivismo y subjetivismo desbocado de la propiedad moderna impone. Esta tesis, pretende ser una reflexión respecto de la contemporánea adicción legislativa referida al Patrimonio Cultural y sus relaciones con el no tan contemporáneo positivismo que caracteriza al Derecho de Propiedad y algunas de sus crisis como instituto civil, organizador de la riqueza por excelencia, pasando por un ejercicio de comprobación de la escuela historicista, que señala que la propiedad es expresión de una ideología colectiva imperante en un momento histórico determinado, pasando revista desde la perspectiva de un inmueble emblemático, a la historia de la propiedad en el Perú, cuyo caso es particularmente especial al observarse una jurisdicción propietaria, pre occidental, otra colonial con rasgos romanistas profundamente marcados y

finalmente una legislación claramente moderna y positivista que hace eco de las tendencias, codificadoras y constitucionalistas en el mundo. De la misma forma, reflexionamos acerca de la motivación que lleva a la humanidad a proteger y reflexionar tan profundamente respecto del Patrimonio Cultural en los tiempos contemporáneos, tratamos de construir algunas definiciones al respecto, para tener más claras las ideas al momento de elaborar enunciados conclusivos.

Examinamos pues, el Patrimonio Cultural, que consideramos más trascendente que el multiculturalismo, que lo instrumentaliza como refiere Žižek<sup>4</sup>, a la luz de la ideología propietaria contemporánea, desde una perspectiva del civilismo herético que quería Finzi, buscando respuestas, que permitan una legislación de Patrimonio Cultural más eficiente, inclusiva y sostenible.

---

<sup>4</sup> Žižek define al multiculturalismo como la fase contemporánea del capitalismo, en la cual, no son los Estados-nación los colonizadores, sino las empresas transnacionales, convirtiendo a todos los Estados-nación en colonias. ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Sequitur, Buenos Aires, 2008. pp. 57.



## Capítulo I

### **Historia de la propiedad de Machupicchu, la construcción del Patrimonio Cultural.**

Esta tesis ha sido redactada pensando en la protección del Patrimonio Cultural inmueble. Nos apoyamos principalmente en dos conceptos que no son ajenos al derecho: la Propiedad y el Patrimonio Cultural. En el transcurso de la investigación que dio origen a este trabajo, hemos revisado la propiedad a lo largo del tiempo, poniendo bajo la lupa, un predio que tiene particular interés para la definición del Patrimonio Cultural en el mundo, el Santuario Histórico de Machupicchu<sup>1</sup>, ubicado en el Perú<sup>2</sup>.

Como desarrollamos en diversas partes del presente texto, la primera interrogante que nos encontramos al abordar esta reflexión, estará necesariamente influenciada por la tendencia estatista de la legislación concerniente al Patrimonio Cultural en el mundo, es decir, estaremos inmediatamente seducidos por la idea de la estatización del Patrimonio Cultural inmueble, principalmente si se trata de inmuebles monumentales, que en los tiempos modernos, sirven para definir colectividades humanas y sociales, cuando no sirven de núcleo económico para las ciudades que los albergan. Al mismo tiempo, junto con la propiedad, se hacen visibles otras interrogantes pertinentes, entre las que deben mencionarse, la referida a la

---

<sup>1</sup> Utilizamos el vocablo Machupicchu antes que Machu Picchu, en función al esclarecimiento de la Academia Mayor de la Lengua Quechua - *Qhichwa Simi Hamut'ana Kuraq Suntur*, de fecha 4 de abril de 2011, que sostiene que es una palabra compuesta, por tanto la palabra debe presentarse en forma fusionada y no tener pronunciamiento de la Docta Academia Matritense al respecto.

<sup>2</sup> Departamento del Cusco, capital del Estado inca. La ciudadela arqueológica esta ubicada a algo más de 100 Km. (112.5 Km. por vía férrea) al noreste de ésta y a una altitud de 2350 m.s.n.m. Sus coordenadas son: 13°07' de latitud sur y 72°35' de longitud oeste del meridiano de Greenwich.

valoración económica del Patrimonio Cultural que por declaración legislativa es invaluable, o la del proceso de conversión de un bien integrante del Patrimonio Cultural en un objeto dentro de la relación propietaria.

Nuestra investigación tiene como hilo conductor, la historia de la propiedad de Machupicchu, que nos permite dilucidar el tratamiento que la legislación peruana (y durante la colonia, española) le ha dado a la propiedad inmueble y a los inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural. Estas condicionantes, nos llevan a cuestionarnos, respecto de su relación, naturaleza jurídica y ontológica y evidentemente a su ubicación histórica contemporánea.

El problema que tratamos de clarificar en este texto es el de la titularidad de la propiedad de Machupicchu y con él, el de la titularidad de la propiedad del Patrimonio Cultural. Como se expone, la situación de la titularidad del santuario es compleja, está ligada a muchos actos jurídicos de disposición, legislación fallida y malas decisiones administrativas, dejando muchas lagunas necesarias de llenar en el camino de sanear la propiedad del santuario. Sin embargo, su mayor complejidad, radica en que este caso emblemático, resulta una proyección de un problema jurídico subyacente, que implica los intereses que representan la propiedad y el Patrimonio Cultural dentro de la civilización contemporánea, que plantea crisis casi en todos los aspectos del conocimiento humano.

Tratamos de penetrar las ontologías del Patrimonio Cultural, para equilibrar algunas omisiones que detectamos en la legislación que lo refiere, queda claro que buscamos el eclecticismo en temas que puedan encerrar opinión política, aunque no siempre resulte una realidad.

Machupicchu resulta una muestra del problema que existe con los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la humanidad, problema que, como es previsible, se ha trasladado a sede jurídica y legislativa.

Consideramos que la raíz del problema es la indefinición jurídica que existe para describir al Patrimonio Cultural. Las legislaciones, como veremos, han omitido definir el Patrimonio Cultural, limitándose a enumerar las categorías genéricas de elementos que pueden llegar a conformarlo. La propiedad es una institución que repugna de ser definida, asumimos postura histórica y la multiplicidad de propiedades.

Nuestra intención en las siguientes páginas es buscar una definición de Patrimonio Cultural que pueda servir al derecho privado para conectarlo al derecho de propiedad, teniendo en cuenta las circunstancias ideológicas e históricas que influyen a ambos conceptos, examinando la legislación de la UNESCO y algunas legislaciones trascendentes en el mundo. Para esta reflexión ha servido el estudio de las titularidades propietarias del inmueble que contiene a Machupicchu, que además de darnos luces para reflexionar respecto de los procesos judiciales vigentes, nos dan amplitud de visión sobre el Patrimonio Cultural y la propiedad a lo largo de la historia.

### **1.1. Consideraciones relevantes respecto del santuario de Machupicchu.**

El año 1911 es oficialmente considerado el año de descubrimiento de Machupicchu, aunque en realidad, era conocido mucho antes<sup>3</sup>, hecho que es demostrable con información documentada que demuestra que Agustín Lizárraga condujo una expedición hacia la zona que consiguió llegar a Machupicchu el 14 de julio de 1902, hecho que inclusive, es mencionado por Bingham en sus apuntes personales “Agustín Lizárraga es el descubridor de Machu Picchu, él vive justo antes de pasar el puente de San Miguel<sup>4</sup>”.

Posteriormente a la publicación de la existencia del mencionado descubrimiento, dos entidades muy influyentes se interesan en el tema y financian una expedición más formal y científica, como la Universidad de Yale y la National Geographic Society<sup>5</sup>, que partió de la ciudad del Cusco el 16 de mayo de 1911,

“En ese período se realizaron los trabajos de limpieza de la zona hasta que en el número de abril de 1913, la National Geographic

---

<sup>3</sup> Baste el hecho de que Bingham fue guiado por un lugareño, apellidado Arteaga arrendatario de las tierras de Mandorpampa por quien supo que habían buenas ruinas en esa vecindad... La moneda de un sol, que motivó a Arteaga a servir de guía a Bingham, (...) fue una de las monedas mejor invertidas. MARTORELL, Alberto. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro*. Ed.Malze, Lima, 2000. pp. 27

<sup>4</sup> RIVAS TAPIA, Américo. *Agustín Lizárraga, el gran descubridor de Machupicchu*. ACDALR, Cusco, 2011. pp. 46.

Society publicó (en su revista) una vista panorámica de Machupicchu y un artículo de Bingham bajo el título *El país maravilloso del Perú*.<sup>6</sup>

A partir de este momento y en adelante, la importancia de Machupicchu en la construcción del prestigio internacional del Perú ha ido en ascenso, puesto que, resulta ser una especie de insignia de presentación de lo peruano en el mundo. Contradictoriamente, el interés que los sucesivos gobiernos han demostrado en su conservación y vigilancia resulta casi exclusivamente económico, en función a las utilidades provenientes del turismo antes que en una necesaria política cultural, conservacionista y sostenible.

El pueblo cusqueño siempre estuvo interesado en la preservación histórica de Machupicchu, e inició los trabajos de construcción y comunicación del complejo que tuvo eco en el gobierno de Manuel Odría que en octubre de 1948 inauguró la carretera conocida como el camino Bingham y en 1952 dispuso la restauración del complejo Arqueológico de Machupicchu, creándose en 1962 el museo de sitio de Machupicchu, que tiene una limitada colección de evidencia arqueológica, puesto que la gran mayoría de objetos de valor científico hallados se encontraban en posesión de la Universidad de Yale hasta el año 2012 en que fueron devueltas al Perú.

### **1.1.1. El Estado peruano y los deslices en la conservación del parque.**

Un hito importante en el ramo de la conservación del Patrimonio Arqueológico en el Perú es la adhesión a la Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (realizada el 24 de febrero de 1982), pero más aún fue la influencia de esta en la legislación del país y de la opinión pública, el Estado presta mayor atención y

“en noviembre de 1972, mediante decreto ley 19268 se dio la norma orgánica del Instituto Nacional de Cultura, entidad encargada de regir la política cultural nacional, cuyos inicios fueron bastante auspiciosos porque se presentaba como una institución de amplio alcance.

---

<sup>6</sup> MARTORELL CARREÑO, Alberto. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro*. Op. Cit. pp. 28

posteriormente en diversos gobiernos se iría reduciendo y sufriendo el recorte de órganos de ejecución y presupuesto<sup>7</sup>”.

En el gobierno de Fernando Belaúnde, se declara Santuario Histórico al área ubicada en el distrito de Machupicchu, mediante Decreto Supremo 001-81-AA, resaltando el hecho de que la mencionada norma está dada por el sector Agricultura y no del sector Educación que, por entonces, era la cartera más adecuada para legislar al respecto.

Durante casi toda la historia desde su descubrimiento oficial, ha sido, como repetimos, tenido en cuenta casi exclusivamente como complejo turístico más que como Monumento Histórico de la Humanidad. Es de esta manera que con Resolución Suprema 112-80-PCM/DA-1 de la Presidencia del Consejo de Ministros de entonces se “constituyó una comisión encargada de estudiar el procedimiento que posibilite la participación del sector privado en la ejecución del Proyecto de Construcción y Explotación del complejo hotelero Machupicchu”<sup>8</sup>, en ningún momento se realiza un estudio de lo perjudicial que resultaría para el monumento ni para su entorno.

La intangibilidad del área que comprende Machupicchu y su entorno, fue establecida por el gobierno de entonces, a través del Decreto 001-81-AA del 08 de enero de 1981, ya mencionado, área que abarca 32,502 hectáreas, a la cual se le dio la denominación de Santuario Histórico de Machupicchu<sup>9</sup>.

La UNESCO inscribe en diciembre de 1983, el Santuario Histórico y Natural de Machupicchu, en el registro 54 de la lista del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural,

“ paralelamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la convención sobre la protección del Patrimonio Mundial , Cultural y Natural, como una obra conjunta del hombre y la naturaleza. El Congreso de la República del Perú, en una moción

---

<sup>7</sup> Hay que mencionar que dicha institución se ha convertido hace pocos años en Ministerio de Cultura, sin embargo, su capacidad de acción sigue siendo reducida. MARTORELL CARREÑO. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro. Op. Cit.* pp. 28

<sup>8</sup> MARTORELL CARREÑO. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro. Op. Cit.* pp. 31.

<sup>9</sup> “Dentro de las 32 502 hectáreas declaradas, existían desde tiempos ancestrales comunidades campesinas y personas naturales que ocupaban, algunas con título de propiedad terrenos de uso agrícola. Respecto de ellas, el artículo 2º establece que seguirán realizando sus actividades tradicionales de utilización de recursos, estando obligados a acatar las normas que imparta el Ministerio de Agricultura y alimentación.” MARTORELL, Alberto. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro. Op. Cit.* pp. 32.

estableció su beneplácito por esta declaratoria. Así lo informó el Secretario General en la 9<sup>o</sup> reunión del Comité del Patrimonio Mundial, París, 1985.”<sup>10</sup>

A partir de entonces el prestigio internacional de Machupicchu, inicia una corriente nueva de pensamiento en la opinión pública, principalmente orientada a la conservación, lo cual hace que los intereses creados de los capitales dedicados a la industria del turismo sean obligados a morigerar sus intereses en beneficio del monumento, es de esta manera que durante un breve periodo, la legislación cauteladora evoluciona hecho comprobable a través de normas como la Ley número 23765, eco de la declaratoria de la UNESCO, que declara a Machupicchu como Patrimonio Cultural de la Nación y a la ciudad del Cusco como capital turística del Perú. “Mas para ese entonces la situación ya era delicada. Así la ley 24889, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de septiembre de 1988, declara en estado de emergencia el conjunto Arqueológico de Machupicchu, considerado Santuario Histórico Nacional<sup>11</sup>”.

Asimismo durante el efímero proceso regionalización realizada por el primer gobierno de Alan García (1985-1990), el Gobierno Regional Inca emite una norma redundante que confirma las declaraciones previas. Se trata del Decreto Regional Número 001-91-AR/RI, que regula la intangibilidad del parque Arqueológico de Machupicchu por ser Patrimonio Cultural de la Humanidad y Santuario Histórico<sup>12</sup>.

Durante un periodo prolongado se generó con bastante énfasis la multiplicidad de entidades encargadas de la administración de este sitio. “Así por ejemplo tenemos el caso de las resoluciones directorales 002 y 005-89-AG/DGFF, del sector agricultura”<sup>13</sup> que fijan y modifican respectivamente los precios de ingreso y permanencia en la ciudadela de Machupicchu y otras

---

<sup>10</sup>MARTORELL CARREÑO. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro. Op. Cit.* pp. 34.

<sup>11</sup>MARTORELL CARREÑO. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro. Op. Cit.* pp. 35.

<sup>12</sup> La norma es interesante porque declaraba además como ruta exclusiva y excluyente para ser servida por la empresa turística Regional Inka S.A. – ENTURIN, el tramo carretero entre el poblado de Aguas Calientes y la ciudadela del Parque Arqueológico de Machupicchu. Esta ha sido (...) la autoridad que más legítimamente estuvo en capacidad moral de tomar decisiones sobre el Patrimonio Cultural de su propia jurisdicción y heredad. MARTORELL, Alberto. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro. Op. Cit.* pp. 35.

<sup>13</sup> MARTORELL CARREÑO. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro. Op. Cit.* pp. 36.

zonas de protección. De la misma manera y continuando con la política de magnificar las utilidades turísticas, se publica la Resolución Suprema 442-09-RE, en la cual, se crea un Comité Consultivo del conjunto Arqueológico de Machupicchu presidido precisamente por el Viceministro de Turismo y siguiendo la tradición centralista que adorna casi todas las decisiones en el Perú, estaba conformada, entre otros, por el Director General del Patrimonio Nacional del Instituto Nacional de Cultura (ahora Ministerio de Cultura, Perú). Y del Director de Parques Nacionales del Ministerio de Agricultura. En marzo de 1992 es publicada la Resolución Ministerial 105-92-ICTI/TUR, que confirma la declaración de Machupicchu como Zona de Reserva turística, precisando una superficie de treinta y tres mil hectáreas aproximadamente. Igualmente, dentro del Parque existe una central hidroeléctrica que ha sido construida por el Estado peruano para utilizar las aguas del río Urubamba (llamado Vilcanota en la zona). Si bien es cierto que en el año 1955 las reglas de protección no eran claras, también es cierto que en la actualidad, los estudios de parte de la Empresa Generadora de Electricidad de Machupicchu, EGEMSA S.A., ha culminado los estudios técnico constructivos para la construcción de un nuevo túnel paralelo, atentando gravemente contra el parque. De la documentación a la que se ha tenido acceso puede desprenderse que en los trabajos de prospección se ha desmontado y vuelto a montar en lugares distintos de los originales una cantidad importante de muros incas de alto valor científico, resaltando también que los mencionados trabajos y prospecciones cuentan con la aquiescencia del Instituto Nacional de Cultura y del actual Ministerio de Cultura.

Mediante Decreto Ley número 19567, el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado inicia con uno de los más graves atentados contra el Santuario Histórico de Machupicchu al declarar de necesidad y utilidad pública la construcción de un complejo hotelero en Machupicchu, así como las obras para sus servicios complementarios. Obra que es un monumento a la depredación del parque puesto que rompe absolutamente la armonía paisajística además de tugarizar el entorno. Por ello, en el año 1972 “el anuncio de la construcción por parte de ENTUR<sup>14</sup> Perú generó reclamos de

---

<sup>14</sup> Fenecida Empresa Nacional de Turismo Perú.

los expertos y de la población del departamento del Cusco y del Perú<sup>15</sup> en general. Entonces el gobierno dispuso la intangibilidad de 1400 hectáreas, al interior del Santuario y en el entorno inmediato de la ciudadela de piedra.”<sup>16</sup>

## 1.2. Propiedad prehispánica de Machupicchu.

Las tribus fundadoras de la ciudad del Cusco y por lo tanto, del estado inca, que llegó a abarcar más de tres millones de kilómetros cuadrados de extensión territorial, fueron *Maska*, *Chillke*, *Mara* y *Tampu*. Al respecto, Valcárcel<sup>17</sup> señala que,

“las tribus que establecen las bases del imperio se proyectan hacia el valle medio del Urubamba. Encontramos su correspondencia en los topónimos *Mara*, un pueblo y unas salinas junto a él; *Tampu*, el pueblo hoy conocido como Ollantaytambo; *Chillke* o *Shillke* (Silke), una hacienda; *Maskapampa*, unas tierras”,

Machupicchu se encuentra enclavado en los valles cercanos a Ollantaytambo, territorio que, a decir de Lumbreras<sup>18</sup>, junto a otros adyacentes, enfrentó a los Incas con la etnia *Chanka* entre las décadas 20 y

---

<sup>15</sup> En la mencionada nota el autor añade un comentario del diario El Comercio (de Lima) del 23 de Septiembre de 1972 donde se da cuenta del establecimiento de una zona intangible dentro de la que no se debe construir absolutamente nada, con un área de 1400 hectáreas y otra de 2500 hectáreas, llamada de reserva Arqueológica, dentro de la cual sí se puede construir el controvertido hotel de turistas de Machupicchu. A lo que el Ministerio de Industria y Comercio responde mediante nota de prensa de El Comercio con fecha 19 de septiembre de 1972 en la que expresa que en vista que el área intangible abarca la zona aledaña al actual albergue, donde originalmente se planteó construir el hotel, el Ministerio de Industria y Comercio ha impartido directivas a la comisión ejecutiva encargada de la construcción de los hoteles de Machupicchu y Cusco a fin de que tomando como base las conclusiones del informe y su posterior aclaración, proceda a ubicar los nuevos proyectos a la brevedad posible para no retardar el desarrollo de los programas de inversión del Plan COPESCO, en el departamento del Cusco.

<sup>16</sup> MARTORELL CARREÑO. *Machupicchu: Patrimonio Cultural en peligro*. Op. Cit. pp. 28.

<sup>17</sup> VALCARCEL VIZCARRA, Luis. *Machu Picchu*. Fondo de Cultura Económica, Lima, 1964. pp. 42.

<sup>18</sup> LUMBRERAS SALCEDO, Luis. *Machu Picchu, el mausoleo del emperador*. En *Machupicchu: Historia sacralidad e identidad*. Ed. INC-Cusco, Cusco, 2005. pp. 56.



40 del siglo XV. Podemos reconocer este hecho en la crónica de Pedro Sarmiento de Gamboa,

*“Como Inga Yupangui y su hermano Inga Roca, el cual era cruelísimo con sus naturales, hubiesen determinado de oprimir y sujetar a todos los que se les quisiesen igualar y no darles obediencia, supieron que en un pueblo llamado Ollantaytambo, seis leguas del Cuzco, estaban dos cinches, llamados el uno Paucar Ancho y el otro Tocori Topa, que estorbaban a los Ollantaytambos que no viniesen a dar obediencia, ni ellos tampoco querían venir, fueron contra ellos con mucha gente y dieronles batalla; en que fue herido Inga Roca malamente, mas en fin fueron vencidos los Ollantaytambos; y los mato a todos y quemó el pueblo y lo asó, que no dejó cosa de memoria; y tornose al Cuzco.”<sup>19</sup>.*

### **1.2.1. Pachacutec Inca Yupanki, conquistador, constructor y propietario.**

Colegimos entonces, que la zona donde se alberga Machupicchu, fue anexada al estado Inca, por *Pachacutec*, como apunta Maria Rostworowski<sup>20</sup>. La primera propiedad de la que se puede tener historia del mencionado Santuario es aquella detentada por su constructor, el Inca *Pachacutec*<sup>21</sup> según se evidencia en documentación contenida en el Archivo Regional del Cusco, “*Picchu (Machupicchu)*, fue la propiedad ó *Llaqta Inca* de Inca Yupanki o Pachacutec y todas las tierras bajas, desde el kilómetro 82.00 de la línea férrea, margen derecha y margen izquierda hasta Machupicchu<sup>22</sup>, hecho que Rowe y Tantaleán afirman, señalando que entre las tierras reales

---

<sup>19</sup> SARMIENTO DE GAMBOA, Pedro. *Historia de los Incas (Segunda parte de la Historia General Llamada Indica)* Tomo 135. Ed. Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1965. pp. 45.

<sup>20</sup> ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, Maria. *Incas: Enciclopedia temática del Perú*. Ed. El Comercio, Lima, 2006. pp. 40.

<sup>21</sup> Pachacuti o Pachacútec Inca Yupanki; (?-1471) Primer soberano del llamado Imperio histórico Inca.

<sup>22</sup> BEDIA, María *et al*. *Informe anual, sector B. Proyecto de investigación arqueológica del Conjunto Arqueológico de Torontoy, Tomo I. DRC-C, Cusco, 2008-2009. s/f.*

pertenecientes al mencionado gobernante se encontraban “todas las tierras del valle Urubamba desde Toroncoy (Km. 91.5) hasta Cochabamba cerca de Chaullay (Km. 149)<sup>23</sup>” lugares que comprenden la actual extensión del Santuario.

Igualmente, Olazábal Navarro<sup>24</sup> señala que

“En cuanto a Q’ente y Machu Picchu, la información arqueológica e investigaciones realizadas por Kendall, corroborarían la información histórica y etnohistórica, cuando señalan que estas fueron propiedad de Pachakuteq, probablemente el actual río de Kusichaqa dividió estas tierras del Inka con las tierras del estado, prueba de ello a caso habrían sido las suntuosas construcciones en este espacio; según Farrington, las tierras de Patallaqta y Q’ente fueron expropiadas y remodeladas tras la presencia Inka en todo el valle del Kusichaqa, las andenerías en Patallaqta tenían cerca de 5 hectáreas, mientras que Q’ente disponía de 12 hectáreas. Esto sin tomar en cuenta que Q’ente aun estaba en proceso de remodelación y construcción cuando llegaron los españoles, como se viene evidenciando por los estudios arqueológicos realizados en la zona”.

Reforzamos esta posición a partir de la referencia escrita más antigua que se conozca de la zona; un manuscrito de 1568, que pertenece al fondo de Educandas del libro número 2 descubierto en el Archivo departamental del Cusco<sup>25</sup>, en donde se menciona un reparto de tierras en Amaibamba (Machupicchu) entre los funcionarios de la corona española con la avidez que los caracterizó a lo largo de la historia. Ofrece detalles de la zona en la que se encuentra actualmente el Santuario, así como datos geográficos y demográficos sobre la ocupación del valle del Vilcanota (o Willkamayu), entre el sector de Ollantaytambo y el sector de Chaullay, cantidad de tierras cultivadas,

---

<sup>23</sup> TANTALEÁN ARBULÚ, Javier. *La corrupción en la colonia. Pizarro el primer corrupto del Perú*. En *Perspectivas Latinoamericanas*. Universidad de Nagoya, Número 2. Universidad de Nagoya, Nagoya, 2004. pp.141.

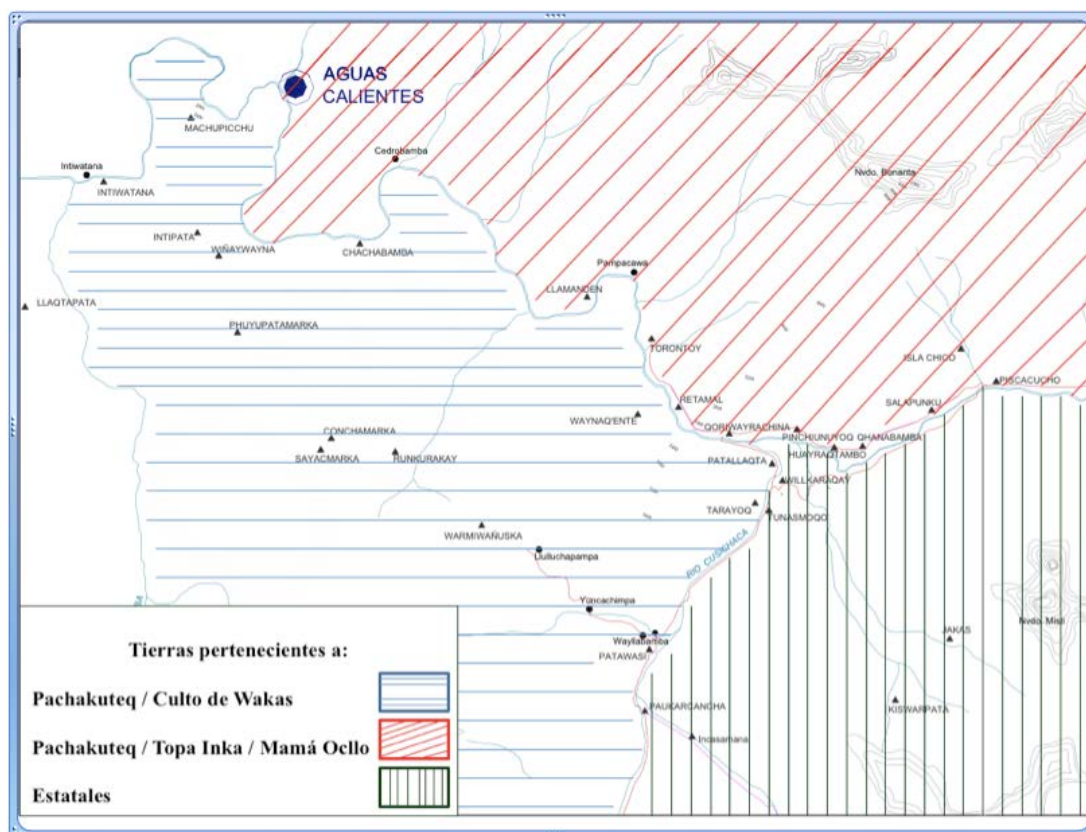
<sup>24</sup> OLAZABAL, Yeni. Inédito, *Proyecto de investigación arqueológica Wayna’qente*. Proyecto de investigación. DRCC, Cusco, 2009. s/f.

<sup>25</sup> Descubierto y paleografiado por el Lic. Roberto. S. Cáceres Olivera, especialista del Archivo Regional del Cusco.

productos cultivados, la cantidad de pobladores que ocupan la zona y otros aspectos<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>(...) mas adelante esta otro pedazo de tierra que se llama Turuntuy /margen Turuntuy/ que antiguamente hera de Ynga Yupangue mas adelante esta otro pedazo de tierra que se llama Pampahugua que hera también del dicho Ynga Yupangue mas adelante esta otro pedazo que hera del mesmo Ynga Yupangue que se llama Pisca mas adelante ay otro pedazo que se llama Chuquisuso /margen ahora Chuquillunca/ que también hera del dicho Ynga Yupangue mas adelante ay otro pedazo que se llama Macay que hera del dicho Ynga mas adelante esta otro pedazo que se llama Riobamba que hera del dicho Ynga mas adelante ay otro pedazo que se llama Guaillanga que hera del dicho Ynga que antiguamente hera dormida mas adelante esta otro pedazo que también hera del dicho Ynga que todos los mas pedazos que hemos dicho nunca jamás se an sembrado ni labrado ni tienen noticia de tal que antiguamente lo que allí se sembraba les parece a estos que declara hera para sus sacrificios y ceremonias de los cuerpos muertos e que don Juan tienen allí sembrado coca y ay tres indios de tasa e que ay algunos pedazos valdios e desiertos mas adelante hay otro pedazo que se dice Pomachaca y Laura que también hera del Ynga Yupangue que algunos pedazos desiertos y otros en que siembran sus comidas y que los que están desiertos son de treinta años a esta parte mas adelante esta otro pedazo que se llama Mayu uray que hera antiguamente de Ynga Yupangue e que hay poblados allí tres indios de tasa que algunos pedazos en que siembran sus comidas y tasa y otros pedazos desiertas e validios e que todos los pedazos de tierra que tienen dicho antiguamente lo que ello se coxia serbia después de muerto el dicho Tupa Ynga servia para los sacrificios e Ritos del cuerpo muerto, otro y volviendo el rió abajo de la otra parte del rió de Quintamarca esta otro pedazo de tierra que se llama Quintamarca mas adelante esta otro pedazo que se llama Pacaymayo mas adelante esta otro pedazo que se llama Machuchobanba mas adelante esta otro pedazo que se llama Carmenga mas adelante esta otro pedazo Machicosca mas adelante esta otro pedazo que se llama Caecayapi mas adelante ay otro pedazo que se llama Surira y mas a Delante esta otro pedazo que se llama Yuntuya mas adelante ay otro pedazo que se llama Paca y mas adelante esta otro pedazo que se llama Sapamarca mas adelante esta otro pedazo que se llama Paquibanba mas adelante esta otro pedazo que se llama Quispamarca mas adelante esta otro pedazo que se llama Cochabanba mas adelante esta otro pedazo que se llama Cochobanba y que hasta aquí todo lo suso dicho era de Ynga Yupangue y que esta desierto y valdio ecceto Quintamarca en que esta un español que se llama Suárez que lo ubo de don Gonzalo que lo ubo en compra por cien pesas y treinta cabras y que esta en la verdad para el juramento que hicieron y lo firmaron de sus nombres y a los que no sabían firmar a su ruego algunos por que se hallaron presentes a este dicho e declara e un e su curador del dicho don Juan Chaico e don Gonzalo e don Felipe cacique de Picho e Tambo siendo para todo ello por interprete Pedro Guayacondo y el dicho su curador entendía bien la legua que todo lo suso dicho e cada cosa por si se les dio bien a entender en su lengua materna que aunque va aquí escrita en su lengua materna que aunque va aqui escrita en lengua de Castilla todo lo suso dicho paso ansi y se les dio bien a entender en testimonio de verdad paso ante my Nicolás Pinto lemano de comisión nombrado vuestra merced sano supra y el señor comendador que a todo se hallo presente a todo lo suso dicho Diego R. de Figueroa don Alonso Tito Atauche Ynga por dicho e a ruego de don Gonzalo e don Felipe e don Juan Antonio de Porras a ruego de don Juan digo don Diego Cayo, señor don Felipe Cari Topa lo firme por dicho Luis Delgado de Figueroa soy curador Francisco Riquelme pase ante my Nicolas Pinto lemano nombrado Nicolas Pinto señor nombrado.



27

Se conoce que la propiedad ejercida por dicho gobernante tenía un carácter muy *sui géneris*, en vista, que la propiedad privada como es concebida desde la perspectiva liberal es distinta de la percepción prehispánica.

Queda claro que Machupicchu y

“las tierras circundantes, pertenecieron a la hacienda real de Pachakuti Inca Yupanqui, constituyendo símbolo de las primeras expansiones que dirigió, debemos admitir que fue una unidad privilegiada, habitada por gente perteneciente al estrato social más alto vinculada a la *panaca* real de dicho Inca, que al considerarse descendiente del Sol, conformaba la élite de quechuas semidioses<sup>28</sup>”

Todo ello sin perjuicio del hecho que para la historia, Machupicchu tenía un régimen jurídico especial en el estado Inca, vinculado principalmente al prestigio de su creador y devino en una especie de monumento a su memoria

<sup>27</sup> Mapa, tenencia de tierras entre Piscakucho y Machupicchu. OLAZABAL, Yeni. Inédito *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'gente. Proyecto de investigación*. DRCC, Cusco, 2009. s/f.

<sup>28</sup> PALLARDEL, Luis. *Machupicchu ciudad – santuario de dioses y quechuas semidioses*. En *Visión Cultural*. INC - Cusco, Año 1 Número 4, Julio 2001. INC-C, Cusco, 2001. pp.141.

para luego perderse en la oscuridad de los tiempos y en la complejidad de la vegetación de la zona.

### 1.2.2. Derecho De Propiedad Incaico

Respecto del derecho de propiedad en la sociedad Inca y sus peculiaridades, Waldemar Espinoza, lo distingue en seis clases,

“1° de bienes inmuebles (tierra, casas, caminos, puentes, pozos, árboles); 2° de objetos domésticos, como herramientas de trabajo y armas, que difieren según el sexo y la edad y que, por lo común, son heredados de acuerdo a la consanguinidad; 3° de efectos almacenados y acorralados (alimentos, ganado) que, en el caso de los pastores *aymaras*, *chocorvos* y *chinchaycochas*, constituían su más preciada riqueza, cuyo valor incluso estaba determinado por el color de la pelambre; 4° derechos sobre el uso económico (usufructo de las heredades ocupadas por los ayllus); 5° derecho de los poderosos sobre personas y servicios humanos (*yanas*, *mitayos*, *piñas*); y, 6° otras modalidades de dominio, como derechos exclusivos sobre canciones, danzas, hechizos y artesanías concretas<sup>29</sup>”.

En la realidad el imperio Inca fue creciendo gracias a las alianzas con otros pueblos vecinos.

“Si el Inca contaba con un gran número de señores unidos a él (...) significaba que se aseguraba una nutrida población que se traducían en energía de trabajo explotada según el interés del Inca. (...) El signo de opulencia en el mundo andino, era el de disponer de numerosas reservas alimenticias y de objetos manufacturados, se consideraba rico a un señor cuando mayor número de depósitos repletos poseía. (...) En una sociedad que no conocía el dinero, el capital representaba precisamente esta acumulación de bienes, ellos

---

<sup>29</sup> ESPINOZA SORIANO, Waldemar *et al.* *Economía política y doméstica en el Tahuantinsuyo*. En Compendio de historia económica del Perú, Tomo I: Economía Prehispánica. BCRP-IEP, Lima, 2010. pp. 317.

proporcionaban a su dueño un poder que compraba voluntades, confirmaba lealtades, sobornaba a los enemigos, mantenía a los ejércitos conquistadores que aportaban a su vez nuevas y mayores abundancias. (...) Una de las características del ámbito andino era el llamado sistema redistributivo (según el cual) cada curaca según su categoría ejercía entre sus súbditos una política redistributiva local. (...) Al formarse el Imperio, el Inca aplicó este modelo regional a una escala estatal, es decir, el sistema de redistribución se cumplió sólo en el alto nivel, del soberano a los señores y también en las grandes empresas tales como la construcción de los centros administrativos incaicos, el sometimiento de los ejércitos, el mantenimiento del culto oficial y de las mamacona.”<sup>30</sup>

La propiedad en el estado Inca, o mejor dicho la riqueza, no estaba considerada ni medida por los mismos indicadores que se utilizan actualmente<sup>31</sup>, mas bien por factores más directos de supervivencia del grupo social haciendo de la propiedad de la tierra un derecho colectivo e universal en muchos casos aún para el jefe o curaca.

“Podríamos asumir que la noción de propiedad no existía entonces en los Andes ya que la tierra era fundamentalmente un bien sagrado, por lo tanto común, que producía bienes diversos, con el cual debía mantenerse una relación religiosa que obligaba a la transformación ritual del trabajo. La tierra es un pariente con el cual se establecen vínculos de reciprocidad<sup>32</sup>”.

---

<sup>30</sup> ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, Maria. *Una hipótesis sobre el surgimiento del Estado Inca*. En MATOS, Ramiro (Ed.). *III Congreso Peruano El hombre y la cultura andina*. Ed. Lasontay, Lima, 1978. pp. 96.

<sup>31</sup> Al respecto, resulta interesante lo señalado por Gluckman: En las economías primitivas el individuo que tenía muchos bienes podía hacer muy poco con ellos en su propio favor: no había manera de comprar objetos de lujo, el capital no producía intereses, el ciclo comercial era limitado. Por lo tanto el hombre que tenía mucho a su disposición (y esto se refiere sobre todo a los señores) era obligado o a destruir sus bienes como hacían en la costa noroccidental del Canadá, o a repartirlos entre los demás, como se hacía en Mrica. De esta manera el rey repartía gran parte de la propiedad que adquiriría. GLUCKMAN, Max. *Essays on Lozi Land and Royal Property* en *Rhodes-Livingston Papers Nro 10*. Rhodes-Livingston Institute, Northern Rhodesia (hoy Zambia), 1943. pp 87.

<sup>32</sup> PEASE GARCÍA YRIGOYEN, Franklin. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación* en *Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio*. Shozo Matsuda ed., Tokio, 1986. pp. 11.

Existe el acuerdo mas o menos unívoco que la tenencia de las tierras en la época podía dividirse entre tierras del Inca, del culto y las del común de la gente. Sin embargo, esta zona dada su importancia y carácter, es considerada como parte de las tierras del Inca taxonomía en la cual especialistas como Rostworowsky, que se basa principalmente en el escritor mestizo Inca Garcilaso de la Vega, diferencian tres calidades.

“En primer lugar existían las llamadas tierras generales del Inca o sea las tierras generales del Estado (...) En segundo término habían las tierras en poder de las *Panaca* Reales y por último, las tierras pertenecientes a la persona de un determinado soberano. Estas últimas formaban parte de la hacienda privada del Inca y sus productos engrosaban sus rentas personales a diferencia de los ingresos estatales<sup>33</sup>”

<b>Inca Garcilaso de la Vega<sup>34</sup></b>	<b>Maria Rostworowski.</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Las tierras del Sol (Culto).</li> <li>- Las tierras del Inka.</li> <li>- Las tierras del pueblo.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Las tierras del Culto. {</li> <li>- Las tierras del Inka. {</li> <li>- Las tierras del pueblo. {</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tierras generales del estado.</li> <li>- Tierras de la panaca real.</li> <li>- Tierras del Inka.</li> </ul>

No es mucha la bibliografía que pueda dar luces mas cercanas respecto de la legislación de propiedad inmobiliaria en el Perú prehispánico, “una etnia, los reyes o una mera unidad doméstica perdían o adquirirían derechos según los

<sup>33</sup> ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, María. *Ensayos de historia andina*. IEP Ediciones, Lima, 1993. pp. 105.

<sup>34</sup> Gráfico, Reparto de tierras en el incanato. OLAZABAL, Yeni. Inédito *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'gente*. Proyecto de investigación. DRCC, Cusco, 2009. s/f.

más diversos criterios<sup>35</sup>” además de que el derecho de propiedad era de naturaleza colectivista pero no estatista. Al respecto, según opinión de Decoster<sup>36</sup> durante la colonia se traslada de alguna manera este tratamiento de la propiedad inmueble en el sentido que el Rey de España era dueño de todos los terrenos habitados por aborígenes y se les asignaba una porción cultivable suficiente para su sobrevivencia y principalmente para el pago de su respectivo tributo.

Resulta importante resaltar además el carácter heterodoxo en la medida de los terrenos considerando la *complementariedad ecológica*, lógica que permitía repartir inmuebles agrícolas entre la población desde una perspectiva productiva y no longitudinal, como señala Murra <sup>37</sup> , estableciéndose que la tierra se dividía en el mundo prehispánico, como se ha dicho, en función a criterios productivos y de técnica agrícola antes que extensión. La unidad de medida era el llamado topo o tupu, que Murra define como la superficie básica apta para alimentar a una pareja durante un año. Por lo que la propiedad de la tierra estaba mucho más ligada a fines utilitarios que a la voluntad de apropiación que rige la lógica actual de los derechos reales “claramente entonces, más que un tema de propiedad (propriadamente dicho), el concepto relevante para los incas era el acceso a los recursos. Bajo la influencia de los españoles, esa relación usufructuaria pasa a ser una de posesión<sup>38</sup>”.

---

<sup>35</sup> MURRA, John. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. IEP/PUCP Ed., Lima, 2002. pp. 296.

<sup>36</sup> DECOSTER, Jean-Jaques. *Tenencia de la tierra en Apurímac durante la colonia: Políticas de control del espacio y acceso a recursos en Proceso de composición y titulación de tierras en Apurímac – Perú Siglos XVI – XX*, Tomo I. Commission for development Studies at the austrian Academy of sciences (KEF), Cusco, 2007. pp. 37.

<sup>37</sup> Fuente: MURRA, John. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. Op. Cit. pp. 298.

<sup>38</sup> DECOSTER. *Tenencia de la tierra en Apurímac durante la colonia: Políticas de control del espacio y acceso a recursos en Proceso de composición y titulación de tierras en Apurímac – Perú Siglos XVI – XX*, Tomo I. Op. Cit. pp. 33.



<b>TOTALIDAD DE LAS TIERRAS, PASTOS, AGUAS Y OTROS RECURSOS AGROPECUARIOS RECONOCIDOS, en los Andes. 1532.<sup>42</sup></b>									
Tierras y pastos, aguas y otros recursos donde se producía la SUBSISTENCIA para los grupos étnicos, las	Tierras y pastos de los señores étnicos.	Tierras y pastos de los dioses y santuarios étnicos.	Tierras de los mitmaqkunas étnicos.	<b>ESPACIO</b> Que se deja libre para derechos en tierras que todavía no se conocían en la época	Tierras de los mitmaqkunas estatales.	Dadivas de recursos productivos a individuos y linejes.	Tierras Inka y pastos de los cultos estatales.	Tierras y Pastos de los linajes reales.	Tierras y pastos que producían ingresos para el TAWANTINSUYU, el estado Inka.
Derechos a las tierras en los Andes: como se percibían en 1955 y como se presentaron al simposio reunido en México a fines de 1959.									

Hemos señalado, que la tenencia de la tierra era heterodoxa e indefinible en términos contemporáneos, occidentales y liberales considerando que

“a los europeos les parecía que no había continuidad de tenencia de la tierra, en manos de una unidad doméstica, de un año a otro y de generación en generación; ya que tal continuidad era incompatible con las *redistribuciones* anuales que Polo de Ondegardo y otros observadores menos acuciosos, habían presenciado en el Qollao y en los Andes en general. De hecho la confusión existe sólo en la mentalidad del observador, la cual incluye tierras de cultivo entre los bienes que se pueden comprar y vender; tal enajenamiento comercial de un recurso estratégico es difícil imaginar en sociedades agrícolas, precapitalistas y ágrafas<sup>40</sup>”

Podemos colegir que el acceso a la propiedad inmueble en el Perú prehispánico estaba basado en que “todo hombre andino reclamaba un mínimo de recursos agrícolas, basándose no en méritos especiales, sino en el hecho de haber nacido miembro de un grupo de parentesco y en tener existencia socialmente reconocida<sup>41</sup>” además de tener un carácter universal,

<sup>39</sup> MURRA, John. *Derechos a las tierras en el Tawantinsuyu*. En Revista de la Universidad Complutense. Vol. 28 No. 117, Madrid, 1979. Pp 174

<sup>40</sup> MURRA. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. Op Cit. pp. 300.

<sup>41</sup> MURRA. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. Op. Cit. pp. 303.

“vemos en detalle cómo el Estado y los reyes pueden reclamar derechos sobre todas las tierras, pero vemos también que los grupos étnicos que componen el reino y los de parentesco retienen un acceso efectivo y simultáneo a algunos de los mismos campos de cultivo<sup>42</sup>.

La función social de la propiedad inmueble, tenía un cariz harto distinto desde la perspectiva que la propiedad en sí misma, estaba inspirada en valores distintos de los de propiedad liberal que hoy conocemos. A entender de Murra<sup>43</sup> se otorgaba derecho de propiedad inmobiliaria absolutamente a todos los habitantes del Estado, en mayor o menor grado, sea cual fuese su etnia o condición social, para asegurar su subsistencia y la de su familia, conectándose con el axioma andino: ningún tributo en especie; que pretendía asegurar que la totalidad de producción obtenida por un ciudadano sea destinada a garantizar su sostenimiento económico, siendo que la tributación se hacía en trabajo. Este hecho garantizaba un destino privado de los inmuebles agrícolas, que sin embargo no puede calificarse dentro de un régimen de propiedad propiamente dicho, puesto que evidentemente no cuenta con algunas de las características básicas de éste, principalmente la libre facultad de enajenar contenida en su condición de derecho real.

### **1.3. Propiedad colonial de Machupicchu.**

#### **1.3.1. Castilla, romanizadora de América.**

El Perú es un país que, vista su codificación, puede comprenderse, -si es que existe alguno que no pueda directa o indirectamente- entre los países cuya legislación es directamente tributaria a la tradición civilista romana. Muy posiblemente, nunca se llegue a tener una percepción ecléctica y objetiva de la ocupación europea de América, la historia no tiene una ética, sólo los actos. El Derecho Romano y el pensamiento occidental, llegan a América junto a los conquistadores y la fe cristiana,

---

<sup>42</sup> MURRA. *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*. IEP, Lima, 1975. pp. 299.

<sup>43</sup> MURRA. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. Op. Cit. pp. 307.

“la conquista española no sólo fue una empresa bélica, económica y política. También fue un portentoso experimento jurídico y filosófico que procuró procesar las nacientes realidades coloniales a la luz de categorías desarrolladas en, literalmente, otro mundo. Es más, las ideas e instituciones implantadas en los Andes por los gobernantes, teólogos y juristas indianos a lo largo del siglo XVI fueron la fuente originaria de romanización del derecho peruano. Y como podrán apreciar los estudiosos de los derechos reales o el derecho de propiedad, esta todavía se alza desde las profundidades del tiempo como depósito, herencia y fundamento, como carga que pesa sobre nuestro destino<sup>44</sup>”.

Cabe entonces, referirse, aunque muy brevemente, a la propiedad romana, como fuente de inspiración de la propiedad contemporánea.

Iglesias<sup>45</sup>, define la propiedad en Roma como un conjunto de atribuciones del propietario sobre la cosa, pero que va más allá del simple conjunto de atribuciones del sujeto, hecho que se ve reflejado en los límites y que demuestran que la propiedad es uno de los más complejos frutos de la evolución histórico jurídica de la sociedad. La propiedad en Roma, no puede considerarse un derecho subjetivo, el propietario no ostentaba un derecho de dominio “disfrutaba de un estatuto jurídico que era consecuencia de la tenencia de un fundo, lo cual, le reportaba un haz de derechos y obligaciones específicas y no un simple poder genérico sobre la cosa<sup>46</sup>”, de la misma manera los *iura* no eran derechos subjetivos sino bienes “objetos en sí mismos que tenían una forma abstracta e incorporal, una existencia propia nacida del pensar jurídico<sup>47</sup>”.

Se ha dicho que, “(la propiedad) *era considerata l’espressione più marcata dell’indipendenza del cittadino proprietario*<sup>48</sup>”, resulta complicado definirla, “la

---

<sup>44</sup> GUEVARA GIL Armando. *La propiedad agraria en el derecho colonial*. En PRIORI, Giovanni (ed.) *Estudios sobre la propiedad*. PUCP, Lima, 2013. pp. 66.

<sup>45</sup> IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Sello Ed., Barcelona, 2010. pp. 171.

<sup>46</sup> LASALLE RUIZ, José María. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Dickinson, Madrid, 2001. pp. 27.

<sup>47</sup> LASALLE RUIZ. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Op. Cit. pp. 27

<sup>48</sup> Era considerada la expresión más marcada de la independencia del ciudadano propietario (Traducción del autor). SCAPINI, Nevio. *I limiti legali della proprietà. Nell’evoluzione storica del diritto romano*. Casanova Editore, Parma, 1998. pp. 11.

*giurisprudenza romana non formulò una definizione della proprietà*<sup>49</sup>”, la propiedad en Roma, tuvo un largo recorrido histórico que inicia en la arcaica *mancipium*, *potestas*, *manus*, relacionados con el poder del *pater* sobre todos aquello (personas y bienes) que componía la familia, posteriormente tuvo lugar el concepto *dominium*, que tendrá vigencia hasta ahora.

A medida que el Estado romano iba ampliándose, debido al éxito de sus campañas militares y su civilización, los romanos conocieron varios modos de propiedad, como menciona Schiavone<sup>50</sup> a partir del siglo III a.c., cuando el dominio romano en el mediterráneo se hace significativo, la lógica del *mancipium* deviene insuficiente para contener la gama de nuevas posibilidades de apropiación que tenía el *pater*, dando lugar, al final de la República, al *dominium ex iure Quiritium*, reservado exclusivamente a los ciudadanos romanos, mediante la cual el *pater*, podía hacerse propietario, ya no solamente de las *res Mancipi* sino también de las *res nec Mancipi*<sup>51</sup>, que no se trataba de un derecho, sino de un poder, según señala Fuenteseca “(se trataba) de una *potestas* dominical, que permitía al *dominus* afirmar ante el *praetor*, frente a otro ciudadano, que una cosa le pertenecía<sup>52</sup>”.

Podía ser admitido, que los no romanos *peregrini*, sean propietarios de acuerdo con el modo *ius gentium*.

Igualmente existió el *ager publicus*, que pertenecía a al *populus romanus*, al Estado Romano. “*Tale terra, se coltivata, era generalmente in mano ad affittuari privati dello stato*<sup>53</sup>. La tierra imperial, eran tierras pertenecientes al Emperador, “*I modi, in cui l'imperatore acquisiva terra, erano così vari e casuali che la scala delle sue proprietà doveva essere fortemente variabile da*

---

<sup>49</sup>El derecho romano no formuló una definición del derecho de propiedad (Traducción del autor) SCHIAVONE, Aldo *et altri*. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2011. pp. 331.

<sup>50</sup>SCHIAVONE. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*. Op. Cit. pp. 331.

<sup>51</sup> *Res Mancipi*: Cosas cuyo dominio era adquirido por medios de actos formales o solemnes de adquisición.

*Res nec Mancipi*: Cosas cuyo dominio podía ser adquirido mediante la simple tradición.

<sup>52</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita. *La formación romana del derecho de propiedad. Dominium, proprietas y causa possessionis*. Dykinson, Madrid, 2004. pp. 217.

<sup>53</sup> Esta tierra, si era cultivada, habitualmente se encontraba en manos de arrendatarios privados del Estado (Traducción del autor). FINLEY, Moses *et altri*. *La proprietà a Roma, Guida storica e critica*. Laterza, Bari, 1980. pp. 4.

*una regione all'altra*<sup>54</sup>". La tierra de las ciudades, "la fondazione di una nuova città si accompagnava in genere con la dotazione di un territorio che gli apparteneva per via diretta; con le sue rendite si potevano soddisfare, almeno in parte, le esigenze dell'amministrazione locale e del suo governo"<sup>55</sup>". Las tierras del templo, dedicadas al sostén de los sacerdotes, "mentre la proprietà di terre da parte dei templi era diffusa nel mondo greco, è difficile trovarla in dimensioni significative nelle testimonianze che provengono dalle aree non ellenizzate dell'impero romano"<sup>56</sup>". *Ager assignatus*, tierras asignadas por el Estado, "Come si è già detto, molto dell'ager publicus, acquistato da Roma tramite le conquiste, veniva redistribuito sotto forma di assegnazioni di terra a singoli"<sup>57</sup>".

Es importante, mencionar que el derecho de propiedad, como es sabido, se introdujo de manera traumática a la sociedad andina prehispánica, al romper moldes colectivos y culturales enraizados de muy antiguo en la población, sin embargo, muchas veces se olvida, que el derecho de propiedad también ingresó de manera traumática a la sociedad castellana en su momento<sup>58</sup>, Salustiano de Dios<sup>59</sup> señala que "existe coincidencia entre los juristas

---

<sup>54</sup> Los modos en que el Emperador adquiría la propiedad era variada y casual la cantidad de tierra que poseía, variando de una region a otra (Traducción del autor) FINLEY, Moses *et altri. La proprietà a Roma. Guida storica e critica. Op. Cit.* pp. 4.

<sup>55</sup> La fundación de una nueva ciudad se acompañaba normalmente con la con una dotación de tierra que le pertenecía por vía directa, con las ganancias obtenidas podía satisfacerse, por lo menos en parte, las necesidades de la administración local y de su gobierno (Traducción del autor). FINLEY, Moses *et altri. La proprietà a Roma. Guida storica e critica. Op. Cit.* pp. 5.

<sup>56</sup> Mientras la propiedad de la tierra de del templo estaba extendida en el mundo griego, es difícil encontrarla en dimensiones significativas en los testimonios provenientes de las áreas no helenizadas del imperio romano (Traducción del autor). FINLEY, Moses *et altri. La proprietà a Roma. Guida storica e critica. Op. Cit.* pp. 6.

<sup>57</sup> Como se ha dicho, mucho del *Ager publicus*, adquirido por Roma a través de la conquista, era distribuido a los ciudadanos, en forma de asignación de tierra (Traducción del autor). FINLEY, Moses *et altri. La proprietà a Roma. Guida storica e critica. Op. Cit.* pp. 7.

<sup>58</sup> La propiedad liberal es una construcción cultural que ha atravesado una serie de estadios evolutivos, que a su vez han resultado más o menos violentos para las sociedades que la han acogido, es de especial interés para esta investigación referirse a la institución que el derecho inglés llamó *seisin* y el derecho francés *saisine*, que a decir de Lasalleera una institución jurídica que "se caracterizaba por su enorme complejidad y flexibilidad. (...) no consideraba a la cosa en su corporeidad, sino en función de las utilidades que se desprendían de ella. En realidad estamos ante una especie de propiedad disfrute que tenía por objeto la productividad de la cosa más que una propiedad pertenencia centrada en la corporeidad de ella. LASALLE RUIZ. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad. Op. Cit.* pp. 26

<sup>59</sup> DIOS, Salustiano de. *Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la corona de Castilla (1480-1640)* en DIOS, Salustiano de *et altri* (coords.). *Historia de la propiedad en*

castellanos en torno a la tesis de que inicialmente los bienes eran comunes, siendo con posterioridad cuando se produjo la distinción de dominios”, creando la necesidad de implementar el sistema moral que la propiedad privada genera, “no era fácil explicar la propiedad en las cosas cuando la iglesia (católica) primitiva predicaba la comunidad de bienes<sup>60</sup>” De Dios, cita<sup>61</sup> valiosas referencias de oposición a la propiedad, como la del obispo Simancas, “La posesión de todas las cosas es de Dios, que dio su uso a las criaturas, considerando con San Juan Crisóstomo inanes las palabras tuyo y mío” o la opinión más laica y más fundamentada pero siempre negativa de Vasquez de Menchaca negando que los derechos sucesorios sean derechos naturales o de gentes primario sino derecho de gentes positivo por no provenir de tiempos de la creación. Este hecho además del valor histórico que tiene, constituye en un poderoso ejemplo para demostrar que la propiedad no siempre ha exhibido la tiara pontifical dentro de las relaciones privadas, sino que es producto de un largo desarrollo que implica la absorción de una infinita cantidad de características y particularidades provenientes de cada tradición jurídica que ha penetrado.

### **1.3.2. Derecho Indiano, Derecho de Conquista.**

La referencia escrita más antigua a la propiedad de la zona que contiene el santuario, que ya hemos mencionado, es un documento que resulta transcripción de un manuscrito de 1568<sup>62</sup>. Este documento hace referencia a

---

*España siglos XV-XX*. Servicio de Estudios del colegio de Registradores, Madrid, 1999. pp. 192.

<sup>60</sup> DIOS, Salustiano de. *Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la corona de Castilla (1480-1640)*. Op. Cit. pp. 197.

<sup>61</sup> DIOS, Salustiano de. *Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la corona de Castilla (1480-1640)*. Op. Cit. pp. 198.

<sup>62</sup> Para una mejor comprensión del contexto histórico, citamos en cuanto es posible una cronología de la conquista y establecimiento de los españoles en el Perú, realizada por la arqueóloga Lucy Palacios para el I Coloquio de Estudiantes de Arqueología PUCP en el año 1992.

Son alcaldes de Lima Alvaro de Torres y Martín Ruiz de Marchena.

**28 de marzo**, llegaron al Callao y el primero de abril hacían su entrada en Lima siete religiosos de la Compañía de Jesús, encabezados por el padre Jerónimo Ruiz del Portillo, como provincial, para instalarse provisionalmente en el convento de Santo Domingo, antes de

la compraventa de propiedad que se realiza entre el español Gabriel Suárez<sup>63</sup> y el curaca de Ollantaytambo Gonzalo Cusirimachi, del sector de Urinsaya (adyacente a Ollantaytambo).

Uno de los principales elementos que podemos considerar a este respecto es el hecho de que el documento está redactado en los albores de la colonia. Es conocido que la llegada de Francisco Pizarro a las costas peruanas fue en el

---

iniciar la construcción de su primer templo que inauguraron en 1574, denominado de San Pablo y que cambió a San Pedro luego de su expulsión en 1767.

**17 de abril**, el virrey daba una provisión para que los jesuitas pudieran construir, lo que hoy se llama San Pedro, en "...la cuadra que está frontera de la casa del capitán Diego de Agüero, desde la esquina, que son casas de Gaspar Baez de Albani, por una parte, hasta la casa de Diego de Porres y, por la otra parte, hasta las casas de Alonso Díaz Merino...".

**11 de noviembre**, se expide una provisión ordenando que el corregidor de Lima, Alonso Manuel de Anaya, y Diego Porres Sagredo señalen el mejor lugar para fundar un pueblo de nativos (el Cercado). Se escogió las tierras de la encomienda de Cacahuasi de Rodrigo Niño a un cuarto de legua del centro de la ciudad, pertenecientes a Antonio López, Beatriz de Salcedo y Baltasar de los Reyes.

**9 de diciembre**, por real cédula se le da a la ciudad el título de "*La muy noble y muy leal ciudad de los Reyes*".

Se fundó la Casa de la Moneda en la esquina de Arzobispo (segunda del jirón Junín) y Pescadería (primera del jirón Carabaya), denominada la Casa del Oidor.

Se erigió la Real Sala del Crimen.

Se produjo un terremoto muy destructivo.

<sup>63</sup> El 29 de Diciembre del año de 1564, el cacique y principal don Gonzalo Cusirimache daba en venta las tierras de Q'ente, alegando que estas tierras eran solo de su propiedad y no de los demás indios de Ollantaytambo, para ello había sido necesario nombrar como su curador a Andrés de Arrazola, quien le facilitaría la realización de la venta de estas tierras conjuntamente que las de Cuichobamba, las cuales eran consideradas como "*un pedaso de tierras que esta F. 21v/ dividido en dos partes que el uno dellos se llama Cuichobamba y el otro Quintamarca que son en la jurisdicción del dicho pueblo a cuatro leguas del el rio abajo que están juntos el uno con el otro que a por linderos de la una parte el rio grande que viene del valle Yuca y por la otra parte otro rio que se llama Quiscamayo que baja de Paucarcancha y por las otras partes tierras yermas las cuales dichas tierras que vos ansi vendemos llegan asta lo alto de la cumbre del dicho cerro y en las dichas tierras están incluso unos andenes las cuales dichas tierras de suso declaradas y deslindadas yo el dicho don Gonzalo Cussirimache vos las bendo por mias propias*". El valor de la venta fue de ciento treinta pesos de plata corriente, mas veinte cabezas de cabras por una extensión de veinte fanegadas más o menos de tierras, las cuales habían sido pagadas a satisfacción de don Gonzalo Cusirimache, posteriormente en Julio de 1565 fue reconocido y confirmado por el Cabildo del Cusco la venta realizada a favor de Gabriel Juárez, quien recién fue posesionado en la propiedad de dichas tierras en Setiembre del mismo año por Hernando Valera teniente de aguacil mayor. En 1568 los kuracas aprobaban y ratificaban la venta de estas tierras y en 1573 Diego Barrantes Perero visitador general del valle de Ollantaytambo en nombre del virrey Francisco de Toledo aprobaba y confirmaba a Gabriel Juárez como propietario de la estancia de Cuichobamba y Quintamarca. OLAZABAL, Yeni. Inédito *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'qente. Proyecto de investigación*. DRCC, Cusco, 2009. s/f

año 1531, hecho que dio lugar a una serie de acontecimientos que conducirían a la anexión de lo que fue el Estado Inca a la corona española. Resulta un fenómeno siempre interesante, dado que como observa Colmenares<sup>64</sup> “la tierra, el factor de mayor peso, junto con el trabajo, en un sistema agrario precapitalista, tampoco se ofrecía en un mercado abierto. Naturalmente había algunas ventas de tierras, pero la rareza de estas transacciones no justifica hablar de un mercado de tierras”.

Establecido o en tren de establecerse el nuevo *status quo* colonial,

“se introduce (...) la noción de propiedad, generándose distintos procesos que requieren de nuevo estudio, en primer lugar la identificación de las tierras como propias, principalmente las de los incas, de los curacas etc. Ello era motivado por la imprescindible urgencia de utilizar las tierras del Estado para que el nuevo poder español pueda repartirlas (...) En segundo lugar, al introducirse la noción europea de mercado se ingresó en él a la tierra, parte de ésta lo hizo como consecuencia de la despoblación y de los movimientos migratorios originados por el establecimiento español y después gracias a la composición de tierras iniciadas después de terminadas las reducciones en tiempos del virrey Toledo<sup>65</sup>”.

Cruz Barney, apunta el intento primigenio de los Reyes Católicos de que el derecho castellano rija en las Indias con exclusividad “sin embargo pronto tuvieron que ceder ante la nueva realidad social que exigía preceptos de aplicación peculiar y específica para las tierras recientemente descubiertas. Así nace un nuevo derecho, el indiano, frente al castellano, también vigente. Se le ha denominado también derecho hispano - indiano <sup>66</sup>”. Ahora, entendemos que la transacción aludida se realizó a partir de la base jurídica que le otorgaba la sanción de las Leyes de Indias, que a juzgar por la fecha estaban comprometidas por la vigencia de las Leyes de Burgos<sup>67</sup> que fueron

---

<sup>64</sup> COLMENARES, Germán. *Historia económica y órdenes de magnitud*. En OCAMPO, José (comp.). *Historia Económica de Colombia*. Siglo veintiuno editores, Bogotá, 1988. pp.21.

<sup>65</sup> PEASE GARCÍA YRYGOYEN. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación en Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio*. *Op Cit*. pp. 23.

<sup>66</sup> CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho indiano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 14.

<sup>67</sup> Sancionadas el 27 de enero de 1512.



resultado de la Junta de Burgos, donde se celebraron mas de veinte sesiones en el Convento Dominico de San Pablo. La relevancia de esta normatividad, *Ordenanzas reales para el buen regimiento y tratamiento de los yndios*<sup>68</sup>, para el caso concreto, radica en el reconocimiento de parte de la Corona española hacia los habitantes primigenios de América del Sur como seres humanos, por tanto aceptación de las condiciones de libertad y acceso a derecho de propiedad de los mismos.

Sin embargo y haciendo algunas consideraciones cabe destacar que el sujeto vendedor o enajenante en esta relación jurídica, que es el cacique Gonzalo Cusirimachi,

“se ha mencionado repetidas veces que los curacas funcionaron como propietarios de bienes comunes, al menos, los curacas aparecen registrados como tales propietarios en la documentación española, pero cabe preguntarse cuáles de los bienes de los curacas estaban señalados como bienes personales no siéndolo. De hecho en los testamentos de algunos curacas puede apreciarse cómo esta confusión puede ser fácilmente posterior a la invasión

---

<sup>68</sup> (...) que en trayendo los dichos yndios a las estancias se les entregue todos los suso dicho como con cossa suya propia e digales la persona que los suso dicho enbiardes que es para ellos mismos e que se les da en lograr de aquello que dexan en sus tierras e que los españoles a quien estouiere encomendados se lo sosternan todavia para que gozen dello como de cossa suya propia emandamos que esta hasyenda no se les pueda vender ni quitar por persona ninguna de las a quien fueren encomendados los dichos yndios ni otra persona alguna sy no que quede con los dichos yndios a quien se señalaren e con los dellos venieren avnque de tal persona venda la estancia en que estouiere o le quiten los dichos indios e de las dichas hasyendas que dexaren los dichos yndios quando ya sean traydos a las dichas estancias de los vecinos declaramos e mandamos que las tales personas a quien se encomendaren los dichos yndios puedan gozar e gozen cada vno conforme a los yndios que truxieren para que dellos los mantenga e que despues que las tales personas ayan sacado el fruto dello cos el dicho almirante y jiezaz hagays quemar los dichos bohios de las // dichas estancias pues dellos no se a de ver mas prouecho porque los dichos yndios no tengan cabssa de voluerse alli donde los truxieron.

Y fecho lo suso dicho hordenamos y mandamos que todos los caciques e yndios de los que agora ay e de aquí adelante ouiere en la dicha española se trayan de las estancias que ellos tenían fechas donde estan o estouieren los logares e pueblos de los vecinos que agora ay e ouiere de aquí adelante en la dicha ysla e por que sean traydos muy a su voluntad y no resciban pena en la mudanca por la presente mandamos a don diego colon nuestro almirante vissorrey e governador de la dicha ysla e a los nuestris juezas de apelacion e oficiales della que los trayan segun e de la forma e manera que a ellos les pareciere a los queales encargamos y mandamos quoaan encarecidamente podemos que lo hagan con mucho cuydado e fidelidad e diligencia teniendo mas fin al buen tratamiento e conservacion de los dichos yndios que a otro ningun respeto deseo ni ynterese particular ni general.

española y responder al mismo tiempo a la necesidad que tenía el curaca de administrar bienes comunes para completar los tributos que la administración colonial exigía<sup>69</sup>.

Entonces cabe válidamente cuestionar la validez de dicho acto jurídico, más aún si se toma en cuenta las Ordenanzas de Indios, citadas por Pease<sup>70</sup> elaboradas por el visitador de Trujillo, Gregorio González de Cuenca en el año 1566<sup>71</sup>.

Por lo aquí reproducido y según opinión del citado Pease, el vendedor no tenía legitimación para enajenar las mencionadas tierras, “las tierras que poseía el curaca no eran de él sino del común, de la comunidad. Ello deja la impresión de que los españoles que hicieron visitas burocráticas a la población tuvieron clara conciencia de que el curaca no tenía tierras, en consecuencia, no podía venderlas ni arrendarlas dentro de las pautas de transmisión de un derecho de propiedad introducido en los Andes en el siglo XVI<sup>72</sup>.

Hay que considerar que el momento que analizamos, es de profundo trauma para la sociedad andina y demuestra una serie de carencias en la cultura jurídico política castellana, que demuestra el atraso cultural en el que se hallaba sumida, con un exceso de soldados, amanuenses y sacerdotes y una carencia alarmante de intelectuales, juristas, políticos o economistas que permitieran administrar de una manera eficiente un continente tan vasto. Ya

---

<sup>69</sup> PEASE GARCÍA YRYGOYEN. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación en Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio. Op Cit.* pp. 23.

<sup>70</sup> PEASE GARCÍA YRYGOYEN. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación en Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio. Op Cit.* pp. 04.

<sup>71</sup> *Yten porque los dichos caçiques sin tener poder para ello venden por su autoridad las tierras del repartimiento por suyas siendo de la comunidad de lo qual los yndios a ellos sujetos son damificados se hordena y manda que ningún cacique ni principal pueda vender tierra a españoles ni a otra persona. Añadiéndose: Yten porque las tierras e aguas de los repartimientos son de la comunidad de los yndios y no del cacique ni principales los quales no pudiendo ni deuiendolo hazer han pedido y llevado a los indios particulares de sus ayllus y parcialidades terrazgo por las tierras que los indios en particular para si labrany paga por los detalles del agua. Se hordena y manda que de aquí en adelante los dichos caçiques y principales no lleven ni pidan cosa alguna (...)*

<sup>72</sup> PEASE GARCÍA YRYGOYEN. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación en Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio. Op Cit.* pp. 05.

Mariátegui lo dice: “Que el régimen colonial español resultara incapaz de organizar en el Perú una economía de puro tipo feudal se explica claramente. No es posible organizar una economía sin claro entendimiento y segura estimación, si no de sus principios, al menos de sus necesidades<sup>73</sup>”. En todo caso lo relevante jurídicamente en este momento histórico se puede expresar en palabras de Noejovich, “la transición del sistema prehispánico al sistema colonial pasó por ejes que se refieren tanto a la organización de los medios de producción, como a la circulación de bienes y servicios<sup>74</sup>”.

Hemos hablado de la propiedad prehispánica, que en resumen, no puede calificarse como propiedad como se entiende en la actualidad, por carecer de sentido patrimonial<sup>75</sup>. El derecho de propiedad como tal, es la piedra angular para el establecimiento de un sistema avasallador y parasitario como el colonial, sin embargo, en los primeros años, tiende a subjetivarse, debido a la pugna entre dos sistemas jurídicos, europeo y pre hispánico, obviamente con tendencia a hispanizarse, pero que hasta la posmodernidad no ha perdido muchas de sus características colectivistas y de relación íntima y familiar con la tierra.

La corona española siempre estuvo muy preocupada de fundamentar y justificar jurídica y filosóficamente la invasión a las Américas hecho que resulta patente en la bula *Inter Caetera* de Alejandro VI de 1493 que,

“confirió el gobierno y la jurisdicción de las nuevas tierras descubiertas, no a los reyes de España, sino a los de Castilla y León. Consiguientemente, las Indias serían consideradas como posesión de Castilla y se gobernarían, en lo que se considerase oportuno, de

---

<sup>73</sup> MARIATEGUI, José Carlos. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2007. pp. 44.

<sup>74</sup> NOEJOVICH CHERNOFF, Omar. *La transición del sistema prehispánico al sistema económico colonial*. En *Economía del Período Colonial*, Tomo II. IEP-BCRP, Lima, 2009. pp. 24.

<sup>75</sup> Aunque cabe recordar que: “Como apreciamos anteriormente ya existía un tipo de propiedad privada durante el Horizonte Tardío, las tierras netamente del Inka eran pocas, predominaban más las tierras del estado, el culto y del pueblo, a diferencia de estas, en la colonia la tenencia privada de las tierras se masifico, así como los mecanismos de acceso a ellas”. OLAZABAL, Yeni. Inédito *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'qente*. *Proyecto de investigación*. DRCC, Cusco, 2009. s/f.

acuerdo con las leyes e instituciones de aquella<sup>76</sup>.

En el debate público entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda respecto de la humanidad o no de los nativos americanos y de hecho las Leyes de Indias,

“amparaban la propiedad indígena y reconocían su organización comunista (sic). La legislación relativa a las *comunidades* indígenas, se adaptó a la necesidad de no atacar las instituciones ni las costumbres indiferentes al espíritu religioso y al carácter político del Coloniaje (...) Sabemos bien que esta legislación en gran parte quedó únicamente escrita. La propiedad indígena no pudo ser suficientemente amparada, por razones dependientes de la práctica colonial<sup>77</sup>”,

siendo más significativo aún, el hecho de que casi un siglo después, el jurista Juan de Solórzano concreta la justificación de la conquista en términos del derecho a la tierra estableciendo:

*“que este es ganado por los reyes por respeto de la conquista que hicieron de la tierra (...) en tal forma que fuera de las tierras, prados, pastos, montes, y aguas que por particular gracia y merced suya se hallaren concedidas a las ciudades, villas o lugares de las mismas Indias o a otras comunidades o personas, todo lo demás de este género y especialmente lo que estuviere por romper y cultivar, es y debe ser de su Real Corona y dominio como antiguamente sabemos que era lo despótico y absoluto que usaban en el Perú los Incas”*

Estableciendo así una triple apología basada en: Derecho de conquista, Antecedente histórico legislativo y contraste con la tiranía de los Incas que descalificaba a sus gobernantes de todo derecho.

Dentro de la dialéctica generada por el llamado encuentro de dos mundos, las relaciones sociales y jurídicas se complican hasta el infinito, motivo por el

<sup>76</sup> BETHELL, Leslie *et alri*. *Historia de América Latina*, Tomo 2: América Latina colonial: Europa y América en los siglos XIV, XVII y XVIII. Editorial Crítica, Barcelona, 1990. pp. 6.

<sup>77</sup>MARIATEGUI. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Op. Cit. pp. 51

cual hemos considerado que la mejor manera de enfocar el tema es la de Noejovich al referirse a la

“yuxtaposición de sistemas, (es decir) una suerte de mestizaje que se plasma en la transición que constituye el objeto de este discurso. El universo español se articula con el universo andino y conforma un sistema mestizo en el cual ninguno prevalece totalmente sobre el otro; ello se produce mediante una articulación de los jefes étnicos con las autoridades, adaptando el sistema dual, tanto político, como económico<sup>78</sup>”.

Es innegable que la empresa española en América tenía objetivos fundamentalmente económicos y de enriquecimiento, hecho que motivó la búsqueda de viabilidades sociológicas y jurídicas que permitieran a los súbditos de la Corona castellana hacerse con propiedades y rentas en el nuevo mundo que a la vez enriquecieran a la Corona y sostuvieran el increíble peso de la débil administración de la España ultracatólica.

“Determinada la propiedad conocida de los indios, el resto quedaba vacante y, bajo el principio del dominio eminente de la Corona, esta podía hacer merced de las mismas. Ya en 1497, una real provisión facultaba a Colón a repartir tierras, siendo luego generalizado este régimen. Posteriormente, en 1531, por real cédula se instituyó la confirmación por parte de la Corona de las mercedes otorgadas. En 1591, se estableció la “composición de tierras”, gabela impuesta para sanear títulos y, a la vez, proporcionar ingresos a las Cajas Reales. Que, en la práctica, los indios pagaban el tributo laborando en las tierras del encomendero, desvirtuando la intención de la legislación lo cual es otra cuestión. Esta es una de las tantas evidencias de la divergencia entre instituciones *de iure* y *de facto*, comunes tanto en la América colonial como en la moderna<sup>79</sup>”.

El primer reparto del botín entre los conquistadores fue legitimado a través de las encomiendas, que paralelamente a los excesos conocidos de los

---

<sup>78</sup>NOEJOVICH CHERNOFF. *La transición del sistema prehispánico al sistema económico colonial*. Op. Cit. pp. 27.

<sup>79</sup>NOEJOVICH CHERNOFF. *La transición del sistema prehispánico al sistema económico colonial*. Op. Cit. pp. 41.

encomenderos con los pobladores originarios, ocasionaron graves contradicciones entre españoles despertando apetencias incontrolables en un mundo en el que tenían poder casi ilimitado y que ofrecía riqueza sin fin.

Resulta evidente, que la transición jurídica y la construcción de la propiedad sobre medios de producción en el Nuevo Mundo, fue un paso gradual y lento, que nunca terminó de concretarse, ofreciendo la sensación de transitoriedad permanente, hecho que ocasionó muchas dificultades en la gobernabilidad de las colonias y que denunciaba el pobre nivel de desarrollo jurídico de España en ese momento.

“La propiedad de la tierra estaba lejos de haber entrado en un mercado, pero la avidez por la producción de bienes agropecuarios que habrían de convertirse en mercancías, terminó por poner a la tierra en la misma condición que lo que producía. Para que se transmutase en mercancía, la tierra debió pasar por un proceso de privatización, del que no fue ajeno el período de la encomienda. Aunque es bien sabido que no se encontraba entre las atribuciones del encomendero la posesión de la tierra de sus súbditos, lo cierto es que tierra y trabajo de encomendados formaron una unidad de criterio en el manejo de los recursos de los encomenderos. Hubo una tensa lucha por controlarlos. Como en general se limitaron sus atribuciones, también se castigaron los abusos en la apropiación de tierras. A pesar de ello, los encomenderos se convirtieron en propietarios y muchos propietarios accedieron a las rentas de “indios vacos”<sup>80</sup>. El paso de una categoría a otra fue muy fluido<sup>81</sup>”.

---

<sup>80</sup> Indios vacos, está referido a la vacancia de americanos que debían educarse y no estaban asignados a ningún encomendero, se puede leer en la Real Cédula de 1527, por la presente mandamos que todos los que tuvieren indios encomendados en término de la dicha villa, vivan en ella y que a los que no vivieren en ella, les pueda ser quitados y se les quiten y queden vacos para que se pueden proveer y enmendar según y de la manera que los otros indios que vacaren en la dicha isla.

<sup>81</sup> GLAVE TESTINO, Luis. *Propiedad de la tierra, agricultura y comercio, 1570 – 1700: el gran despojo*. En CONTRERAS, Carlos (ed.). *Economía del Período Colonial*, Tomo II. IEP-BCRP, Lima, 2009. pp.

El Derecho Indiano fue entonces, un producto del esfuerzo normativo castellano por adaptarse a las condiciones sociales y jurídicas americanas, Sánchez Bella<sup>82</sup> lo define como

“un ordenamiento jurídico con vigencia en las Indias (...) fruto tanto de una elaboración normativa desarrollada por las diferentes instancias administrativas y de la incidencia del derecho castellano, del derecho común y de elementos filosófico-jurídicos con el resultado de un conjunto dispositivo de obligado cumplimiento, bien a nivel general, bien a nivel provincial o local<sup>83</sup>.”

Cruz entiende al Derecho Indiano como

“el conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes y por las autoridades a ellos subordinadas para el establecimiento de un régimen jurídico particular en las Indias. En sentido amplio también deben considerarse (...) derecho castellano, las bulas papales, algunas capitulaciones, las costumbres desarrolladas en los municipios de españoles y las costumbres y disposiciones indígenas, siempre que no fueran contrarias a la religión católica o al rey<sup>84</sup>,”

afirmación que hace al mismo tiempo citando un texto bastante esclarecedor de la recopilación de los reinos de las Indias, lib. II, tít. I, ley. IIII: *“Las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no le encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo le guarden y ejecuten”*.

Antes de continuar con el *récit de voyage* histórico del inmueble que contiene a Machupicchu, queremos detenernos un poco a mencionar algunos aspectos importantes del Derecho Indiano que menciona Cruz<sup>85</sup>. El año (1568) de la transacción que mencionamos resulta un año bastante importante en su devenir, por ser el inicio de la cuarta etapa de las cinco en

---

<sup>83</sup> DIAZ, Carlos *et alri*. *La formación y el concepto del Derecho indiano*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 85.

<sup>84</sup> CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 15.

<sup>85</sup> CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 15.

las que ha sido dividido y que son: a. De 1492 a 1499, periodo regulado por las Capitulaciones de Santa Fe entre otras varias disposiciones legislativas; b. De 1499 a 1511, Aquí Cruz menciona una etapa de reorganización jurisdiccional, económica y social de las indias, afirmación que podría ser mejor construida, considerando que había mucho derecho e instituciones que inventar y poner en práctica, lo que resulta una organización mas que una reorganización, por lo que consideramos que esta etapa puede llamarse de introducción de poder constituyente cristiano en las Américas; c. De 1511 a 1569, la importancia de este periodo radica en las críticas que en él recibió el sistema de encomiendas y por otro lado, la existencia del debate y pronunciamiento de personas como Bartolomé de la Casas y Antón de Montesinos en las polémicas de los justos títulos y teorías sobre la guerra justa, redactándose el Requerimiento y las Leyes Nuevas; d. De 1568 a 1680, lo relevante se encuentra en el documento de Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias, para paliar un poco el caos legal y organizar la elección de funcionarios y por lo tanto un ejercicio más eficiente del poder. Finalmente en el siglo XVIII se inicia una reforma multisectorial que pretendía obtener una mayor eficiencia en los territorios españoles en América.

El derecho Indiano, resulta *sui generis* en la historia del derecho universal, entre otros motivos, debido a su direccionalidad colonizadora *ex post facto*, es decir que no fueron normas concebidas con la finalidad de colonizar y menos de organizar un continente, sino de solucionar una serie de problemas inminentes al momento político e inmanentes a la conquista y sojuzgamiento de un pueblo. Ots Capdequí, Cruz Barney y otros coinciden en señalar como características del Derecho Indiano el ser un derecho casuista, considerado así por que partía legislando casos concretos buscando generalizar las soluciones encontradas a los mismos; observar una gran minuciosidad reglamentaria, hecho que conducía a una serie de reglamentaciones infinita tanto en número como en materias reglamentadas, obedeciendo a la voluntad de la Corona Castellana de controlar casi todos los aspectos de la vida terrena y ultraterrena de un continente increíblemente vasto; mostrar una tendencia asimiladora y uniformadora, porque se esmeró en proliferar e imponer la cultura jurídica castellana, sin embargo en determinados aspectos de la vida cotidiana asimila sin mayor problema y con una flexibilidad



impresionante, la legislación local; mostrar un hondo sentido religioso y espiritual<sup>86</sup>.

Para lograr una contextualización eficiente de la legislación y del derecho indiano, es importante tomar en cuenta las fuentes del derecho indiano y su sistema de prelación,

“la definición de derecho indiano propiamente tal (...) expresa que éste es el creado en las Indias o para las Indias (...) las cuatro fuentes del derecho: ley, costumbre, jurisprudencia de los tribunales y jurisprudencia doctrinaria o literatura jurídica podían darse tanto *en* América o *para* América. En América se creaban leyes: (...), Audiencias, gobernadores, virreyes, corregidores (y otros) tuvieron en mayor o menor medida facultades legislativas. Tanto los españoles y criollos como los indígenas se regían por costumbres que se habían ido creando por la reiteración de actuaciones que pasaban a ser reglas obligatorias. También en Indias se creaba una jurisprudencia de los tribunales ya que muchísimos órganos judiciales radicados ahí sentaban jurisprudencia con sus sentencias. Por último, fue muy abundante el número de jurisconsultos que elaboraron interesantes obras de jurisprudencia doctrinal o literatura jurídica en América misma<sup>87</sup>”.

En lo referido al orden de prelación del Derecho Indiano, Cruz Barney<sup>88</sup> cita la ley número 2, título I, libro II de la Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias, dando a conocer que deberían guardarse en caso de vacío o falta de la ley, “*las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme á la de Toro, asi en quanto á la substancia, resolucion y decision de los casos, negocios y pleytos, como á la forma y orden de substanciar (...)*”, entonces el orden de

---

<sup>86</sup> Discreparé de la postura tanto de Cruz como de Ots Capdequi, en el sentido que es cierto que la legislación tuvo gran sentido religioso católico y se preocupó de mantener la primacía de esta confesión en todo el nuevo mundo, pero no se puede hablar de una espiritualidad propiamente dicha, porque los conquistadores no se abstuvieron de hacer concesiones a la fe ortodoxa y a las creencias primigenias al momento de sustituir elementos religiosos americanos y posteriormente africanos, por deidades de la tradición católica, ampliando y reformando la fe cristiana de la Europa continental medieval.

<sup>87</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Manual de historia del Derecho Indiano*. UNAM, México D.F., 1994. pp. 16.

<sup>88</sup> CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 29.

prelación en las Indias fue:

- Primero, Leyes dictadas específicamente para las Indias.
- Segundo, Costumbre criolla, desarrollada por españoles viviendo en América.
- Tercero, Costumbres indígenas que no fueran en contra de la religión católica o las leyes.
- Cuarto, Novísima recopilación de 1805.
- Quinto, Nueva recopilación de 1567.
- Sexto, Leyes de Toro de 1505.
- Séptimo, Ordenamiento de Alcalá de 1348.
- Octavo, Las Siete Partidas.

Desde esta perspectiva social y legislativa, podemos detenernos brevemente a reflexionar respecto del complejo fenómeno de la propiedad en la colonia. A pesar de que Barrio Gozalo apunta que “el concepto de propiedad en el Antiguo Régimen es difícil de definir por su carácter confuso y vago<sup>89</sup>” podemos ver que, la ley de Partidas III, XXVIII, 1 define al señorío como *poder que ome ha en en su cosa de facer della, e en ella, lo que quisiere según Dios e según fuero*, texto que Carlos Díaz Rementería<sup>90</sup> conecta agudamente con los clásicos

“Bartolo de Sasoferrato o Baldo de Ubaldi cuando señalan, respectivamente, que en su auténtica significación, dominio es el derecho a disponer de la cosa corporal o la plena propiedad que se manifiesta en el poder de venta sobre la cosa; de ahí que señorío, dominio y propiedad sean conceptos con similares contenidos, expresándose con cualquiera de ellos la existencia de un derecho en la cosa, lo que presupone su condición de particular o que pertenece señaladamente a cada *ome para poder ganar o perder el señorío*, como aclara la Ley III, XXVIII, II del Código Alfonsino, y de corporal,

---

<sup>89</sup> BARRIO GOZALO, Maximiliano. *La propiedad eclesiástica en la España del Antiguo Régimen*. En DIOS, Salustiano de *et altri* (coords.). *Historia de la propiedad en España siglos XV-XX*. Servicio de Estudios del colegio de Registradores, Madrid, 1999. pp. 19.

<sup>90</sup> DIAZ, Carlos *et altri*. *La propiedad*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 171.

o cosa que se puede ver y tocar: muebles y raíces, incluyendo en aquéllos a los que conocemos como semovientes; quedaban así excluidas las cosas sagradas, comunes, públicas, concejiles y de propios así como las incorporales, a las que pertenecen las distintas especies de derecho en o a la cosa”.

Si bien es cierto, la propiedad en el derecho indiano y castellano, prefiguraban o preparaban el concepto moderno de propiedad, también es cierto que su fundamentación ontológica y subjetivación eran harto distintos.

La propiedad en el Derecho Indiano, se configura, desde nuestra perspectiva, a partir de dos pilares, el primero es el sistema de propiedad, de corte principalmente medieval que regía en la España del siglo XVI, fuertemente influenciado por la religión y por el oscurantismo histórico de la época, en una Europa ensangrentada por las guerras internas, la miseria incontrolable, las grandes crisis humanitarias que aún enviaba al cadalso a científicos y artistas incómodos para el dogma católico y por otro, la apremiante necesidad de organizar nuevo territorio anexo a la Corona por la fuerza, con la obligación de la flexibilidad que el mestizaje de culturas que estaba naciendo, exigía.

<b>Dominio Pleno</b>	<b>Dominio Menos Pleno</b>
<p>Cuya principal característica es que el sujeto de derecho tiene capacidad de enajenar el bien, tiene dos modalidades.</p> <p>I. Derecho de Gentes:</p> <p>a. Originarios, apropiación de un bien que no pertenecía a nadie, como la ocupación, invención o la accesión.</p> <p>b. Derivativo, proviene de una transmisión de dominio, como la tradición o entrega.</p> <p>II. Derecho Civil: Era el derecho que surgía de la prescripción, sucesión o la sucesión contractual.</p>	<p>El sujeto tiene casi todas las atribuciones y señorío sobre el bien, excepto la capacidad de enajenación</p> <p>El señor útil tenía derecho al usufructo de la cosa pero no a extinguirla o disminuir su valor. Las vías regulares eran:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Usufructo.</li> <li>- Feudo (Encomienda).</li> <li>- Enfiteusis.</li> <li>- Fideicomiso.</li> </ul>

La principal justificación por la cual la Corona hispana, se irrogaba derecho a reclamar propiedad universal sobre las tierras de americanas a título de descubrimiento, *terra nullius*, es la Donación Pontificia, realizada por el Papa Borgia, Alejandro XI a favor de los reyes de Castilla y León. Esta argumentación jurídica, se convierte en la piedra angular para la formación del derecho de propiedad en las Indias, el cual se iba estructurando gradualmente, como señala Díaz Rementería, “un dominio eminente en cabeza del rey en tanto que dueño universal de las Indias y que haría de los vasallos dueños particulares por merced real y ésta supone así el punto de partida para el desarrollo de la propiedad en Indias<sup>91</sup>”, configurando un derecho de propiedad que observa una mediatez en su estructura formativa, independientemente de las consecuencias del ejercicio del mismo.

### 1.3.3. Formación del Derecho de propiedad en las Indias.

Como se puede comprobar, la formación de la propiedad en el Derecho Indiano, tiene su justificación fundamental en el derecho divino invocado por el Vicario de Cristo en la Tierra su Santidad Alejandro VI en la bula *Inter Coetera*<sup>92</sup>,

“donamos, concedemos y asignamos perpetuamente, a vosotros (Reyes de Castilla) y a vuestros herederos y sucesores en los reinos de Castilla y León, todas y cada una de las islas y tierras predichas y desconocidas que hasta el momento han sido halladas por vuestros enviados, y las que se encontrasen en el futuro y que en la actualidad no se encuentren bajo el dominio de ningún otro señor cristiano, junto con todos sus dominios, ciudades, fortalezas, lugares y villas, con todos sus derechos, jurisdicciones correspondientes y con todas sus pertenencias<sup>93</sup>”.

---

<sup>91</sup> DIAZ. *La propiedad. Op. Cit.* pp. 344.

<sup>92</sup> Del latín, entre otros(as), (Nota del autor).

<sup>93</sup> Traducción de Alejandro Remeseiro Fernández En *Bula Inter Caetera de Alejandro VI (1493) y las consecuencias político administrativas del descubrimiento de América por parte de Colón en 1492.* <http://www.archivodelafrontera.com/wp-content/uploads/2011/08/GAL012.pdf>

La Donación Pontificia, es la base jurídica del apoderamiento de las tierras americanas, sin embargo, necesariamente se sostiene sobre hechos fácticos eficientes que garantizaban ese poder, como ser descubridores y ocupadores del Nuevo mundo, y la guerra justa, que como anota Cruz Barney<sup>94</sup>, constituye la tercera polémica indiana<sup>95</sup> y trataba de determinar la justicia de la guerra contra los indígenas, materia en la cual, muchos juristas y teólogos han opinado, pudiendo obtenerse una idea más o menos general de los cánones, que inspiraban dichas opiniones, a partir de Santo Tomás de Aquino<sup>96</sup> cuando establece en su *Summa Teologica* que “La guerra es justa, siempre que sea declarada por autoridad legítima, con causa justa y recta intención”.

La génesis del derecho de propiedad privada sobre la tierra, se ve plasmada en la realidad mediante capitulaciones, instrucciones y ordenanzas sobre descubrimientos, conquistas y poblaciones,

“por merced del rey y por el repartimiento gratuito de la tierra se perfilaba la propiedad particular en los primeros momentos del siglo XVI. Una vez que el particular cumplía con ciertas condiciones, como edificar dentro de los cinco años siguientes en el solar que le fue concedido, o bien que se trabajara la tierra, o que se comprometiera a no donar sus bienes a la Iglesia. Además era necesario respetar el derecho a las minas de la Corona y no afectar los intereses existentes de las comunidades indígenas<sup>97</sup>”.

---

<sup>94</sup> CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 85.

<sup>95</sup> Las polémicas Indianas: justos títulos, capacidad de los indios y guerra justa, (...) si bien las polémicas no llegaron a poner en peligro (la presencia española) en Indias, sí obligaron a replantear múltiples ideas y creencias medievales. Se discutieron temas como el poder del Papa, la soberanía de los reyes castellanos en Indias, la condición humana y capacidad de los indios, la guerra justa, el derecho a comunicarse y comerciar con ellos y con todos en general. CRUZ, Oscar. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 73

<sup>96</sup> Citado por CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 85. AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995.

<sup>97</sup> CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 262.



#### **1.3.4. Propiedad en el Derecho Indiano.**

##### **1.3.4.1. El régimen de la tierra en el Derecho Indiano y los trasposos de propiedad de Machupicchu en el Perú colonial.**

Es de trascendental importancia para nuestro análisis, mencionar que la propiedad indígena de una u otra manera, trató de respetarse, paralelamente a satisfacer los intereses de los colonizadores. Al respecto, Mariluz Urquijo,

ha dicho “en el requerimiento de 1513, destinado a leerse a los aborígenes de las tierras que acaban de descubrirse, se les promete que *vos dejaremos vuestras haciendas libres e sin servidumbre* y otros múltiples testimonios posteriores prueban el continuado mantenimiento de ese principio<sup>98</sup>” pero a esto hay que agregar que “no llegó a reconocerse sino respecto de aquellas sociedades que demostraban ejercer un efectivo y real dominio<sup>99</sup>”, la oficialidad castellana, se esforzó mucho desde la perspectiva legislativa para continuar con esta política, llegando inclusive a ser una de las varias acusaciones que pesaban sobre Francisco Pizarro, la de repartir tierras indígenas indebidamente<sup>100</sup>. Resultaba violento a los colonizadores respetar zonas no habitadas a la usanza europea, como cotos de caza de los habitantes Americanos,

“la práctica, pues, va a limitar el reconocimiento de la propiedad indígena a aquellos lugares en donde una población sedentaria hubiese practicado un tipo de explotación económica similar a la del hombre civilizado (sic). En esta área, la dificultad de un control eficaz, el desnivel entre el indígena y el español y la ignorancia del derecho por parte de aquél van a abrir camino a los abusos y a las usurpaciones<sup>101</sup>”,

otra forma de despojar que se ha podido documentar, es a través de la encomienda, “Para que estuvieran cerca del lugar de trabajo, el encomendero solía acomodarlos en sus propias tierras, con lo que el indio abandonaba su asiento tradicional en el que hubiera podido probar su posesión de tiempo inmemorial. Esas tierras quedaban, pues, despobladas y eran entonces pedidas por merced u ocupadas sin título por algunos hacendados

---

<sup>98</sup> MARILUZ URQUIJO, José. *El regimen de la tierra en el derecho indiano*. Perrot, Buenos Aires, 1978. pp. 24.

<sup>99</sup> DIAZ. *La propiedad*. Op. Cit. pp. 347.

<sup>100</sup> Pizarro fue el primer gran y poderoso corrupto del Perú hispánico. Hubieron quejas de otros españoles a la Corte contra Francisco Pizarro, de que sus preferencias para encomendar indios y mercedes de tierras se hacían a *sus hermanos y paniaguados en agravio de los demás conquistadores y pobladores*. TANTALEÁN ARBULÚ, Javier. *La corrupción en la colonia. Pizarro el primer corrupto del Perú*. Op. Cit. pp. 139.

<sup>101</sup> MARILUZ URQUIJO. *El regimen de la tierra en el derecho indiano*. Op. Cit. pp. 32.

vecinos<sup>102</sup>". Finalmente, particularmente relacionado con el acto jurídico que evaluamos, "la compra forzada de tierras que el indio vendía a vil precio por ignorancia o temor<sup>103</sup>", que fue contrarrestada, "impidiendo o restringiendo la libre disponibilidad de bienes raíces por parte de los indios con el fin de evitar su disminución<sup>104</sup>".

En este orden de cosas, es importante mencionar que en un régimen jurídico como el castellano, que ya había incorporado la propiedad privada como parte de su legislación, también se incorporaban límites y limitaciones a dicha propiedad, que Ots Capdequí<sup>105</sup> expone de la siguiente manera:

- Casos de expropiación forzosa.
- Embargos y confiscaciones.
- Empréstitos a la Corona.
- Intromisiones del poder público en la inversión de las rentas de determinados bienes.
- Intromisiones del poder público en la manera de cultivar las tierras, fomentando unos cultivos y prohibiendo otros.
- Intromisiones del poder público en la manera de beneficiar estancias de ganados.

Ubicamos la propiedad de Machupicchu<sup>106</sup> en la formación de la hacienda Silke<sup>107</sup> a partir del siglo XVII, las fuentes señalan que las tierras de la

---

<sup>102</sup> MARILUZ URQUIJO. *El regimen de la tierra en el derecho indiano*. Op. Cit. pp. 32.

<sup>103</sup> MARILUZ URQUIJO. *El regimen de la tierra en el derecho indiano*. Op. Cit. pp. 33.

<sup>104</sup> MARILUZ URQUIJO. *El regimen de la tierra en el derecho indiano*. Op. Cit. pp. 33.

<sup>105</sup> OTS CAPDEQUI, José Maria. *El Estado español en las indias*. Fondo de cultura económica, México D.F. 1986. pp. 133.

<sup>106</sup> Este estudio ha sido elaborado a partir de la pesquisa en archivos de la ciudad del Cusco y de la investigación contenida en OLAZABAL, Yeni. Inédito *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'qente*. Proyecto de investigación. DRCC, Cusco, 2009. s/f.

<sup>107</sup> Estas tierras fueron finalmente vendidas por Pedro Alonso Carrasco a Pedro de Soria, y a partir de este momento se le conoció como la hacienda Silque, Hacia 1654 Alonso de Soria se hizo con la propiedad de la hacienda, pues su padre había muerto sin testamento, cargado de pequeñas deudas, la administración de esta hacienda por parte de Alonso de Soria empeoro e incluso había abandonado la propiedad pues se hallaba residiendo en Lima con su esposa, muriendo en 1675 sin dejar testamento y con su mujer doña Constanza Chávez como única heredera, quien posteriormente se recogió en el Monasterio del Prado en Lima. En 1683, al morir, en su testamento deja la hacienda a una religiosa del Prado durante sus días y luego pasaría a incrementar los bienes del monasterio, aunque dos años después, el monasterio



testamentaría Juárez, situados en la margen izquierda del río Vilcanota (Willkamayu), fueron unificados por sus titulares consolidando de esta manera, una sola gran propiedad que habría abarcado desde Utquibamba hasta Q'ente (que contiene Machupicchu).

En 1659, a petición de Nicolás Rubio, cónyuge de doña María Juárez heredera legítima de Francisco Juárez y demás herederos, fray Domingo de Cabrera Lartaun, juez visitador general para el desagravio de indios, visita de haciendas, remedia, venta y composición de tierras de la provincia de Calca y Lares, realizó una medición oficial de los inmuebles de los herederos de Alonso Juárez y Francisco Juárez llamadas Quintimarka, Udquibamba, Macay, Chocona y Mauaybamba, midiendo en primer lugar aquellos ubicados entre Utquibamba, Macay y Chocona:

*“...cuyos linderos comienzan F. 2/ desde donde le entra el río grande del arroyo que baja de Ancascocha y aguas arriba del dicho arroyo sube la linde lindando con tierras de don Alonso de Soria hasta llegar al derecho de un Lucmo grande y luego dejando dicho arroyo vuelve la linde por derecho y por una acequia a dar al dicho Lucumo y del vuelve la quebrada arriba por un caminillo que esta por cima de la dicha acequia hasta llegar al derecho de una quebradilla seca que esta sobre mano izquierda y por frente de una peña blanca que esta de la otra banda del dicho arroyo y luego baja la linde por la dicha quebradilla lindando siempre con*

---

decide vender Silque al cura de Ollantaytambo, don Juan Centeno, en la cantidad de 18,000 pesos.

Una vez que esta hacienda entro en poder de los religiosos Betlemitas, estos se encargaron de convertirla en la mayor empresa agrícola de la colonia, en su afán procuraron bajo diversos mecanismos para incrementar la extensión de esta hacienda:

- 1.- Compraban tierras a bajos precios, pues valiéndose de su capacidad económica prestaban dinero a sus vecinos mediante los censos, y estos al no poder pagar se veían obligados a vender a estos religiosos sus propiedades.
- 2.- Trueque por tierras, utilizando la misma modalidad del censo y el no poder ser recuperado el dinero, los curas cambiaban una propiedad por otra o en vez del pago recibían a cambio mas tierras anexas a la hacienda.
- 3.- Tierras usurpadas, se enfrentaban en sendos litigios por la posesión de tierras a fin de quedarse con las propiedades de algunos vecinos que no les querían vender.

Es en este contexto que la hacienda Silque llego a comprender una gran extensión de tierras en el valle de Ollantaytambo, las cuales llegaron a anexas las haciendas de Pachar, Cutija, las tierras de Jacas, Mescay, Huayllabamba, Chamana, Q'ente hasta Machu Picchu. OLAZABAL, Yeni. Inédito *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'gente. Proyecto de investigación*. DRCC, Cusco, 2009. s/f.

*tierras que posee dicho Alonso de Soria hasta llegar al dicho arroyo y aguas arriba del sube hasta donde se cierra el cerro de Chanca Chuco y de a que sube sobre mano derecha cerro arriba por derecho hasta dar en el salto del agua de Cutija con la cual baja hasta dar con el camino que va a Miscay y vuelve por el lindando con tierras de Cutija hasta dar en un borde y pared antiguas y por ella vuelve inclinándose siempre F. 2v/ a mano izquierda y da en el río grande aguas arriba del sube y cierra donde el entra el arroyo que baja de Ancascocha que aquí sube primer lindero... ”<sup>108</sup>.*

A continuación se midieron las tierras de Quintamarca basándose en los títulos de propiedad pertenecientes a los Juárez, cuyos linderos comenzaban:

*“(...) de la cuchilla de Champicasa que divide las tierras de don Baltasar de Yépez y con este lindero sube la linde por la dicha cuchilla hasta el alto de la peña por el cual vuelve y pasando por el cerro de Pamaeco llega al arroyo de Guayllabamba donde hace salto de agua de el, y con su corriente baja la linde lindando con tierras del convento de San Agustín del Cusco hasta llegar al río grande de Vilcamayo y aguas debajo de el corre la linde hasta llegar al derecho de la cuchilla de Champicassa que se dijo dividir estas tierras de otras de don Baltasar de F. 3/ Yépez ya que fue el primer lindero debajo de los cuales entra el sitio de unas casas que tiene en dos parajes y le de una huerta<sup>109</sup>(...)”.*

Al finalizar el siglo XVII, los descendientes de los Juárez, Francisco Rodríguez de Vargas, Sebastián Rodríguez de Vargas hermanos e hijos legítimos y herederos de Juan Rodríguez de Vargas se enfrentaron a sus hermanos Antonio Ramírez de Guzmán y don Lorenzo Ramírez de Guzmán, por el pago de un censo atrasado en nueve años y medio, de dos mil novecientos y cincuenta pesos de corridos de principal, los que habían sido impuestos en:

*“(...) nuestras personas y vienes habidos y por haber y especial y señaladamente sobre las haciendas que tenemos y poseemos*

<sup>108</sup> Archivo Colegio Ciencias. Fol. 6; Cuad. 9; Leg. 14<sup>a</sup>; Años 1629-1745.

<sup>109</sup> Archivo Colegio Ciencias. Fol. 6; Cuad. 9; Leg. 14<sup>a</sup>; Años 1629-1745.

*en el dicho valle de Ollantaytambo que son de sembrar trigo y maiz que las ubimos y heredamos de Gabriel Suarez de Escobedo y Alonso Suarez de Escobedo nuestros abuelos y visabuelos que los parajes de las tierras de las dichas haciendas y linderos se contienen en esta manera primeramente, doce fanegadas de tierra que estan en el asiento de Quintimarca , linda con el rio grande de Vilcamayo y con un arroyo que baja del cerro de Salcantay y por Guayllabamba cuatro fanegadas que estan en Guacoto y Guayllabamba lindan con el mismo arroyo de Salcantay y por otra parte con una serrania de cerros que esta a mano derecha como vamos el arroyo arriba. Y asi mismo, sobre una estancia llamada Churo que esta una legua de dichas tierras el arroyo arriba en la puna que linda con tierras y punas de los dichos Matheo Velasques y Nicolas Rubio y sobre treinta fanegas de tierra que tenemos en el desagadero F. 3v/ de Guaypon que las tierras de dicha estancia y estas las heredamos de dichos nuestros abuelos y visabuelos y lindan las dichas treinta fanegadas con el hospital de los naturales de esta dicha ciudad y de los indios del ayllu Sanco del pueblo de Anta<sup>110</sup>”.*

Pascual Jara, juez comisionado por Castilla Altamirano, alcalde ordinario de Cusco en 1688 y en cumplimiento de lo ordenado ordena que durante tres días se notifique vía pregonero la venta de las haciendas con la finalidad de cubrir la deuda censual adquirida por sus propios dueños, declarándose desierta dicha venta, hecho que produjo su envío al depósito del capitán Mateo Velásquez Cobarrubias, vecino y hacendado en el valle de Ollantaytambo, quien era propietario de las tierras de Masocucho, Carmenga, Pacaymayo, Piccho, Guayna Piccho y Macho Piccho<sup>111</sup>, inmuebles que fueron vendidos a don Pedro de Almirón en 1706.

Iniciado el siglo XVIII, el panorama para los descendientes de Juárez era bastante incierto, en principio por sus desavenencias familiares que propiciaron la desconcentración de las tierras, además, el éxito y desarrollo de la empresa agrícola de la orden de los Betlemitas, que como hemos

<sup>110</sup> Archivo Colegio Ciencias, fol. 6; Cuad. s/n; Leg. 14; Años 1705-1733.

<sup>111</sup> Archivo Colegio Ciencias: Documento Silque. Libro 2; Cuad. 13; s/n de Leg. s/f.

señalado tenía la política de extender sus propiedades en la zona ilimitadamente además de sumársele la voracidad de los herederos de Pedro de Almirón y su intención de hacerse con las propiedades de los Suarez. Un antecedente de la pugna por la propiedad de las tierras situadas desde Kusichaqa, Q'ente hasta Machupicchu iniciaba.

Existen motivos para suponer, aunque sin documentación fiable, que las tierras puestas en depósito del capitán Mateo Velásquez Cobarrubias, fueron finalmente adquiridas por Gabriel Mariño. Esta afirmación, se sustenta en un documento de 1725, mediante el cual los herederos de Mariño ofrecían a los religiosos Betlemitas la venta de las propiedades de Quente, Guacoto, Churo, Huayllabamba, Quiscapampa, Pampacauana, Condormarca, entre otros lugares, debido a que estos no podían pagar los dos mil pesos de censo principal, incluidos los intereses que se debían y que seguían impuestos sobre estas tierras. La orden aceptó la propuesta de muy buen grado. Y es de esta manera que

*“(...)doña Melchora Mariño viuda de dicho Thomas Fernández, doña Marcela Mariño, doña Lorenza Mariño, Clemente Mariño y don Jacinto Julio Rospillosi, marido de dicha doña Lorenza Mariño vendieron las tierras al padre fray Joseph de la Soledad en precio de dos mil cuatrocientos y treinta pesos corrientes de a ocho, a razón de sesenta pesos el topo y la casa rancho sitio en ciento y cincuenta pesos que hacen los dichos pesos referidos<sup>112</sup>”.*

El año de 1772, las hijas de Pedro de Almirón: Manuela y Dominga Almirón y Villegas comenzaron un litigio contra los religiosos del convento de Betlemitas, señalando que eran dueñas de las tierras: *Choquellusca, Yntihuatana, Champu Ccasa, Pacay Mayo, Quinte; Pepino Casa, Chochopampa, Guaynapicho, Apupicho, Machupicho, Capacpicho, Pitupucyo, Pachupata, Ramrrampata, Sedropampa, Yanantin Orco, Pacaycorral, Cabana, Yncaracay, Quinzacruz, Maguanapampa, Guayllaapretando, Guayrurucasa, Plateria, Yuncapata, Llamacancha, Chillacguayco, Asnac Pucyo, Limpelimpe, Naranjuioc, Carmenga, Masocucho, Lucmabamba, Quinuacocha, Salcantay, Masocaca,*

---

<sup>112</sup> Archivo Colegio Ciencias. Fol. 28; Cuad. 9; Leg. 14<sup>a</sup>; Años: 1629-1745.

*Amaromachay, Rayampata, Chavillay*, entre otras tierras<sup>113</sup>. A raíz de este proceso en 1773 se señala que Manuela y Dominga Almirón no probaron su acción y demanda, en consecuencia se declaraba que el convento de Betlemitas siguiera en la propiedad de *Quinte, Guacoto, Churo y Guayllabamba*, adquirida en virtud del testamento de transacción venta que otorgó a su favor los herederos de don Gabriel Mariño, y que las mismas se contengan en los términos de Masocucho, Pacaymayo, Carmenga, Piccho, Machopiccho y Guaynapicho, como se expresan en el instrumento de venta que otorgo Mateo Velásquez de Cobarrubias a su padre Pedro de Almirón. Pese a ello en 1786, y sin resultado alguno, las Almirón trataron de hacerse nuevamente de la propiedad de Q'ente y Carmenca<sup>114</sup>, al parecer la importancia radicaba en la necesidad de contar con mayor cantidad de tierras de producción posibles.

Casi al finalizar el siglo XVIII, en 1784, es presentada una petición fray Josef de San Miguel, prior del convento de la Almudena de la Orden Betlemítica, solicitando se entregue testimonio de la propiedad que dicho convento tiene de las tierras nombradas Quente, Guato, Churo, Guayllabamba, Guairurocasa, Puerto Salcantay, Champicasa, Yntihuatana, Pichoc, Guaynapichoc y otros nombres, los cuales poseen en virtud de los títulos que presenta ante el Cabildo del Cusco. Verificados los títulos se decreta que Miguel de Acuña, escribano público, entregue a este convento el testimonio de los títulos que pide<sup>115</sup>. Con lo cual se estaría comprobando que los Betlemitas llegaron no solo a ser dueños de las tierras de Q'ente, sino también de Machupicchu.

El rastro de esta investigación se retoma, en un contrato de compraventa del 28 de noviembre del año 1776, perteneciente al archivo del notario Arias de Lira<sup>116</sup>, que deja constancia de la enajenación a título oneroso de parte de doña Manuela de Almirón Villegas a los hermanos Pablo y Antonio Ochoa:

---

<sup>113</sup> Archivo Colegio Ciencias. Documento Silque. Libro 2; Cuad. 13; s/n de Leg. s/f.

<sup>114</sup> Archivo Cabildo del Cusco: Causas Civiles. Fol. 19; Cuad. 9; Leg. 59; Años 1787-1789.

<sup>115</sup> Archivo Cabildo del Cusco: Causas Civiles. Fol. 2; Cuad. 9; Leg. 55; Años 1783-1784.

<sup>116</sup> Cuyo texto integro adjuntamos como anexo, dejando constancia que la presente es una versión de su descubridor don Uriel García. GARCIA, José Uriel. *Machu – Picchu, un centro incaico de trabajo femenino*. En Visión Cultural, Número 4. INC, Cusco, 2008. pp.32.

*“Sea notorio a los que la presente vieren que yo el licenciado don Ambrosio Landivisnay y Valdéz presbítero, domiciliado en este obispado del Cusco. Digo: que por cuanto, por mi disposición e intervención vendió doña Manuela Almirón y Villegas viuda de don Francisco Mendo Y Valdéz, vecina de ella, a don Pedro y don Antonio Ochoa, hermanos, mis sobrinos, unas tierras (sin aperos, ganados ni casas) nombradas Quenti, Masacucho, Pacaymayo, Carmenga, Yanacaca, Masacaca, Picchu, Machupicchu, Guayna Picchu, y otros nombres, que están rio abajo hasta los encuentros, de Amaibamba y Guayrururocasa, de los ríos grandes de Amaibamba y Vicabamba (Vilcanota), están dichas tierras tres leguas más abajo del pueblo de Ollantaytambo provincia de Calca Lares y Vilcabamba, bajo de los linderos de venta y de los documentos que sirven de títulos y de las provisiones que están por cabeza dellos, por libres descenso empeño e hipoteca y de otras enajenaciones especial ni general, en precio y cantidad de 350 pesos libres de alcabala que la satisfizo la vendedora, según la boleta dada por la real aduana, Coronel Lucas Garay, su fecha 8 de agosto de 1776, que está incorporada en la citada escritura, etc. La venta que hace este año de 1782, dicho licenciado, es a favor del comandante Marcos Antonio de la Camara y Escudero, al precio de 450 pesos”*

#### **1.3.4.2. A propósito de la propiedad eclesiástica y el papel de la Iglesia Católica .**

Hemos esperado a mencionar estos traspasos de propiedad, para tratar dos aspectos importantes que hasta ahora hemos soslayado, la propiedad eclesiástica y los contratos.

Al respecto, debemos iniciar con la incertidumbre planteada por Barrio Gozalo respecto del propio término Propiedad Eclesiástica en el antiguo régimen, que puede incluir

“tanto los bienes de las instituciones eclesiásticas como de los eclesiásticos a título particular, los de las instituciones piadosas

(hospitales, hospicios, montes de piedad, casas de la misericordia, etc.), cuyas rentas se aplican en su casi totalidad en beneficio de los laicos y los de las órdenes militares que en el reinado de los Reyes Católicos fueron incorporados perpetuamente a la corona<sup>117</sup>.

De hecho, los siglos XVI y XVII, se marcaron por constantes críticas al crecimiento constante del apropiamiento, legal e ilegal, de inmuebles de la iglesia, “las cortes de Valladolid de 1523 formulan ya quejas muy directas contra la amortización eclesiástica, que se reiteran, más agudamente, en las de Toledo de 1525 y en las de Madrid de 1528<sup>118</sup>”, iniciando con esto una serie de acontecimientos históricos y debates ius filosóficos que conducirían a la supresión de conventos de regulares y la expropiación de los bienes del clero regular<sup>119</sup> en 1836 y la desamortización de los bienes del clero secular en 1837.

No hay duda que el descubrimiento del Nuevo Mundo, resultó revolucionario en las relaciones entre la Corona Castellana y la Iglesia Católica de Roma, básicamente por el fortalecimiento de ambas y evidentemente de su relación que significó el empoderamiento entre otras naciones e iglesias de la época, gracias a esta alianza, la Iglesia Católica tuvo exclusividad forzada sobre millones de seres humanos a cambio de bendecir el genocidio y destrucción con fines pecuniarios y geopolíticos, que algunos llaman evangelización.

La existencia y funcionamiento de la Iglesia Católica en América, tuvo desde el inicio, una condición bastante *sui géneris*, dándose situaciones jurídicas y extra jurídicas que la Santa Sede no estaba acostumbrada a permitir ni a promover.

Roma le otorgaba el derecho de gobernar las nuevas tierras a la Corona castellana a cambio de que esta utilice el aparato estatal para cristianizar a los habitantes de las mismas,

---

<sup>117</sup> BARRIO, Maximiliano *et altri*. *La propiedad eclesiástica en la España del Antiguo Régimen* en Historia de la propiedad en España siglos XV-XX. *Op. Cit.* pp. 19.

<sup>118</sup> BARRIO, Maximiliano *et altri*. *La propiedad eclesiástica en la España del Antiguo Régimen* en Historia de la propiedad en España siglos XV-XX. *Op. Cit.* pp. 38.

<sup>119</sup> El (clero) secular se conformaba por la jerarquía comprendida entre los adjutores y los párrocos hasta los obispos, arzobispos y cardenales. El clero regular, por su parte, se integraba por los clérigos que obedecían a una regla en particular, que son los principios que rigen la organización monástica a la que pertenecen. CRUZ, Oscar. *Historia del derecho indiano*. *Op. Cit.* pp. 329.

“El resultado fue que efectivamente las Indias fueron cristianizadas, y que tal labor fue llevada a cabo por un ejército de clérigos y religiosos dirigidos por el poder político, dándose lugar a una brillante Iglesia en Indias religiosamente pujante y administrativamente controlada por la Corona y sus representantes. La Santa Sede, sin la cooperación del Estado, no hubiese podido obtener el éxito. Carecía no de misioneros pero sí de medios para enviarlos a las Indias y para mantenerlos allí, al par que para dotarlos de los instrumentos precisos para su tarea, desde catedrales a parroquias, desde hospitales a escuelas, desde doctrinas a monasterios<sup>120</sup>”.

La vida de la Iglesia Católica en América Indiana, estuvo completamente en manos del Estado, mientras la Sede Pontifical, flexibilizó mucha de su política habitual para dar cabida a esta actuación porque le resultaba igualmente beneficiosa y el papado no podía, bajo ninguna circunstancia, perder un aliado tan poderoso como la Corona de Castilla. Es importante, para entender lo profundo del asunto, entender el destino de los diezmos. El diezmo procede de una antigua tradición impositiva, que fue asumida por la Iglesia Católica, pero que en el caso particular de la cristianización de América, fue trasladado a la Corona española por el Papa Alejandro VI con la finalidad de equilibrar el gasto que le significaba a dicha corona, la implementación del aparato necesario para cristianizar el nuevo territorio, en Reales Cédulas de 3 de octubre de 1539, de 6 de julio de 1540 y de 13 de febrero de 1541, se fija la distribución del diezmo.

En este orden de cosas, resultan cruciales dos instituciones jurídicas trascendentales, El Regio Patronato Indiano y el Regio Vicariato Indiano.

El Patronato, es una institución jurídica que fue utilizada con regularidad en la Europa Medieval con la finalidad de cristianizar territorios,

“Los señores que incorporaban nuevas tierras a sus señoríos, bien repoblándolas, bien cristianizando a sus habitantes, y los que

---

<sup>120</sup> DE LA HERA, Alberto. *La administración*. En ANDRES-GALLEGOS, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 231.



realizaban una obra de desarrollo y población de sus tierras, fundaban en ellas iglesias y las dotaban económicamente, recibiendo a cambio el derecho de proponer los nombres de las personas que habían de regir esas iglesias, para su nombramiento por la autoridad eclesiástica competente<sup>121</sup>”

No existe concesión propiamente dicha de patronato en las bulas alejandrinas de 1493 aunque según opinión de Cruz Barney<sup>122</sup> éstas sirven de fundamento y justificación fáctica para una serie de hechos que el Papa Julio II terminaría de consolidar mediante la bula *Universalis Ecclesiae*, “por ella, nadie podría ya sin el consentimiento del rey erigir iglesias en Indias y el monarca tenía el derecho de presentación en toda clase de beneficios”. Básicamente, el Patronato indiano, se puede resumir, en el poder que tenía la Corona de Castilla, de regir el destino de la Iglesia Católica en los terrenos que ella le asignó en América, para mayor amplitud, Guillermo Floris Margadant<sup>123</sup> establece una relación de facultades de la Corona que reproducimos:

- El derecho de presentar candidatos para los beneficios eclesiásticos.
- El control sobre las comunicaciones de Roma, ya sea que estuvieran dirigidas a los feligreses en general o únicamente a la jerarquía eclesiástica dentro del reino. Éste era el requisito del *Regio Placet* o *Regium Exequatur*.
- La decisión sobre el establecimiento o no de nuevas diócesis en las Indias, subdividirlas y cambiar sus límites.
- La facultad de autorizar o no los concilios indianos y de participar en ellos mediante sus representantes.
- El derecho a supervisar la vida monástica mediante los obispos.
- El derecho de vigilar el movimiento migratorio de los clérigos, quienes requerían un permiso especial de la Corona para poder salir de las Indias rumbo a España, cuyo transporte era cubierto por el Estado.

---

<sup>121</sup> DE LA HERA, Alberto. *La administración. Op. Cit.* pp. 273.

<sup>122</sup> CRUZ, Oscar. *Historia del derecho indiano. Op. Cit.* pp. 341.

<sup>123</sup> MARGADANT, Guillermo Floris. *La iglesia ante el derecho mexicano, Esbozo histórico-jurídico.* Miguel Angel Porrúa, México D.F., 1991. pp.128.

- El derecho de suprimir órdenes monásticas dentro del reino y de expulsar a sus miembros<sup>124</sup>.
- El control sobre nuevas construcciones eclesiásticas, concediendo o negando el permiso respectivo para su edificación.
- La prohibición de recursos procesales, canónicos ante tribunales de la iglesia fuera del reino hispano.
- El cobro del diezmo cuyo producto se utilizaría en provecho de la iglesia salvo un noveno que la Corona conservaba para sí.
- La tendencia de utilizar, a fines del Siglo XVIII, el patrimonio eclesiástico para apoyar el crédito estatal, obligando a la Iglesia a vender sus muebles y a liquidar sus préstamos hipotecarios para invertir el producto en la deuda estatal.
- La restricción del fuero eclesiástico, del asilo en sagrado y de la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos en asuntos de otra índole.

En cuanto al Regio Vicariato indiano, tiene su origen en la decisión del Papa Gregorio VIII, según la cual cualquier controversia relativa al Regio Patronato, se resolvería frente a Tribunales del Reino, empoderando a la Corte castellana frente a Roma, en cuanto al clero americano.

---

<sup>124</sup> Es importante resaltar esta atribución por cuanto tuvo relevancia para betlemitas y otras órdenes en el Cusco colonial. “El control regio sobre la actividad migratoria del clero – asunto administrativo- ahora recibe una interpretación extensiva hacia la facultad de la corona de expulsar a clérigos de las Indias y los autores regalistas advierten que tal expulsión no es una pena, sino una simple medida administrativa, en protección de la paz pública (mencionaremos de paso que esta medida administrativa de expulsión de las Indias causa graves problemas prácticos en relación con el clero criollo: expulsión, pero ¿hacia donde?) En relación con la expulsión, desde luego recordamos inmediatamente el dramático caso de los jesuitas, pero de ningún modo se trata del único evento, ilustrativo de la mencionada teoría. También, por ejemplo, la intervención de la corona en el largo pleito interno de los Betlemitas sobre sus Constituciones (cuestión ampliamente documentada en la interesante colección del CEHM-Condumex sobre estos regulares) ofrece un buen ejemplo de cómo Carlos III, finalmente con una amenaza no muy disimulada de aprovechar sus facultades administrativas en caso de que los frailes no acepten su decisión, finalmente impone la paz a una organización monástica que, a pesar de sus frecuentes pleitos de familia, le resulta muy útil a causa de sus actividades e bien de la salubridad pública”. MARGANDANT, Guillermo Floris. *Carlos III y la iglesia novohispana. En Poder y presión fiscal en la América Española (Siglos XVI. XVII y XVIII). VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Instituto de Cooperación Iberoamericana / Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid. Casa-Museo de Colón SAUV, Valladolid, 1986. pp. 27.*

“La doctrina del Regio Vicariato consiste en afirmar que las facultades reales eran ya tantas en materia de dirección de la Iglesia indiana, que ya no podían ampararse bajo la denominación de derecho de patronato (...) El vicariato es un desarrollo abusivo del patronato que consiste en un poder disciplinar sobre la iglesia indiana que poseen los reyes por delegación de la Santa Sede<sup>125</sup>”

Para graficar la tónica de la propiedad eclesial en la colonia, utilizaremos dos ejemplos prácticos de adquisición de propiedades en la zona por parte de órdenes religiosas documentadas por Olazábal<sup>126</sup>. La presencia de las órdenes religiosas en el valle de Ollantaytambo y en las zonas contiguas tuvo lugar durante las primeras décadas de la colonia, a pesar de que la zona era aún peligrosa para los conquistadores. Entre las órdenes pioneras, estaba aquella de las monjas del Monasterio de Santa Clara, de 1550, que se considera la primera institución religiosa femenina de la ciudad del Cusco que recibía a mestizas y que fue definitivamente reconocida en el año 1560 por Real Cédula de Felipe II.

El año 1559 la orden, adquiere inmuebles rústicos cercanos a Ollantaytambo cedidos por los caciques de la localidad, que cedieron los bienes para zanjar un litigio con Jerónimo de Costilla; en vista de que en el futuro, el mismo ejercería el patronato de la casa religiosa que estaba por fundarse.

Para 1572, el monasterio de Santa Clara gozaba de los tributos que pagaban los indios de Ollantaytambo que se hallaban por entonces sin encomendero, pues los Arias Maldonado habían sido temporalmente despojados de ella tras un complot contra la corona española en 1567, por lo que el virrey Francisco Toledo al observar este ilícito ordeno que se pusieran en la corona los indios de Ollantaytambo, este hecho hizo que las Clarisas reclamaran pues el quitarles estos tributos y sobre todo la mano de obra gratuita que obtenían de los indios les sería perjudicial a ellas en la conducción de las tierras que tenían en este valle.

---

<sup>125</sup> CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 343.

<sup>126</sup> OLAZABAL, Yeni. Inédito *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'gente*. Proyecto de investigación. DRCC, Cusco, 2009. s/f.

Igualmente, el año 1690, se produce la llegada al Cusco los religiosos de la orden Betlemita<sup>127</sup>, promovidos por el gobernador episcopal don Manuel de Mollinedo y Angulo, XIV° Obispo del Cusco (1673-1699).

Fundaron un hospital Betlemita en el Cusco, para cuyo efecto el Obispo les hizo entrega de varias propiedades entre ellas el hospital de naturales de la ciudad, en donde edificaron el convento – hospital de Nuestra Señora de la Almudena.

Esta orden, estaba prohibida de adquirir bienes y/o rentas en virtud a la Escritura de Concordia firmada en 1696 entre el fiscal del consejo de Indias y fray Rodrigo de la Cruz, en vista que no eran los fines, ni objetivo de su creación. Estos derechos recién fueron concedidos en el año 1721 sin embargo, al momento de la mencionada autorización la orden ya se había hecho con varias propiedades mediante donaciones trueque y hasta por compraventa. Uno de los bienes de propiedad de esta orden, obtenidos por vía donación, fue la hacienda Silke, el año 1711, misma que incluía todos los bienes adquiridos por el sacerdote, junto a las tierras, casas, animales y un millón de pesos.

#### **1.3.4.3. Derecho de Propiedad, contratos y autonomía de la voluntad en el Derecho Indiano.**

En lo relacionado con la legislación contractual, el principio tuvo una decidida continuidad con el *ius commune*, hecho demostrable, puesto que en atención a éste se resolvió a favor de la Corona castellana, el debate sobre la propiedad de los nuevos territorios, atendiendo a los justos títulos de ocupación y descubrimiento confirmados por el pontificado de Alejandro VI. Igualmente es el *ius commune*, el que ayuda a despejar la duda sobre cuál

---

<sup>127</sup> Congregación religiosa de doctrina cristiana, que se fundó, con la finalidad de prestar servicio médico a los sacerdotes ancianos, enfermos, desamparados. Creando para tal fin hospitales-convento y proseguir con el proceso de evangelización. Esta orden se origino en Guatemala el año de 1653, por iniciativa de Pedro Joseph Bethancourt, quien hasta 1652, había vestido el hábito religioso de la orden de Belén, la denominación de orden Betlemita se debía a que la mayoría de sus integrantes habían sido de la orden de Belén.

derecho es el aplicable en las nuevas tierras como apunta Barrientos<sup>128</sup>, “era *communis opinio* que los habitantes de aquel territorio que era ocupado y accedía a otro, pasaban a regirse por el derecho del rey o pueblo que había realizado la ocupación”.

En el derecho castellano, como en el resto de legislaciones de occidente, es reconocida, la evolución de “una actitud reverencial respecto del cultivo de las formas en la materialización del acuerdo oral como fuente obligacional a una situación de progresiva consolidación de la autonomía de la voluntad<sup>129</sup>” y en el caso específico de la aplicación del derecho en las Indias tuvo que adecuarse, con la infinita posibilidad de hechos jurídicos imprevistos hasta el momento,

“la complejidad político-social de las Indias motivará que, por ejemplo, se limite la posibilidad de contratar por estar ejerciendo un oficio público, que se limite la capacidad del indio bien para evitarle abusos bien para imponerle una relación de trabajo o que se prohíban las ventas y donaciones de indios cuando estaba declarada su libertad<sup>130</sup>”.

Si bien es cierto, la libertad contractual del voluntarismo ya se veía asomar débilmente en la legislación indiana, tuvo muchas excepciones y desvíos en función de objetivos más importantes para la Corona que la libertad de contratación, como la cristianización y europeización de los indígenas y su consecuente ingreso al mundo productivo y de pago de impuestos.

“El ordenamiento vigente en Indias va a presentar unos concretos supuestos en los que intervino la administración por motivaciones morales y de bien común, tales son los relacionados con la tasación de jornales en los contratos de alquiler o arrendamiento de servicio a través de los cuales el indio se comprometía a proporcionar su fuerza de trabajo bien en la casa, bien en la propiedad agraria o para la

---

<sup>128</sup> BARRIENTOS, Javier. *Historia del derecho Indiano. Del descubrimiento indiano a la codificación*. Il cigno Galileo Galilei, Roma, 2000. pp. 95.

<sup>129</sup> DIAZ, Carlos *et alri*. *Obligaciones y contratos*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 351.

<sup>130</sup> DIAZ, Carlos *et alri*. *Obligaciones y contratos*. *Op. Cit.* pp. 352.

construcción o en las minas incluso<sup>131</sup>”

Esta legislación estaba caracterizada porque la libertad de contratación se condicionaba al bien común en lo referido a las transacciones mercantiles, pudiendo verse esto en el control de precios, impuesto por la autoridad del cabildo, Limitaciones a la libertad de contratar aparecen igualmente en el hecho de considerar a los indios incapaces en ciertas circunstancias y para ciertos actos jurídicos relevantes como para vender inmuebles a españoles, hecho que llega a requerir la presencia de un oidor. La legislación que descalificaba al indio como sujeto pleno de derecho en una relación contractual, necesitando de una aprobación ulterior para contratar, era resultado de una política destinada a la protección de su economía, junto a otras disposiciones como la de garantizar el acceso irrestricto al Mercado, o su derecho a deshacer una venta, exigiendo la restitución del bien.

“Debe tenerse presente que todo el cuadro institucional y contractual del Derecho Castellano, receptor del Derecho Común, se proyectó sobre Indias, siendo de notar que en algún caso, como en relación con las restituciones a los indios la donación, hubo contratos que alcanzaron un gran desarrollo y, desde luego, siempre bajo una concepción voluntarista, consagrada para la historia jurídica castellana, y en consecuencia indiana, por la Ley única del título XVI del Ordenamiento de 1348, matizados por los principios, orientadores en cuanto a sus fines, de su subordinación a los criterios del bien común y de su acomodo a la ética y a la moral<sup>132</sup>”.

### **1.3.5. Protección castellana del Patrimonio Cultural.**

Desde una perspectiva histórica, hemos considerado, que el Patrimonio Cultural es un concepto bastante antiguo, que se expresa legislativamente desde la ideología dominante en el Estado, así Barrero Rodríguez <sup>133</sup>,

---

<sup>131</sup> DIAZ, Carlos *et alri. Obligaciones y contratos. Op. Cit.* pp. 354.

<sup>132</sup> DIAZ, Carlos *et alri. Obligaciones y contratos. Op. Cit.* pp. 356.

<sup>133</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico.* Thomson - Civitas, Madrid, 1990. pp. 32.

establece como fecha inicial de la normativa de protección de los bienes que pertenecen al Patrimonio Cultural en España (aún regente de las colonias en América), al siglo XVIII, por la creación de la Academia de la Historia y por las normas dictadas en la época destinadas a protegerlo. La Real orden de Carlos III de 3 de Octubre de 1777 obligaba a los magistrados y a los ayuntamientos a elevar en consulta cualquier proyecto de construcción o diseño de toda obra pública a la Academia de la Historia que -después se llamó San Fernando en honor a su fundador- para que ésta se pronuncie y corrija cualquier error de contextualización o construcción que se presentase. La circular de 25 de noviembre del mismo año, que en el mismo sentido y relacionada con los bienes de la Iglesia, establecía a la jerarquía eclesiástica el deber de presentar ante San Fernando, cualquier proyecto de construcción que planeara hacer sobre los bienes bajo su dominio, para evaluar su pertinencia artística.

En este mismo sentido, dentro de la *Novísima Recopilación*, en una Cédula de Carlos IV del año 1803, se describe lo que Barrero<sup>134</sup> llamaría “la primera disposición que establece en nuestra historia normativa un concepto de monumento<sup>135</sup>”, notándose que, la definición de Patrimonio Mundial de la UNESCO de la actualidad, no es muy diferente, por lo menos en cuanto a técnica legislativa.

Igualmente, existía una normativa especializada para los bienes de interés cultural de propiedad de la iglesia católica, por ser la propietaria de la mayoría de bienes de este tipo. Dicha legislación, tenía su norma básica en

---

<sup>134</sup> BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 32

<sup>135</sup> “Por monumentos antiguos se deben entender las estatuas, bustos y bajorrelieves, de cualesquiera materia que sea, templos, sepulcros, teatros, anfiteatros, circos, naumaquias, palestras, baños, calzadas, acueductos, lápidas o inscripciones, mosaicos, monedas de cualquier clase, camafeos, trozos de arquitectura, columnas miliarias, instrumentos músicos, como sistros, liras, crótalos; sagrados, como preferículos, simpulos, lituos; cuchillos sacrificatorios, segures aspersorios, vasos, trípodes; armas de todas especies, como arcos, flechas, glandes, carcaxes, escudos; civiles como balanzas y sus pesas, romanas, relojes, solares o maquinales, armillas, collares, coronas, anillos, sellos; toda suerte de utensilios, instrumentos de artes liberales y mecánicas; y finalmente cualesquiera cosas aún desconocidas, reputadas por antiguas, ya sean púnicas, romanas, cristianas, ya godas, árabes y de la baja edad” (Ley III, título XX del Libro VIII). Tomado de, BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 32

la Ley V, Título II, Libro I de la *Novísima Recopilación*, que como ya hemos mencionado, obligaba al personal eclesiástico encargado a presentar ante la autoridad administrativa correspondiente.

Debe quedar claro, que la protección al Patrimonio Cultural y/o Patrimonio Histórico Artístico prehispánico durante la dominación española en América, fue nula, la referencia que solía hacerse de ellos era *cosas de indios y gentiles*, que básicamente se consideraban como fuentes de donde eventualmente podía extraerse oro, plata o alguno que otro mineral precioso, es decir, no tenían valor alguno como obras de arte o manifestaciones culturales y en la mayoría de los casos estuvieron sometidas a procesos de los extirpadores de idolatrías que contribuyeron, a su destrucción sistemática y organizada. Sin embargo y a manera de excepción, citaremos a Ávalos de Matos y Ravines<sup>136</sup> que ofrecen una perspectiva importante,

“(los) antecedentes más antiguos, relativos a la protección de los monumentos arqueológicos del Perú, históricamente se retrotraen al siglo XVI y tienen como fundamento el concepto de propiedad (*ius quiritium*) de los yacimientos, tesoros y huacas que estableció la corona española en su afán de percibir el quinto real. Carlos V aconsejaba, hacia 1541, que se cuidara de ellos *porque a Nos pertenecen* y en las ordenanzas de Toledo, dadas en La Plata (hoy Sucre), en 1574, encontramos precisadas las condiciones a que debían someterse quienes *buscaren o descubrieren tesoros en enterramientos, sepulturas, guacas cúes o templos de indios*<sup>137</sup>. Pese a que estas ordenanzas tenían otro fin, su espíritu estableció un límite al derecho de propiedad privada.

---

<sup>136</sup> ÁVALOS DE MATOS Rosalía *et alri*. *Las antigüedades peruanas y su protección legal*. En Revista del Museo Nacional tomo XL. INC, Lima, 1974. pp. 363.

<sup>137</sup> Ordenanzas del Perú (...) Recogidas y coordinadas por el Lic. D. Thomas de Ballesteros. Tomo I Libro III (Ordenanzas de minas), título quinze, págs. 296-298. Lima 1752. Imprenta de Francisco Sobrino y Bados.



## 1.4. Propiedad de Machupicchu durante la república.

### 1.4.1. Fin del Derecho Indiano y transición.

Inspirada por el enciclopedismo, el liberalismo y las revoluciones burguesas de los Estados Unidos de América y Francia, América Latina inició una serie de guerras emancipadoras que culminaron con el nacimiento de varias repúblicas jóvenes, entre ellas el Perú. La independencia peruana fue particularmente importante en la historia de la construcción de las independencias de las otras naciones, debido precisamente a que era uno de los bastiones más fuertes de la monarquía española en América, la independencia americana no estaría en modo alguno consolidada mientras Perú no culminase su proceso emancipador y revolucionario, hecho que si bien es cierto, fue proclamado por el general José de San Martín el 28 de julio de 1821, fue consolidado jurídica y políticamente años después.

La primera consideración que hay que hacer al respecto, es que la fase inicial de la legislación peruana es precisamente la fase final del derecho indiano,

“Se trata de la última fase del derecho indiano. En términos generales, ella principia con la independencia o muchas veces con el comienzo del movimiento que condujo a la independencia. A partir de entonces, el derecho indiano sufre una serie de transformaciones, pero sigue vigente. La nueva legislación se limita a superponerse al derecho indiano, que en lo demás se mantiene inalterado. Esta situación se prolonga hasta la codificación. Sólo con ella puede decirse que se pone fin a la vigencia del derecho indiano, porque entonces se lo reemplazó por el derecho codificado<sup>138</sup>”.

Desde esta perspectiva, es importante, señalar que la **Constitución de Cádiz de 1812**, anterior a la independencia peruana, ya muestra una protección a la propiedad privada bastante potente<sup>139</sup> inspirada en las

---

<sup>138</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. *El derecho indiano después de la independencia en América española: legislación y doctrina jurídica*. En Historia vol. 19. U.C. Santiago de Chile, 1984. pp. 6.

<sup>139</sup> Artículo 4º.- La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la

revoluciones liberales que la antecedieron. La primera Constitución peruana fue sancionada en el año 1823 y aunque no hemos podido registrar movimiento de propiedad de Machupicchu demostrable durante su vigencia, consideramos importante señalar que el derecho de propiedad individual se protegía en el capítulo 5º artículo 193º, mientras el 194º señalaba que “todos los peruanos pueden reclamar el uso y ejercicio de estos derechos y es un deber de las autoridades respetarlos y hacerlos guardar *religiosamente* por todos los medios que estén en las atribuciones de cada una de ellas”.

**La Constitución Política de la República Peruana Sancionada por el Primer Congreso Constituyente, del 12 de Noviembre de 1823**, trata la propiedad, desde una perspectiva bastante romanista, constituyéndola como un derecho poder. Un derecho, porque era requisito *sine qua non*, para ser considerado ciudadano peruano y también, evidentemente, para participar en la vida política nacional, como elector o asumiendo cargos políticos de representación. El derecho de los propietarios estuvo reconocido, como un derecho social e individual de los ciudadanos peruanos. Reconociéndose desde entonces, el derecho a la propiedad intelectual<sup>140</sup>.

---

componen.

Artículo 172º.- Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes:

(...) Décima: No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y sin en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida ella; y sin en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio á bien vista de hombres buenos. (...)

Artículo 173º.- El Rey en su advenimiento al trono, y si fuere menos, cuando entre á gobernar el reino, prestará juramento ante las Cortes bajo la formulación siguiente: N. (aquí su nombre) por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, juro por Dios y por los santos evangelios que defenderé y conservaré la religión católica, apostólica, romana, sin permitir otra alguna en el reino: que guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía española, no mirando en cuanto hiciere sino el bien y provecho de ella; que no enajenaré, cederé ni desmembraré parte alguna del reino: que no exigiré jamás cantidad alguna de frutos, dinero ni otra cosa, sino las que hubieren decretado las Cortes: que no tomaré jamás á nadie su propiedad, y que respetaré sobre todo la libertad política de la Nación y la personal de cada individuo; y si en lo que he jurado, ó parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor. Así Dios me ayude y sea en mi defensa, y si no, me lo demande".

<sup>140</sup> Artículo 17º.- Para ser ciudadano es necesario: (...)

### 1.4.2. Legislación peruana referida a la propiedad durante el proceso codificador.

La Constitución Política Peruana de 1826 (1 de julio de 1826), tiene un corte un poco más liberal burgués en lo referente a la propiedad, incluso, el artículo 142º, ofrece una especie de original paráfrasis del conocido lema de la revolución francesa, *liberté, égalité, fraternité*. Presenta la protección a la propiedad. Como en la revolución francesa y comouna protección del ciudadano frente al poder constituido, incluyéndola entre las restricciones al presidente de la República<sup>141</sup>.

---

4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero.

Artículo 34º.- Para ser elector parroquial se exige: (...)

3. - Tener una propiedad que produzca trescientos pesos cuando menos, o ejercer cualquiera arte, u oficio, o estar ocupado en alguna industria útil que los rinda anualmente, o ser profesor público de alguna ciencia.

Artículo 92º.- Para ser Senador se requiere: (...)

4.- Tener una propiedad que exceda el valor de diez mil pesos en bienes raíces, o el goce o renta de dos mil pesos anuales, o el ser profesor público de alguna ciencia.

Artículo 182º.- La Constitución garantiza este derecho: (...)

5.- Por la inviolabilidad de las propiedades intelectuales.

Artículo 193º.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables: (...)

3.- La propiedad

<sup>141</sup> Artículo 84º.- Son restricciones del Presidente de la República:

3.- No podrá privar a ningún individuo de su propiedad, sino en el caso que el interés público lo exija con urgencia, pero deberá preceder una justa indemnización al propietario.

Artículo 142º.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución.

Artículo 147º.- Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios y las vinculaciones; y son enagenables todas las propiedades, aunque pertenezcan a obras pías, a religiones o a otros objetos.

**La Constitución Política de la República Peruana 1828** del 18 de marzo de 1828 sigue la línea de la de 1823 en cuanto a protección y definición de la propiedad, declarándola inviolable y constituyéndola en la barrera que separaba a los ciudadanos peruanos. De los habitantes de segunda categoría que por lo general eran los miembros de etnias no descendientes de europeos. Es importante nombrar también la liberalización de los mercados, que durante la colonia se hallaban bajo el monopolio castellano y la movilización de las tierras como mercancía<sup>142</sup>.

---

Artículo 149°.- Todo inventor tendrá la propiedad de sus descubrimientos y de sus producciones. La ley le asegurará un privilegio exclusivo temporal, o resarcimiento de la pérdida que tenga en el caso de publicarlo.

<sup>142</sup> Artículo 13°.- Por cada doscientos individuos de la parroquia se elegirá un elector parroquial que tenga las calidades: (...)

3.- Tener una propiedad raíz, o un capital que produzca trescientos pesos al año, o ser maestro de algún arte u oficio, o profesor de alguna ciencia.

Artículo 19°.- Para ser Diputado se requiere: (...)

3.- Tener una propiedad raíz, que rinda quinientos pesos de producto líquido al año, o un capital que los produzca anualmente, o una renta igual, o ser profesor público de alguna ciencia.

Artículo 29°.- Para ser Senador se requiere: (...)

3.- Tener una propiedad territorial que rinda mil pesos de producto líquido al año, o un capital que produzca anualmente un mil pesos, o una renta de igual cantidad, o ser profesor público de alguna ciencia.

Artículo 149°.- La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos en la forma que sigue.

Artículo 160°.- La Constitución no reconoce empleos ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto que pertenezcan. La ley determinará el modo y forma de hacer estas enajenaciones.

Artículo. 165°.- Es inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público, legalmente reconocido, exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor.

Artículo 167°.- Los que inventen, mejores o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones: la ley les asegura la patente respectiva, o el *resarcimiento* por la pérdida que experimente en el caso de publicarlos.

## La Constitución Política de la República Peruana

dada por la

**Convención Nacional** el día 10 de Junio de 1834, siguiendo la línea de la mayoría de sus antecesoras, incluye como primera referencia a la propiedad, no su protección o su defensa, sino su *status*, de requisito básico para acceder a la vida política en el país, resaltándose el reconocimiento de la propiedad intelectual como resultado de la inventiva<sup>143</sup>.

## Las Constituciones del Estado Nor - Peruano<sup>144</sup> y Estado Sud - Peruano<sup>145</sup> de 1836, y el Decreto del 28 de Octubre de 1836<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Artículo 19°.- Para ser Diputado se requiere: (...)

3.- Tener una propiedad raíz que rinda quinientos pesos de producto líquido al año, o ser profesor público de alguna ciencia en actual ejercicio.

Artículo 20°.- Los hijos de padre peruano, o madre peruana, no nacidos en el Perú, además de diez años de domicilio en la provincia que los elige, deben tener una propiedad raíz del valor de doce mil pesos, excepto, los que hubiesen nacido de padres ausentes en servicio de la República, con tal que tengan las tres primeras calidades del artículo anterior y siete años de domicilio en la provincia.

Artículo 30°.- Para ser Senador se requiere: (...)

3.- Tener propiedad raíz que rinda mil pesos de producto líquido al año, o un capital que produzca anualmente un mil pesos, o una renta de igual cantidad, o ser profesor público de alguna ciencia en actual ejercicio.

Artículo 161°.- Es inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público legalmente reconocido exigiere que se tome la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor.

Artículo 163°.- Los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones; la ley les asegura la patente respectiva o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de obligarles a que los publiquen.

Artículo 170°.- No se reconocen empleo ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto que pertenezcan. La ley determina el modo y forma de hacer estas enajenaciones.

<sup>144</sup> Artículo 1°.- Los departamentos de Amazonas, Junín, Libertad y Lima, se rigen y constituyen en un estado libre é independiente, que se denominará ESTADO NOR-PERUANO confederado con los del Sud y Bolivia, bajo la forma de gobierno popular representativo.

<sup>145</sup> Artículo 1°.- Los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cuzco y Puno se erigen y constituyen en un estado libre e independiente bajo la denominación de Estado Sud-Peruano, adoptando para su gobierno la forma popular representativa.

<sup>146</sup> Artículo 1°.- Queda establecida la Confederación Perú-Boliviana, compuesta del Estado

(Establecimiento de la Confederación Perú - Boliviana), se limitan a sendas declaraciones de sus respectivas independencias a diferencia de la **Ley Fundamental de la Confederación Perú - Boliviana**<sup>147</sup> de 1837, que menciona a la propiedad como requisito para participar en la vida política.

**La Constitución Política de la República Peruana Dada por el Congreso General** el día 10 de noviembre de 1839 en Huancayo, no se caracteriza precisamente por su originalidad en cuanto al tratamiento de la propiedad. Igual que casi todas sus antecesoras, establece a la propiedad como un poder. Que otorgaba la ciudadanía plena a sus detentadores. Asimismo, casi equipara la propiedad a la ciudadanía, otorgándole a los propietarios extranjeros, todos los derechos y obligaciones de la ciudadanía peruana. Una característica remarcable es que autoriza a defender el derecho de propiedad, entre otros, con las armas<sup>148</sup>.

---

Nor-Peruano, del Estado Sud-Peruano y de la República de Bolivia.

<sup>147</sup> Artículo 11°.- Para ser elector de departamento se requiere: (···)

3. Ser propietario territorial, ó ejercer cualquiera industria, teniendo en ambos casos el capital de tres mil pesos al menos.

<sup>148</sup> Artículo 135°.- Para ser Prefecto se requiere: (···)

3. Tener propiedad raíz que produzca quinientos pesos al año.

Artículo 136°.- Para ser Subprefecto se requiere: (···)

3. Tener una propiedad raíz que produzca trescientos pesos al año.

Artículo 163°.- La Constitución no conoce empleos, ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables.

Artículo 167°.- es inviolable el derecho de propiedad; si el bien público legalmente reconocido exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor.

Artículo 168°.- Ningún extranjero podrá adquirir por ningún título propiedad territorial en la República, sin quedar por este hecho sujeto a las obligaciones de ciudadano, cuyos derechos gozará al mismo tiempo.

Artículo 170°.- Los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones; la ley les asegura la patente respectiva o el *rezarcimiento* por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlo.

La primera norma del Patrimonio Cultural de la República, es el Decreto Supremo Nro. 89, del 2 de abril de 1822,

“es sin duda alguna el fundamento de toda la posterior legislación peruana referente a la protección y conservación de los monumentos arqueológicos e históricos. A partir de él, las sucesivas leyes y disposiciones, aunque mantienen el mismo espíritu, reflejan, sin embargo, las particulares preocupaciones de cada época<sup>149</sup>”.

esta normativa, está principalmente orientada a regular la posesión y exploración de bienes materiales inmuebles sancionando a aquellas personas que violen la prohibición de “extracción de piedras minerales, obras antiguas de alfarería, tejidos y demás objetos que se encuentren en las huacas sin expresa y especial licencia del gobierno, dada con alguna utilidad pública”. El principal valor de este Decreto Supremo, se encuentra en la fijación de un derrotero, que serviría en el futuro para la formación de una conciencia de pasado y de Cultura Humana a la manera hegeliana<sup>150</sup> como resultado de lucha y oposición, entre amo y esclavo; en contraposición de la postura teológica y oscurantista que significa toda monarquía, más aún con las características absolutistas de entonces. Esta norma fue ratificada en oficio Nro. 436° del 26 de septiembre de 1837, que conminaba al ministro de Hacienda avocarse a hacer cumplir dicha norma, por encontrarse vigente y por ser grande el peligro que corrían los objetos que protegía.

Habremos de mencionar también el Decreto Supremo Nro. 433 del 3 de junio de 1836 que ordena a crear *con el decoro posible en el local del Espíritu Santo, el Museo de Historia Natural, de las mismas antigüedades indígenas y otras preciosidades*. Dicha norma se reglamentó mediante decreto Supremo Nro. 556° del 1 de marzo de 1841 que inaugura la participación directa del

---

Artículo 174°.- Garantiza también la instrucción primaria gratuita a todos los ciudadanos, la de los establecimientos en que se enseñen las ciencias, literatura y artes, la inviolabilidad de las propiedades intelectuales, y los establecimientos de piedad y de beneficencia.

Artículo 175°.- La propiedad de los derechos políticos y civiles de los ciudadanos, exige de la sociedad el deber de concurrir el sostén de esa protección por medio de las armas, y de las contribuciones, en razón de sus fuerzas y de sus bienes.

<sup>149</sup> ÁVALOS DE MATOS Rosalía *et alri*. *Las antigüedades peruanas y su protección legal*. *Op. Cit.* pp. 363.

<sup>150</sup> KOJÈVE, Alexandre. *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*. La Pléyade, Buenos Aires, 1982. pp. 90.

Estado en la protección del Patrimonio Cultural más allá de las prohibiciones y con el concurso de un presupuesto con cargo al erario nacional.

Con especial atención mencionamos, comunicaciones, del Prefecto de La Libertad al Subprefecto de la Provincia de Cajamarca del 12 de agosto de 1841 y del Prefecto de Junín al Subprefecto de Jauja del 24 de julio de 1845, ambos documentos recopilados por Avalos de Matos y Ravines<sup>151</sup>, contienen la peculiaridad de representar, sobre todo el primero, la primera mención a Patrimonio Cultural en nuestra legislación, claro está, que dicha mención es tácita, pero resulta históricamente trascendente al señalar: *con esta ocasión diré a Ud. Que cuide muy personalmente se conserve la casa de baños (Baños del Inca – Cajamarca) de esa ciudad que debe considerarse como un antiguo monumento que a más de sernos tan grato por mil motivos (se puede decir que es) el único recreo de esa población (...)* texto que nos muestra el interés de proteger el Patrimonio Cultural de la localidad, además de el Patrimonio Histórico, desde la perspectiva contemporánea que dice nos señala que lo realmente valioso es aquello que promueve la cohesión humana a partir de la identificación con la tradición y la comunidad, que diferencia el Patrimonio Cultural de la protección de lo simplemente antiguo. Toda esta legislación fue históricamente generada antes de la publicación de las investigaciones que hiciera Hiram Bingham, financiado por la Universidad de Yale y la *National Geographic Society*, es decir, antes de que el Perú se convierta en un país de primer orden en la generación y estudio del Patrimonio Cultural a nivel mundial.

#### **1.4.3. El Código Civil peruano de 1852.**

El primer Código Civil Peruano es del año 1852, muy posterior a la primera constitución, hecho que es atendible dadas las circunstancias de construcción legislativa de la naciente República Peruana, sin embargo, una figura jurídica trascendental puede ayudarnos a comprender la visión jurídica de la época sus alcances y desafíos, nos referimos a Manuel Lorenzo de

---

<sup>151</sup>ÁVALOS DE MATOS, Rosalía *et alri*. *Las antigüedades peruanas y su protección legal*. *Op. Cit.* pp.380.



Vidaurre autor del primer proyecto de Código Civil. Vidaurre, doctor en derecho civil y canónico, simpatizante de la monarquía al inicio de su vida, para devenir en republicano trascendental, lector confeso de literatura prohibida antimonárquica y anticlerical y católico con fervor de converso al final de su vida, resulta figura clave para comprender desde una perspectiva humana, las contradicciones y retos con los que nació la República Peruana inició su vida, entre el catolicismo oficial y el laicismo, entre la imposibilidad de acercamiento a lo precolombino y la voluntad de alejamiento de lo español aunque con los valores hispanos como inspiración moral compartida.

El de Vidaurre, resulta uno de los pensamientos más potentes en el universo doctrinal peruano, fue autor de proyectos de código civil, comercial, canónico y penal, “ciertamente sin el mismo criterio sistemático, sin la misma racionalidad legislativa de sus pares latinoamericanos, como Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sársfield, pero sí con el mismo entusiasmo por la codificación y con una rica cultura humanística que no sufre con la comparación<sup>152</sup>”. La característica más resaltante en Vidaurre, que reflejaba el pensamiento liberal de la época, era su convicción de movilizar el derecho de propiedad “es un entusiasta adversario de la vinculación<sup>153</sup> y la amortización que pesaban sobre la propiedad colonial<sup>154</sup>”, siendo el código que redactó, innovador respecto del abolido sistema de propiedad colonial que resultaba perjudicial para el desarrollo de una sociedad precapitalista, “la prohibición de disponer de la propiedad reducía los estímulos para la mejoría de los cultivos en el campo. Por otro lado, la vinculación de la propiedad producía una suerte de inmovilidad entre las clases sociales, acentuaba la igualdad, fomentaba un clima de resignada inercia y de general falta de iniciativa económica<sup>155</sup>. Vidaurre, encarna el pensamiento de los mas sensatos en la naciente República Peruana, se

---

<sup>152</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX*. Tomo I. PUCP, Lima, 2003. pp. 170.

<sup>153</sup> Por la amortización de tierras se impedía que las tierras se pudiesen vender, desmembrar o alquilar. La explotación de las tierras era extensiva y fuera del mercado capitalista. El siglo XIX, con el liberalismo, dará inicio a la desamortización, o paso de la propiedad institucional a propiedad privada. (Nota del Autor)

<sup>154</sup> RAMOS NÚÑEZ. *Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX*. Op. Cit. pp. 274.

<sup>155</sup> RAMOS NÚÑEZ. *Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX*. Op. Cit. pp. 274.

pronuncia a favor de la libre circulación de bienes en un folleto rescatado por Ramos<sup>156</sup> estableciendo que “el derecho Real de las cosas es continuado o transferido de un hombre a otro.”

La primera venta registrada de las zonas que nos interesan, se encuentra enclavada en la confusa época transicional, cuando Pedro Antonio Ochoa enajena en virtud de contrato de compraventa a favor de Jacinto Alegría, frente a escribano público Julián Rodríguez, por la cantidad de trescientos pesos como podemos ver:

“Venta de don Pedro Antonio Ochoa, vecino de esta ciudad, a favor de don Jacinto Alegría, vecino del pueblo de Ollantaytambo, de unas tierras nombradas Masocucho, Paccaymayo, Carmenga, Masocacca, Piccho, Macho Piccho, Guanapiccho y otros nombres en la cantidad de trescientos pesos de contado.

En la ciudad del Cusco, a los veinte días del mes de Diciembre de mil ochocientos cuarenta y nueve años, ante mí el escribano público y testigos pareció presente don Pedro Antonio Ochoa, vecino de esta ciudad, a quien conozco, de que doy fe y digo: Que por cuanto tiene y posee por suyas propias unas tierras nombradas Masocucho, Paccaymayo, Carmenga, Masocacca, Piccho, Machopiccho, Guainapiccho y otros nombres, que están río abajo hasta el encuentro de los ríos grandes de Amaybamba y Villcamayo, en la comprensión de la Doctrina de Ollantaytambo, Provincia de Urubamba, las mismas que heredó de su finado padre don Antonio Ochoa por su testamento otorgado ante el escribano público que fue de esta ciudad don Eugenio del Mar ya finado, bajo de cuya disposición falleció el año mil ochocientos treinta y ocho: las cuales tierras, bajo los linderos contenidos en los instrumentos de su propiedad ha deliberado vender a don Jacinto Alegría vecino de la

---

<sup>156</sup> Vidaurre. Alegación jurisdiccional por parte de doña Mariana De la Puente Carrillo de Albornós, pidiendo que se declare tener la posesión civil de todos los bienes que quedaron por fallecimiento de doña María Josefa Carrillo de Albornós, a quien si murió ab intestado, heredó su tío don Juan Carrillo De Albornós hermano entero de su padre y a éste por testamento su sobrina doña Mariana, revocándose el auto detentatorio, que consignó por sorpresa don Jaime Thorne, con la representación del General don Domingo Orué y Quiñones, pp. 15. En RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX. Op. Cit.* pp. 275.

indicada Doctrina de Ollantaytambo en la cantidad de trecientos pesos de contado, que los ha recibido en dinero a su entera satisfacción, habiendo entregado por su parte los referidos instrumentos de propiedad<sup>157</sup>”.

El Código Civil de la República peruana, del año 1852, definía a la propiedad en su artículo 460º “propiedad o dominio, es el derecho de gozar y disponer las cosas” definición que como bien señala Guevara Pezo<sup>158</sup> reporta como visión apriorística, el hecho de no ser una definición romanística además de ser incompleta porque “omitía por lo menos (un poder) reconocido desde el derecho romano: el de reivindicación”. La reivindicación en sus definiciones clásicas y contemporáneas, promueve la existencia del derecho de propiedad moderno por sí mismo, en el sentido que coadyuva a construir un sistema de defensa jurídica del derecho de propiedad que en su ausencia no es viable, la propiedad en tanto derecho subjetivo únicamente tendrá validez “cuando se contemplen mecanismos de tutela destinado a protegerl(a) del incumplimiento de deberes que de el(la) emanan<sup>159</sup>”. Respecto de la reivindicación, Avendaño<sup>160</sup> señala que la “reivindicación no es propiamente un atributo (de la propiedad), sino el ejercicio de la persecutoriedad que es una facultad de la cual goza el titular de cualquier derecho real” En cualquier caso, podemos entender, que la existencia histórica de este Código y su sanción heterodoxa del derecho de propiedad, es un síntoma irrefutable de la existencia constante, aunque en muy distintas intensidades, de diferentes estatutos propietarios.

Complementariamente, el Artículo 461º de este código establecía que “son efectos del dominio: 1. El derecho que tiene el propietario de usar de la cosa y de hacer suyos los frutos y todo lo accesorio á ella; 2. El de recogerla, si se halla fuera de su poder; 3. El de disponer libremente de ella; 4. El de excluir á otros de la posesión ó uso de la cosa.” Artículo que en un intento de

---

<sup>157</sup> Anexo

<sup>158</sup> GUEVARA PEZO, Víctor. *Propiedad en el Código Civil de 1852*. En GUEVARA, Víctor (dir.). *Instituciones del Derecho Civil Peruano*. Tomo III. UNIFE, Lima, 1996. pp. 1465.

<sup>159</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*. Jurista editores, Lima, 2005, pp. 183

<sup>160</sup> AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. *La propiedad*. En GUTIÉRREZ, Walter (edit.). *Código Civil Comentado Tomo V*. Gaceta Jurídica, Lima 2011. pp. 138.

completar la definición del anterior establece una serie de poderes, innominados previamente y siempre incompletos, del propietario, con el nombre de efectos de la propiedad, como bien apunta Guevara<sup>161</sup> que también señala de manera muy importante para entender la orientación doctrinal e ideológica de este código, el hecho que el artículo 462° toma de manera casi literal el texto del artículo 545° del *Code Napoleon*, estableciendo que “No se puede obligar a ninguno a ceder su propiedad, sino por utilidad pública, legalmente declarada y previa determinación de su justo valor”.

Después de haber mantenido una unidad en manos de la iglesia Silke se divide en diferentes fracciones, cabe resaltar aquí que el intelectual cusqueño José Uriel García da a conocer su hallazgo de un documento público del registro notarial, fechado en 1782 que mencionamos antes, retomándose el rastro registral el año 1890 siendo que en tal fecha se ubica inscripción registral acerca de esta propiedad a favor de los esposos Adeodato Nadal y su cónyuge Genara Suárez quienes adquieren gran parte de la original Silke vía compraventa que es un contrato que según ha señalado Castillo Freyre<sup>162</sup>, ha sido regulado desde los inicios de la legislación positiva peruana. El Código Civil de Santa Cruz de 1836 que tuvo muy breve vigencia en tiempos de la confederación Perú Boliviana establecía en su artículo 1002° que *La venta es un contrato por el que se obliga uno a entregar una cosa y otro a pagarla. Puede celebrarse por Escritura Pública o Privada.* Castillo Freyre<sup>163</sup>, apunta algunos errores en la redacción de este artículo como “señalar que la prestación de una de las partes es *entregar un cosa*, no especificándose si la entrega era en propiedad o sólo en posesión” obligando a remitirse al artículo siguiente que establecía que el comprador adquiriría la propiedad al momento de celebrarse el contrato. De la misma forma se advierten algunas otras atingencias como el hecho que la definición “se refiere a la compra y venta de cosas, con lo cual, podría interpretarse que sólo se refiere a los bienes corporales mas no a los incorporales (...)

---

<sup>161</sup> GUEVARA PEZO. *Propiedad en el Código Civil de 1852. Op. Cit.* pp.1465.

<sup>162</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Contrato de Compra Venta.* En GUEVARA PEZO, Victor (dir.). *Instituciones del Derecho Civil Peruano.* Tomo III. UNIFE, Lima, 1996. pp. 1991.

<sup>163</sup> CASTILLO FREYRE. *Contrato de Compra Venta. Op. Cit.* pp. 1991.

debemos remitirnos al artículo 1025<sup>o</sup>, que se refiere a la tradición de los bienes incorporales <sup>164</sup> ". Al mismo tiempo cabe mencionar que en la mencionada definición legislativa "no se hacía una clara distinción de la compraventa con el contrato de permuta"<sup>165</sup> al no distinguirse si el pago debía realizarse en dinero.

Respecto del Código de Vidaurre, en el Artículo 1<sup>o</sup> Título 17<sup>o</sup> se establece que: *Venta es la traslación de una propiedad por un valor de diferente especie, en que hayan convenido los contratantes.* La definición vidaurriana tiene un cariz diferenciador que como apunta Castillo<sup>166</sup> "se otorga al contrato de compraventa los efectos de transmisión inmediata de la propiedad, por cuanto señala que mediante este contrato, el vendedor transfiere la propiedad al comprador, no señalada asimismo las palabras bien o cosa, con lo cual podemos deducir que se refiere al término más extenso o amplio que consideramos *bien*"

En el primer Código Civil peruano, del año 1852, el artículo 1305 la compra venta se definía como: *La venta es un contrato en que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla. Puede hacerse por Escritura Pública, por privada, por cartas, de palabra, por sí mismo o por medio de apoderado.*

Tomando en cuenta que muchas de las traslaciones de dominio y propiedad de Silke (Machupicchu) tuvieron lugar durante la vigencia de este código, resulta importante apuntar algunos hechos importantes a los que hace referencia Mario Castillo<sup>167</sup>. Esta definición resalta la equivalencia de fuentes ideológicas que inspiran al Código de 1852 y al de la Confederación Peruano Boliviana, coincidiendo igualmente al repetir sus carencias, siendo que en ambas se omite señalar si el traspaso de la propiedad comporta un traspaso propietario o solamente uno de posesión, remitiéndose a artículos complementarios para una debida iluminación. De la misma manera dicho artículo diferencia entre los contratos de compraventa y permuta, regulándolos por separado. "Sin embargo, al definir la compraventa, no hace

---

<sup>164</sup> CASTILLO FREYRE. *Contrato de Compra Venta. Op. Cit.* pp. 1993.

<sup>165</sup> CASTILLO FREYRE. *Contrato de Compra Venta. Op. Cit.* pp. 1993.

<sup>166</sup> CASTILLO FREYRE. *Contrato de Compra Venta. Op. Cit.* pp. 1994.

<sup>167</sup> CASTILLO FREYRE. *Contrato de Compra Venta. Op. Cit.* pp.1994.

la distinción fundamental con el contrato de permuta. Esta distinción se encuentra en el artículo 1311, cuando se señala la palabra *precio*, al referirse a las ventas alternativas<sup>168</sup>”

El año 1896 se inscribe la propiedad a nombre de Genara Suarez y sus cuatro hijos debido a la viudedad de la primera, siendo repartida la hacienda, frente a Notario Público de la ciudad del Cusco Dr. José Romualdo Vega Centeno, entre Ramón, Enriqueta, Alejandro, y Eduardo Nadal Suárez, así como la propia viuda.

Esta propiedad se encuentra inscrita y registrada en tomo primero, folio sesenta, número XVI. Dividiendo y partiéndose una porción de la original Silke, en cinco fracciones o partes sobre un inmueble de aproximadamente cuatrocientas mil hectáreas de extensión; correspondiéndole una fracción de ochenta mil hectáreas a Ramón Nadal Suárez, fracción que nos interesa y donde en la actualidad se asienta el Santuario Histórico de Machupicchu.

A este respecto, apuntaremos brevemente lo señalado por Ferrero<sup>169</sup> en el sentido que históricamente nuestra legislación Civil de tradición Latina se ha abstenido de otorgar absoluta libertad al testador para disponer de sus bienes, motivo por el cual la legítima está reservada a título de propiedad a los herederos forzosos. Es en este sentido que la protección de la ley sobre los herederos forzosos no es igual para todos

“en el artículo 574<sup>o</sup> del código Civil de Santa Cruz se estableció una porción disponible de un quinto de la herencia cuando hubieren descendientes y de un tercio del patrimonio causado cuando concurrieren a la masa hereditaria sólo ascendientes. Ello Significaba reservas de cuatro quintas partes para los descendientes y de dos terceras partes para los ascendientes<sup>170</sup>”.

Las proporciones dispuestas por el Código Civil Peruano de 1852 fueron las mismas “y al parecer dicho criterio no varió sino hasta la elaboración del Proyecto de código Civil de 1890. En efecto, los artículos 841<sup>o</sup> y 842<sup>o</sup> de éste

---

<sup>168</sup> CASTILLO FREYRE. *Contrato de Compra Venta. Op. Cit.* pp.1994.

<sup>169</sup> FERRERO COSTA, Augusto. *Derecho de Sucesiones*. En GUEVARA PEZO, Victor (dir.). *Instituciones del Derecho Civil Peruano*. Tomo III. UNIFE, Lima, 1996. pp. 1283.

<sup>170</sup> FERRERO COSTA. *Derecho de Sucesiones. Op. Cit.* pp. 1283.

ampliaron las proporciones de libre disposición del testador fijándolas en un tercio y en la mitad para las hipótesis en que concurren descendientes y ascendientes, respectivamente. Estas últimas proporciones fueron plasmadas en nuestro (peruano) anterior código de 1936<sup>171</sup>”.

La Constitución de la República Peruana dada el 13 de octubre de 1856, observa un perfil más liberal que su antecedente, va evidenciando la diferencia de trato entre bienes estatales y privados y como gran logro, resaltamos el hecho que se ha abolido el baremo propietario, para conseguir el ejercicio de los derechos políticos<sup>172</sup>.

**La Constitución Política del Perú 10 de Noviembre de 1860**, fortalece la visión burguesa de la propiedad, a pesar de ampliar la parte dedicada a la propiedad no representa ningún aporte especial o novedoso, más que introducir una vez más la propiedad como uno de los modos para acceder a disfrutar derechos políticos<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> FERRERO COSTA. *Derecho de Sucesiones. Op. Cit.* pp. 1287.

<sup>172</sup> Artículo 6°.- En la República no se reconoce privilegios hereditarios, ni fueros personales, ni empleos en propiedad. Tampoco se reconoce vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma que determina las leyes.

Artículo 7°.- Los bienes de propiedad nacional sólo podrán enajenarse para los objetos y en los casos y forma que expresa la ley.

Artículo 25°.- La propiedad es inviolable a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública legalmente probada y previa indemnización justipreciada.

Artículo 26°.- Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano.

Artículo 27°.- La ley asegura a los autores o introductores de invenciones útiles, la propiedad exclusiva de ellas, o la compensación de su valor si convinieron en que se publiquen.

<sup>173</sup> Artículo 6°.- En la República no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios, ni fueros personales. Se prohíben las vinculaciones; y toda propiedad es *enajenable*, en la forma que determinan las leyes.

Artículo 7°.- Los bienes de propiedad nacional sólo podrán *enajenarse* en los casos y la forma que disponga la ley, y para los objetos que ella designe.

Artículo 26°.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

**La Constitución Política del Perú Sancionada por el Congreso Constituyente de 1867**, tampoco resulta especialmente relevante en cuanto a tratamiento de la propiedad se refiere, declara la propiedad un derecho inviolable, aunque debe reconocerse el hecho de no considerar a la propiedad como un requisito para la ciudadanía<sup>174</sup>.

**La Constitución para la República del Perú dictada por la Asamblea Nacional de 1919** y promulgada el 18 de Enero de 1920 resulta revolucionaria, por representar un paso hacia la modernización de la legislación propietaria en el Perú. Declara la propiedad como un derecho inviolable, sin embargo es la primera en declarar también la sujeción del derecho a lo que llama la utilidad pública. Establece la existencia de una serie de límites y limitaciones del derecho de propiedad, igualmente establece restricciones, en función del sujeto propietario, como la prohibición de que los extranjeros adquieran tierras en la proximidad de las fronteras, así como en

---

Artículo 27°.- Los descubrimientos útiles son propiedad exclusiva de sus autores, a menos que voluntariamente convengan en vender el secreto, o que llegue el caso de expropiación forzosa. Los que sean meramente introductores de semejante especie de descubrimientos, gozarán de las mismas ventajas que los autores por el tiempo limitado que se les conceda conforme a la ley.

Artículo 28°.- Todo extranjero podrá adquirir, conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano.

Artículo 38°.- Ejercen el derecho de sufragio, todos los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen alguna propiedad raíz, o pagan al Tesoro Público alguna contribución. El ejercicio de este derecho será arreglado por una ley.

<sup>174</sup> Artículo 5°.-En la República no se reconocen privilegios hereditarios ni fueros personales, ni empleos en propiedad. Se prohíben las vinculaciones, y toda propiedad es *enagenable* en la forma determinada por la ley.

Artículo 6°.-Los bienes de propiedad nacional sólo podrán *enagenarse* en los casos y en la forma que disponga la ley, y para los objetos que ella designe.

Artículo 25°.-La propiedad es inviolable, bien sea material o intelectual.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, probada legalmente, y previa indemnización justipreciada.

Artículo 26°.-Todo extranjero puede adquirir en la República propiedad territorial, conforme a las leyes; quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y e el goce de los derechos de peruano.



función del objeto, claramente en el caso de las minas. Igualmente, es importante mencionar que el artículo 58° prefigura de alguna manera la constitucionalización del Patrimonio Cultural, al ordenar la protección estatal de la cultura prehispánica<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Artículo 38°.- La propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso sea todos como los ríos y caminos públicos. Se prohíbe las vinculaciones, y de toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes. Artículo 39°.- Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso pueden invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones, diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial.

Artículo 40°.- Las ley, por razones de interés nacional, puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición lo situación en el territorio.

Artículo 41°.- Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley.

Artículo 42°.- La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al estado. Sólo concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan.

Artículo 43°.- Los descubrimientos útiles son de propiedad exclusiva de sus autores, a menos que voluntariamente convengan en vender el secreto o que llegue el caso de expropiación forzosa. Los que sean meramente introductores de descubrimientos gozarán de las concesiones que la ley establezca.

Artículo 44°.- El Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente.

Artículo 57°.- En circunstancias extraordinarias de necesidad social se podrá dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que en ningún caso se pueda ordenar la apropiación de bienes sin la debida indemnización.

Artículo 58°.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.

El Decreto Supremo del 27 de abril de 1893 “Sobre verificación de estudios o excavaciones en ruinas de los antiguos monumentos peruanos”, dictado por el gobierno de Remigio Morales Bermúdez, resulta de vital importancia en materia de protección al Patrimonio Cultural. Sostenemos esto, pensando en la parte considerativa de el mencionado cuerpo legal, que expresamente señala *“que es indispensable para la ciencia y la historia nacional los objetos arqueológicos que se descubran en el territorio de la República”* hecho que marca un camino muy constructivo en el reconocimiento de lo que después llamaríamos Patrimonio Cultural al reconocer a nivel legislativo su importancia científica e histórica sacudiéndose del oscurantismo que dominaba la legislación colonial.

En materia propietaria que es la que nos interesa, resulta muy esclarecedor, revisar el Proyecto de Ley sobre la protección de los monumentos antiguos, formulado por el Instituto Histórico del Perú y su mandato que establece *“declárese propiedad del Estado, con todos los objetos que contengan, las huacas, cementerios, ruinas, i en jeneral todos los monumentos arqueológicos de la época anterior a la dominación española en el Perú, a excepción de los que se encuentren en templos o inmuebles particulares (sic)”* continuando en ítem siguiente estableciendo que *“Cuando los monumentos de que se trata en el artículo anterior, constituyan parte de templos o de inmuebles de particulares, todos los objetos arqueológicos que en ellos se encuentren, son propiedad del Estado (sic)”*. La Constitución Política peruana de 1867, vigente al momento, en su artículo 25º establecía que *“La propiedad es inviolable, bien sea material ó intelectual, nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada”*, igualmente, el entonces vigente Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 460º define la propiedad como *“el derecho de gozar y disponer de las cosas”* protegiendo evidentemente al detentador de la exclusividad propietaria estableciendo en el artículo 462º que *“nadie puede obligar a ninguno a ceder su propiedad sino por utilidad pública, legalmente declarada, y previa indemnización de su justo valor.”*

En el año 1905, el heredero de la fracción que nos interesa, Ramón Nadal Suárez realiza sucesivas ventas a favor de los esposos Mariano Ignacio Ferró y su esposa Laureana Vizcarra, quienes luego de sucesivas compra

ventas legitiman su adquisición el 7 de julio de 1910, ante Notario Público de Cusco, José Alosilla, inscribiéndose tal transferencia en el Tomo 48, Folio 133, Número 42, de Registros Públicos de la Propiedad inmueble de la ciudad del Cusco. Tal adquisición se eleva a escritura pública, el 12 de julio de 1922, a la vez que se realiza una escritura de adjudicación y anticipo de legítima que corre en el folio 1610 y vuelta, número 741, protocolo 1, Tomo 2. Por este acto jurídico se realizan adjudicaciones en la condición de anticipos de legítima y son otorgadas por el ya viudo Mariano Ignacio en su calidad de albacea y mandatario de su finada esposa Laureana Vizcarra a favor de sus tres hijos: María Salomé, Tomasa e Ignacio Ferro Vizcarra respectivamente. Siendo que en este acto jurídico de disposición Mariano Ignacio Ferro decide transferir el fundo que adquirió conjuntamente que su esposa a su hija Tomasa quien por la época ya estaba casada con José Emilio Abril Vizcarra. En los primeros años del siglo XX, la preocupación legislativa por la protección del Patrimonio Cultural peruano se fortalece, el debate respecto de la nacionalización de este y las posibilidades de realizarlo se instaura en sede parlamentaria, como señalan Ávalos de Matos y Ravines<sup>176</sup>, en 1912 y posteriormente en 1915, Emilio Gutiérrez de Quintanilla, Director del Museo Nacional, presenta al gobierno dos proyectos de ley<sup>177</sup>, que incorporaban elementos de legislación internacional especializada como la ley francesa de 30 de marzo de 1887, la ley mexicana de 11 de mayo de 1897 y de los decretos supremos peruanos del 27 de abril de 1893 y 19 de agosto de 1911; el año 1917, los senadores González, Eléspuru y paz Soldán presentaron a su Cámara un proyecto de ley que versaba sobre el dominio que debía ejercer el Estado sobre los monumentos históricos, básicamente estaba orientado a limitar el derecho de propiedad, tipificar como delito la destrucción de bienes conformantes del Patrimonio Cultural y finalmente, agregar a la lista de Patrimonio nacional dos monumentos; igualmente el año 1920, los diputados por el Cusco Nadal y Serrano, presentan un proyecto de ley, proponiendo que los terrenos adyacentes a Ollantaytambo se expropian

---

<sup>176</sup>ÁVALOS DE MATOS *et alri*. *Las antigüedades peruanas y su protección legal*. *Op. Cit.* pp. 366.

<sup>177</sup> Anexo

hasta conseguir la liberación del acceso a la fortaleza, igual futuro debía correr la el inmueble donde se encontraba el llamado Baño de la Ñusta con la temible finalidad de convertirla en un albergue para turistas.

En este contexto se promulga el año 1929 la Ley número 6634, que resulta emblemática en la legislación peruana e iberoamericana, además de ser resultado de una serie de antecedentes como los mencionados y de un pensamiento panamericano y mundial que ya empezaba a manifestarse al respecto, como la Cuarta Conferencia del Congreso Científico Internacional Americano (Buenos Aires, 1910) que declaraba que pertenecían al Estado las ruinas y los yacimientos arqueológicos, sugería la creación de una comisión científica nacional encargada de la conservación y el estudio de las mismas, prohibir la explotación clandestina y expropiar aquellas q se hallen en manos privadas, como recomendación especial señalaba que,

“Los permisos para explotar y excavar sólo se otorgarán a instituciones científicas cuando comprueben que no los solicitan con fines comerciales; se consentirá la explotación de los duplicados solamente; todo ejemplar único será conservado en el país de su procedencia; el Estado puede enriquecer a los Museos Nacionales expropiando las colecciones arqueológicas poseídas por particulares<sup>178</sup>”

Esta norma es muy importante en la legislación peruana de Patrimonio Cultural, porque muestra influencias de muchas corrientes de pensamiento innovadoras en la época, como podemos ver en

“los acuerdos del Convenio<sup>179</sup> celebrado entre Alemania y Grecia, el 25 de abril de 1874, con ocasión de las excavaciones arqueológicas que se llevaban a cabo en el reino helénico y que señalaban obligaciones recíprocas. Finalmente, fueron también importantes los considerandos del Decreto Supremo de 19 de agosto de 1911,

---

<sup>178</sup> MORENO, Francisco *et altri*. *Congreso científico internacional americano*. En *Anales de la sociedad científica argentina, Tomo LXX*. Casa editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1910. pp. 7.

<sup>179</sup> El tratado de Olimpia fue un acuerdo firmado el 25 de abril de 1874 entre Alemania y Grecia, acordando trabajar conjuntamente en las excavaciones arqueológicas de Olimpia, y autorizando a Alemania a hacer duplicados de todos los objetos encontrados a cambio de su colaboración, siempre que los expertos consideraran que la copia no dañaría el objeto en cuestión. El tratado acordado tenía un plazo de 10 años.

relativos al dominio del Estado sobre el producto de las excavaciones, a la posible cesión de los objetos duplicados que se extrajeran y a la prohibición de exportar piezas consideradas únicas<sup>180</sup>.

#### 1.4.4. El Código Civil Peruano de 1936.

**La Constitución Política del Perú del 29 de Marzo de 1933** es la constitución que más vigencia ha tenido en la azarosa vida política del Perú republicano. Esta es la primera Constitución que incluye de manera directa el Patrimonio Cultural como responsabilidad del Estado, en su artículo 82°. Igualmente, esta constitución sigue la lógica de su antecedente, estableciendo definiciones, límites y limitaciones de la propiedad, notándose un marcado interés por promover el ejercicio de la propiedad desde la individualidad pero en función de la colectividad, siendo el gran logro, la inclusión a nivel constitucional de la propiedad de las Comunidades indígenas, además, claro está, de su admisión a este nivel normativo<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> AVALOS DE MATOS *et alri. Las antigüedades peruanas y su protección legal. Op. Cit.* pp. 367.

<sup>181</sup> Artículo 29°.- La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

Artículo 31°.- La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan.

Artículo 32°.- Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

Artículo 33°.- No son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos

Artículo 34°.- La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad.

Artículo 35°.- La ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y la transferencia de determinada clase de propiedad, sea por su naturaleza, o por su condición, o por su situación en el territorio.

Artículo 36°.- Dentro de cincuenta kilómetros de la fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas o combustibles, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado

Es importante señalar que en el estudio registral realizado, se puede advertir la presencia de derechos reales de garantía como Hipotecas y Anticresis<sup>182</sup>. Respecto de la hipoteca, el Código Civil de 1852 le dedica los artículos entre el artículo número 2020<sup>o</sup> y el 2059<sup>o</sup> Cárdenas Krenz<sup>183</sup> resalta como primer rasgo resaltante el hecho de que este código inaugura la tradición constitutiva de la hipoteca en la legislación peruana, aunque también este código admite

---

la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.

Artículo 37°.- Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.

Artículo 38°.- El Estado puede, en virtud de una ley, tomar a su cargo o nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes existentes.

Artículo 47°.- El Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, expropiar tierras de dominio privado, especialmente las no explotadas, para subdividirlas o para enajenarlas en las condiciones que fije la ley.

Artículo 49°.- En circunstancias extraordinarias de necesidad social, se puede dictar leyes, o autorizar al Poder Ejecutivo para adopte providencias tendientes a abaratar las subsistencias. En ninguno de estos casos se expropiará bienes sin la debida indemnización.

Artículo 74°.- Las escuelas que funcionen en los centros industriales, agrícolas o mineros, serán sostenidos por los respectivos propietarios o empresas.

Artículo 82°.- Los tesoros arqueológicos, artísticos e históricos están bajo la salvaguarda del Estado.

Artículo 208°.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209°.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Artículo 211°.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.

<sup>182</sup> En anexo podemos ver entre varias otras la hipoteca que consta en la Partida electrónica número 02016781 página 002, mediante la cual Enriqueta Nadal y su cónyuge hipotecan la hacienda principal de Silque el año 1901. O el contrato de anticresis otorgado por Ramón Nadal inscrito en Partida electrónica número 02016781 página 003 que data del año 1903.

<sup>183</sup> CÁRDENAS KRENZ, Ronald. *Derechos Reales*. En GUEVARA PEZO, Victor (dir.). *Instituciones del Derecho Civil Peruano*. Tomo III. UNIFE, Lima, 1996. pp. pp. 1595.

la posibilidad de la hipoteca oculta. El artículo número 2020º del Código Civil peruano de 1852 establecía que: *La hipoteca es el gravamen que se impone sobre un inmueble a favor de un tercero, en seguridad de un crédito o de una obligación.* “Otorga el derecho de persecución, que se encuentra consagrado en el art. 2022º, que señala que *quien constituye una hipoteca concede al acreedor un derecho real sobre los bienes gravados, que subsiste aún cuando pasen a terceros poseedores*<sup>184</sup>”.

El Código Civil Peruano de 1936 se ocupa de la Hipoteca en sus Títulos III – De la Hipoteca Voluntaria y IV – De las hipotecas legales de la Sección cuarta del Libro cuarto – De los Derechos Reales. Este código no define el concepto en sí mismo de hipoteca, dejando a la doctrina su definición, aunque Cárdenas<sup>185</sup> resalta que dicho código sí se ocupa de definir la anticresis. Respecto de los bienes hipotecables, dicho código declara que son hipotecables los bienes que pueden venderse, fórmula acertada en opinión de Maisch<sup>186</sup> al reflejar el Principio General del derecho que establece que *quien puede lo más puede lo menos.* Cárdenas<sup>187</sup>, señala además de lo dicho, que el código no enumera entre los bienes hipotecables -a diferencia del Código de 1936- al usufructo y sus accesorios durante la vida del usufructuario, igualmente resalta que el código de 1936 no prohíbe la posibilidad de hipoteca de bienes fuera del comercio, públicos o consagrados al culto divino, como sí lo hacía el código de 1852.

Respecto de la anticresis el Código Civil de 1852 la tipifica como “una prenda sobre bien inmueble; así según el art. 2009º, podía definirse como el contrato por el cual se entrega en prenda una cosa inmueble concediendo al acreedor el derecho de recibir los frutos<sup>188</sup>”.

El artículo 2010º otorga forma prescrita a la anticresis, exigiendo como requisito la Escritura Pública que incluya: *el precio del bien prendado, los gravámenes de que es responsable anualmente, la renta mensual o anual que hubiere producido en los 3 años últimos, el capital o la cantidad que se*

---

<sup>184</sup> CÁRDENAS KRENZ. *Derechos Reales. Op. Cit.* pp.1595.

<sup>185</sup> CÁRDENAS KRENZ. *Derechos Reales. Op. Cit.* pp. 1605.

<sup>186</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los Derechos Reales.* Studium, Lima, 1984. pp. 149.

<sup>187</sup> CÁRDENAS KRENZ. *Derechos Reales. Op. Cit.* pp.1606

<sup>188</sup> CÁRDENAS KRENZ. *Derechos Reales. Op. Cit.* pp.1654

*da prestada, así como el interés si alguno se estipula.* El artículo 2011º prohíbe el pacto de compensar frutos por intereses si a la vez no se hacen las declaraciones especiales que exige el artículo precedente. En caso de duda, ambigüedad o indeterminación, se entiende que el interés del dinero es el legal y que la renta del bien es la que corresponde al año común de los 3 últimos. De la misma manera Cárdenas<sup>189</sup> resalta que la anticresis no perjudica los derechos que otra persona pueda tener sobre el inmueble, prescribiéndolo así el artículo 2019º.

El artículo 1004º del Código Civil de 1936 establece que *por anticresis se entrega un inmueble en garantía de un préstamo en dinero, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir los frutos*, “el Código de 1936, con buen criterio y a diferencia del anterior ya no define la anticresis como una prenda sobre bien inmueble<sup>190</sup>”.

En cuanto a los requisitos formales es igualmente formalista, exigiendo escritura pública que contenga información respecto de la renta del inmueble e interés pactado, reduciendo los requisitos comparativamente con el código de 1852.

Con muy buen criterio Cárdenas Krenz anota que “el legislador de 1936 se ocupó con menor detalle de los derechos del acreedor (...) no estableció, norma similar al art. 2018º del C. C. Anterior que reconocía a favor del dueño del bien el derecho a la devolución una vez pagada la deuda, ni tampoco como la del art. 2020º que establecía que la anticresis no perjudica a los derechos que otra persona puede tener sobre el inmueble (...) Tampoco fue reproducido el art. 2018º del Código de 1852 que establecía expresamente que, una vez pagada la deuda, aún antes de vencer el plazo, el deudor tiene derecho a recobrar el inmueble que dio en prenda<sup>191</sup>”.

Hasta ahora, hemos venido trabajando con material importante para asimilar el espíritu de las instituciones reales, importantes en los primeros años de la República peruana, como el Código Civil de la Confederación Perú Boliviana, el proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada o el primer Código Civil de la República del Perú (1852), de nuestra reflexión se

---

<sup>189</sup> CÁRDENAS KRENZ. *Derechos Reales. Op. Cit.* pp.1657.

<sup>190</sup> CÁRDENAS KRENZ. *Derechos Reales. Op. Cit.* pp. 1657.

<sup>191</sup> CÁRDENAS KRENZ. *Derechos Reales. Op. Cit.* pp.1661.



ha podido desprender, que la propiedad, en alcances, límites, protecciones, intensidades y filosofía ha variado, inclusive desde la perspectiva más positivista y constitucional como es la codificación civil, hecho que demuestra que la propiedad como bien lo señala Grossi, es ideología o mejor dicho, expresión ideológica del momento legislativo de una sociedad. Ahora bien, Se debe tomar en cuenta, que la legislación de protección al Patrimonio Cultural, se ha desarrollado en paralelo a la legislación real, es decir, la legislación de Patrimonio Cultural tiene un camino que lenta y progresivamente ha ido incidiendo en la visión de la propiedad hasta convertirse en un Estatuto Propietario independiente por sí misma.

El año 1944 es particularmente importante en el destino de Machupicchu. En el mes de enero se inicia un proceso de división y partición seguido por los herederos de Tomasa Ferro Vizcarra, siendo los beneficiarios forzosos: Su esposo, el Dr. José Emilio Abril Vizcarra y sus hijos José Luis, Carlos Alejandro, Julia Lourdes Abril Ferro, respectivamente. Habiendo sido declarados herederos los cuatro. Por el juez de primera instancia Dr. Alberto Salas, quien ordena el fraccionamiento de la principal propiedad (en este caso una porción extensa de la hacienda Silke, matriz de la propiedad) adquirida dentro del matrimonio. Dicho fraccionamiento se realiza, asignándole el lote cuarto o 4 al esposo y ahora viudo José Emilio Abril Vizcarra denominado Qqente, con un área de 22500 hectáreas, donde se incluye la actual extensión del Santuario de Machupicchu. Debemos resaltar que este cambio de titularidad, inaugura una nueva etapa codificadora en la legislación civil peruana con el Código Civil de 1936 que además de lo mencionado en materia de propiedad, es importante porque, a diferencia del Código de 1852, inspirado, fundamentalmente, en el Código Civil francés, en el Derecho romano y en el Derecho castellano, el de 1936 surgió de fuentes diferentes. Sus modelos legislativos fueron, sobre todo, los códigos civiles alemán, suizo y brasileño, al igual que las doctrinas tanto francesa como italiana. La gran novedad en este Código, como señala Ramos Núñez<sup>192</sup> de acuerdo al derecho comparado, es acoger a las comunidades indígenas, que habían sido ya incorporadas previamente en la Constitución de 1920.

---

<sup>192</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. Tomo VI. El código de 1936. Vol. 2. La genesis y las Fuentes.* PUCP, Lima, 2009. pp. 328.

Transcurridos nueve meses de estos hechos José Emilio Abrill Vizcarra Senador de la República decide vender su parcela a los esposos Julio Hermenegildo Zavaleta Flores y esposa Rosa Maria Zavaleta Alvarez, quienes ya eran arrendatarios de dicha propiedad desde el año 1930, siendo los linderos de dicha propiedad: Por el norte con el río Vilcanota, por el este con Camicancha y Pampahuahuana punas de la hacienda Primavera, por el sur con la hacienda La Estrella, por el Este con la hacienda Huadquiña<sup>193</sup>. Dicha propiedad estaba compuesta por las siguientes fracciones: Santa Rita, Intihuatana, Cedrobamba, Matipata, ello con todas sus comprensiones, así como sus punas, Huayruro, Matará, Mesadani y Palccay. La extensión total de la propiedad que se transfiere es de 22 500. Esta compraventa se realiza ante Notario Público Dr. Rosendo A. Fernández de la ciudad de Lima, inscribiéndose en el Asiento 91, Folio 291 del Tomo 121 del Registro de la propiedad inmueble de la ciudad del Cusco.

En el documento de compraventa las partes aclaran y dejan establecido que las ciudades incas de Machupicchu, Huiñayhuayna, Sayaqmarka, y Pfuyupatamarca, quedan excluidas de la misma por hallarse en pleno procedimiento de expropiación<sup>194</sup>.

El 5 de febrero de 1963, Julio Zavaleta Flores otorga testamento ológrafo protocolizado el 15 de noviembre de 1966 el mismo que se inscribe en la ficha 225 del registro de testamentos del Cusco, siendo beneficiarios sus hijos Rosa, Julia, Leoncio, Lourdes, Blanca, Carlos, Fortunata y Angélica Zavaleta Zavaleta respectivamente, con el otro 50% restante falleciendo don Julio Zavaleta Flores el año 1967. El año 1995, fallece doña Rosa María Zavaleta, siguiéndose el proceso de declaratoria judicial de herederos, que se inscribe en el asiento 167 de la ficha 9603, a mérito del cual los hijos sobrevivientes resultan beneficiados con la totalidad de dicha propiedad.

Los años 1974 y 1975 el Estado peruano al amparo de la ley 17716, Ley de Reforma Agraria, mediante dos Decretos Supremos (1207-74-AG del 28 de noviembre de 1974 el primero y el 444-75-AG de 29 de abril de 1975), realiza

---

<sup>193</sup> Nombres que adquieren las otras fracciones de los otros herederos

<sup>194</sup> Por Resolución Suprema No. 3075, del 6 de diciembre de 1944, se encarga al Patronato nacional de Arqueología el expediente de expropiación previa tasación.

la expropiación de los terrenos pertenecientes a la familia Zavaleta que hoy conforman parte importante del Parque Arqueológico de Machupicchu; a este respecto hay que señalar la gran contradicción que se suscita en el caso específico de Machupicchu, puesto que hay que tomar en cuenta que fue incluida dentro de los terrenos afectados a la familia Zavaleta mas en su mismo texto ya estaba declarado como parque Arqueológico de primer orden.

Como se sabe los patriarcas de la familia Zavaleta Julio Hermenegildo Zavaleta Flores y esposa Rosa Maria Zavaleta Alvarez acceden a la propiedad de la hacienda donde se encuentra el Santuario de la compra que hacen a José Emilio Abrill Vizcarra Senador de la República decide vender su parcela a los esposos, quienes ya eran arrendatarios de dicha propiedad desde el año 1930. A partir de este momento se suceden una serie de eventos que concluyen con la existencia de dos partidas, una que le otorga la propiedad al Estado y otra que le otorga la propiedad a la familia Zavaleta.

A este respecto el debate ha sido amplio a nivel nacional e internacional, develando mucho de lo avanzado a nivel de conservación, pero paralelamente desnudando muchas de las carencias que existen en sistema peruano de protección del Patrimonio.

**La Constitución Política del Perú de 1979**, es conocida entre los especialistas, como la que tiene mayor amplitud en cuanto al contenido de protección al Patrimonio Cultural. Desde el preámbulo, que establece la obligación del Estado de protegerlo, hasta el artículo 36º que lo protege de manera especial y taxativa. El artículo 2º considera la propiedad entre las garantías de la persona. Esta Constitución contiene algunas novedades entre ellas un capítulo especialmente dedicado a la propiedad, para definirla y establecer sus límites y limitaciones, además de tener la particularidad de estar influenciada por la reforma agraria iniciada durante el gobierno *de facto*, que la precedió y que relativizó el derecho de propiedad en el país<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Preámbulo (...)

Animados por el propósito de mantener y consolidar la personalidad histórica de la Patria, síntesis de los valores egregios de múltiples origen que le han dado nacimiento; de defender su patrimonio cultural; y de asegurar el dominio y la preservación de sus recursos naturales.

---

Artículo 2º.-Toda persona tiene derecho:

14.- A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes.

Artículo 29º.-Las empresas están obligadas a contribuir al sostenimiento de centros de educación. La ley fija los alcances de este precepto. Las escuelas que funcionan en los centros industriales, agrícolas o mineros son sostenidas por los respectivos propietarios o empresas.

Artículo 36º.-Los yacimientos y restos arqueológicos construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la nación, están bajo el amparo del Estado. La ley regula su conservación, restauración mantenimiento y restitución.

Artículo 56º.-El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de esta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide.

Artículo 112º.-El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.

### CAPÍTULO III DE LA PROPIEDAD

Artículo 124º.-La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad.

Artículo 125º.-La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa.

Artículo 126º.-La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática. Sin embargo dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa en el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.

Artículo 127º.-La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación.

Artículo 128º.-Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados.

Artículo 129º.-El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras creaciones por el tiempo y en las condiciones que la ley señala. Garantiza asimismo y en igual forma, los nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos.

Artículo 157º.-El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma

En el año 1985 se promulgó la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación, Ley nro. 24047<sup>o</sup>, que estuvo en vigor hasta el año 2004. Entre las características de esta norma, podemos nombrar la ausencia de un Reglamento que la regule y de alguna manera una contradicción con el espíritu de la Constitución de 1979 que había resultado revolucionaria en el tratamiento legislativo del Patrimonio Cultural. Uno de los artículos más significativos y polémicos de esta norma, era el artículo nro. 13<sup>o</sup><sup>196</sup> que establecía, que el Presidente de la República podía autorizar la salida de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación prescindiendo de los seguros obligatorios o el establecimiento de un plazo de permanencia.

---

individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquiera otra forma asociativa directamente conducida por sus propietarios en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes.

Hay conducción directa cuando el poseedor legítimo o inmediato tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa.

Las tierras abandonadas pasan al dominio del Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras.

Artículo 159<sup>o</sup>.-La reforma agraria es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo.

Artículo 158<sup>o</sup>.-El Estado, a través de los organismos del sector público agrario y las entidades representativas de los agricultores, establece y ejecuta la política que garantiza el desarrollo de la actividad agraria, en concordancia con otros sectores económicos. Se dirige hacia un sistema justo de propiedad tenencia y trabajo de la tierra, para el desarrollo económico y social de la Nación.

<sup>196</sup> Artículo 13<sup>o</sup>.- Los bienes muebles del Patrimonio Cultural de la Nación, no pueden salir del territorio nacional sin autorización previa otorgada mediante Resolución Suprema, (...)También pueden salir del territorio nacional, con los mismos trámites pero sin límite de plazo ni de seguro: a) Los objetos que tienen la certificación de ser bienes culturales, y que salen con destino a Embajadas del Perú o museos en el exterior; y b) Los objetos que salen como donaciones del Estado a otros Estados amigos, como expresiones de amistad, gratitud o valoración en el exterior del Patrimonio Cultural Peruano.

#### 1.4.5. El Código Civil Peruano de 1984.

El Código Civil peruano de 1984, es redactado durante un clima de retorno a la democracia, es importante porque redelimita y redefine el derecho de propiedad tras una época de relativización del mismo que generó zozobra en los fundamentos de la propiedad moderna, mediante un proceso de Reforma Agraria bastante radical, que destruyó la concentración de la tierra en la propiedad de pocos propietarios, repartiéndola entre el campesinado, con resultados son discutidos hasta la actualidad, pero con la certeza que cambió la visión del derecho de propiedad en el Perú para siempre.

El artículo 923<sup>o</sup> del Código Civil de 1984 dice que “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. Este artículo sigue sin mayor incidencia, como casi todos los del mundo codificado, la tradición del *code* francés, que en su artículo 544<sup>o</sup> establece que “propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta sin otra limitación que la establecida por la ley”. Igualmente, contiene los dos aspectos sobre el señorío de la cosa que menciona von Tuhr “El aspecto interior, es decir, la relación del sujeto con la cosa: el propietario puede obrar sobre la cosa a su antojo; (...) el aspecto exterior, es decir, la relación del sujeto del derecho frente a otras personas: el propietario puede excluir a los demás de cualquier acción sobre la cosa<sup>197</sup>”.

Avendaño<sup>198</sup> apunta que esta norma alude al interés social “porque cuando se expidió el actual Código estaba vigente la Constitución de 1979, la cual decía en su artículo 124<sup>o</sup>, que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. Pero la actual constitución ha eliminado el interés social reemplazándolo en el artículo 70<sup>o</sup> por la noción de Bien común” señalando, asimismo, la diferencia entre Bien Social e Interés Común, Bien Social, como una categoría destinada a englobar a toda una sociedad en

---

<sup>197</sup> TUHR, Andreas von. *Derecho Civil. Vol. 1. Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Marcial Pons, Madrid, 1998. pp. 137.

<sup>198</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge *et alri*, *Definición de Propiedad. Op. Cit.* pp. 140.

general, mientras que bien común, se utiliza para mencionar a un grupo humano determinado.

Otra novedad importante que desarrolla González<sup>199</sup> es la morigeración del patrimonialismo de este código respecto de los anteriores, sosteniendo que la redacción del Libro I del Código subsana relativamente este defecto, rebasado y apuntalado por el constitucionalismo y empoderamiento de los derechos humanos a nivel internacional. Señalando también que la primacía doctrinal tradicional que otorga primacía efectiva al Código Civil sobre otras normas, tiene cierta vigencia a pesar de todo,

“Es difícil sostener que el título preliminar de un Código sea una norma cuasi constitucional y que todas las otras leyes deban respetar. Esta concepción pudo explicarse durante la época del Estado liberal, en el cual la Constitución apenas se considera como un conjunto de declaraciones políticas, no exigibles, razón por la que una norma de principios generales o de sistemática del ordenamiento, a falta de texto fundamental, cobra una especial relevancia.<sup>200</sup>”

**La vigente Constitución política del Perú del año 1993**, retorna a una línea dura del liberalismo en la propiedad, deslindando fronteras con el agrarismo que inspiró a la anterior y decantándose por dejar expresamente establecida la propiedad sobre los bienes del Patrimonio Cultural<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo Liberal y codificado de Propiedad. Op. Cit.* pp. 96.

<sup>200</sup> GONZALES BARRÓN. *Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo Liberal y codificado de Propiedad. Op. Cit.* pp. 98.

<sup>201</sup> Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

(...) A la propiedad y a la herencia.

Artículo 21°.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como

---

tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.

Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

### CAPÍTULO III DE LA PROPIEDAD

Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Artículo 71°.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Artículo 72°.- La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

Artículo 73°.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Artículo 88°.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Artículo 89°.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.



#### 1.4.6. Legislación peruana con incidencia en el tratamiento del Patrimonio Cultural.

Es importante, revisar, la legislación vigente que puede incidir en el caso de Machupicchu en la actualidad:

- **La Convención de la UNESCO Sobre la protección del Patrimonio Mundial, Cultural Y Natural**<sup>202</sup>. Fue aprobada en la Conferencia General de la UNESCO, en su décimo séptima reunión en París el 16 de noviembre de 1972, El Perú se adhiere a la misma por resolución legislativa Número 23349 del 21 de diciembre de 1981.

Hay que resaltar que esta convención es punto de partida de una tendencia proteccionista en el mundo, hecho que muestra su trascendencia. “Entre sus considerandos, la convención trata sobre el deterioro y desaparición de los bienes del Patrimonio Cultural, que peligran por las causa tradicionales y otras generadas por la evolución de la vida económica y social”<sup>203</sup>.

Igualmente resulta un punto de partida para la universalización del Patrimonio Cultural, puesto que éste “no es exclusividad de la Nación que lo ha creado; forma parte de la cultura mundial. Por lo tanto, existen medios internacionales de ayuda a los estados que no puedan cumplir a cabalidad con las medidas de protección. Los fundamentos de estas medidas a las que nos referimos, se hallan el artículo 5º.<sup>204</sup>

---

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

<sup>202</sup> Inserto en Anexo

<sup>203</sup> MARTORELL CARREÑO, Alberto. *Patrimonio Cultural*. Fondo de Cultura Económica, Lima, 1998. pp. 26.

<sup>204</sup> Artículo 5.- Con objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el Patrimonio Cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada país, cada uno de los Estados Partes en la presente Convención procurará dentro de lo posible :

a) Adoptar una política general encaminada a atribuir al Patrimonio Cultural y natural una

Siguiendo este tenor internacionalista y proteccionista “en el capítulo III crea el Comité Intergubernamental de protección del Patrimonio Cultural y Natural y establece que este organismo debe elaborar una Lista del Patrimonio Mundial, para efectos de una especial protección.”<sup>205</sup>

El capítulo VI, llama la atención para todos los interesados en privatizar el Patrimonio, sobre todo aquellos que lo intentan desde el estado, dado que “dispone la obligación de los Estados Partes de fomentar el respeto y valoración de los bienes culturales y naturales considerados parte del Patrimonio Mundial, mediante planes de educación.”<sup>206</sup>

**- Ley Número 28296, General del Patrimonio Cultural de la Nación**<sup>207</sup>.

Respecto del artículo I<sup>208</sup> de esta ley, es importante reflexionar si basta una ley para dictar una política nacional. “Una política nacional de cualquier tipo no está basada únicamente en presupuestos normativos, sino que engloba otros aspectos de mayor trascendencia, en tanto enmarcan el camino para la elaboración de normas, de proyectos, involucran a la mayor cantidad de instituciones públicas posibles incluso sirven de guía para el actuar de la sociedad civil”. Esta ley por bienintencionada que sea, no puede, por sí sola establecer políticas suficientes para solucionar los graves problemas del Patrimonio Cultural. Por ejemplo, una política de emergencia que quiera contribuir al tema debería estar abocada casi exclusivamente a lo referido a

---

función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general;

b) Instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del Patrimonio Cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban;

c) Desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su Patrimonio Cultural y natural;

d) Adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para Identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio; y

e) Facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del Patrimonio Cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo;

<sup>205</sup> MARTORELL CARREÑO. *Patrimonio Cultural. Op. Cit.* pp. 27.

<sup>206</sup> MARTORELL CARREÑO. *Patrimonio Cultural. Op. Cit.* pp. 29.

<sup>207</sup> Anexo

<sup>208</sup> Artículo I.- Objeto de la Ley.- La presente Ley establece políticas nacionales de defensa, protección, promoción, propiedad y régimen legal y el destino de los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación.

la invasión de predios integrantes del Patrimonio Cultural y al favorecimiento de esta práctica por la vía de políticas estatales de titulación de propiedad informal.

En el artículo II<sup>209</sup>, vemos una alusión a la separación entre presunción del Patrimonio Cultural y declaración del mismo. “La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Natural y Cultural (1972), se constituye en una clara declaración del derecho y deber universales que tenemos por la conservación de tanto los bienes culturales y naturales. En efecto, lo hace así cuando establece que “el deterioro o la desaparición de un bien del Patrimonio Cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo”, Este principio se aplicará a las manifestaciones directamente protegidas por el citado texto internacional. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el hecho de proteger de manera especial las más altas representaciones que el ser humano y la naturaleza han forjado en el devenir de la historia, no puede asumirse de ninguna manera como una calificación excluyente, sino, por el contrario, modélica. Es decir, que los bienes no consagrados a nivel universal deben también conservarse cuando son valiosos para los países y los pueblos, siguiendo un modelo máximo que debería ser el aplicado para los bienes del Patrimonio Mundial.”<sup>210</sup>

Respecto de la presunción legal a la que el artículo III<sup>211</sup> hace referencia, es innegable que el Patrimonio es y será importante, independientemente de su

---

<sup>209</sup> Artículo II.- Definición.- Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley.

<sup>210</sup> MARTORELL CARREÑO. *Hacia Un Conservacionismo Integral: Necesidad De Confluencia De Las perspectivas naturalistas Y Culturalistas Para La Conservación*. En ICOMOS (comp.). *Strategies for the world's cultural heritage*. ICOMOS, Madrid, 2002. pp. 327.

<sup>211</sup> Artículo III.- Presunción legal

Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la

declaración o no como tal, en este artículo se nota un error de lógica jurídica, repitiendo un error de la anterior ley en la presunción de bienes culturales.

“La presunción en sí misma no puede ser provisional. Opera plenamente hasta que se demuestre que no es aplicable a determinado bien, porque no reúne las características exigidas. Esa provisionalidad nos lleva nuevamente a la necesidad de confirmación. Empero podrían precisarse válidamente los alcances de este artículo mediante una ley de desarrollo constitucional. En tal caso, la provisionalidad implicaría la vigencia de la presunción hasta que ocurra su levantamiento, o la declaración formal del bien<sup>212</sup>”.

Además este concepto es perjudicial desde el antecedente de esta norma que es la Ley Número 24047<sup>0</sup>,

“Porque la presunción no permite sancionar a los destructores como se merecen; ellos acuden a su desconocimiento sobre la condición de los bienes destruidos como integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. Por otro lado el Estado peruano, por la cantidad de bienes inmuebles que posee en el territorio nacional, no los tiene identificados a todos y menos inventariados y declarados. En el caso de los inmuebles prehispánicos, la ley 6634<sup>0213</sup> era contundente: Los sitios y monumentos del período prehispánico formaban parte del Patrimonio Cultural de la Nación y, por tanto, eran inalienables imprescriptibles y no requerían declaración.”<sup>214</sup>

---

importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte. La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte.

<sup>212</sup> MARTORELL CARREÑO, Alberto. *La declaración de bienes culturales en el Perú y los peligros de una presunción equívocamente planteada*. 2005. [www.icomos-icla.fi.org/pagina%20principal/georgia-peru1.pdf](http://www.icomos-icla.fi.org/pagina%20principal/georgia-peru1.pdf). s/f.

<sup>213</sup> Inserto en el anexo

<sup>214</sup> SHADY SOLÍS, Ruth. *La presunción y las leyes que destruyen el Patrimonio Arqueológico de la Nación*. En *Boletín del Museo de Arqueología y Antropología*, Año 2 Nro. 5. UNMSM, Lima, 1999. pp. 5.

Es importante la declaración y la carga de buenas intenciones que acarrea, el artículo IV<sup>215</sup>, pero en realidad el cumplimiento del mismo, corre peligro dada la escasez de presupuesto con que cuenta el Estado peruano.

En los últimos años se ha promovido positivamente la participación de fundaciones y patronatos que participan activamente en la protección del patrimonio, mas lastimosamente estos casos son los menos, los mas son los de la empresa privada que sacrifica prestigio histórico y autenticidad por dividendos económicos, hecho que pone en tela de juicio la efectividad del artículo V.<sup>216</sup>

Respecto del artículo VI<sup>217</sup>, es curioso pero los derechos de la Nación que son declarados imprescriptibles se subjetivan cuando se ponen en manos de decisiones políticas como la titulación de tierras, como vemos en el caso específico de Marcavalle (trascendental sitio arqueológico del Cusco) y en prodigalidad con que PETT<sup>218</sup> y COFOPRI<sup>219</sup> han titulado tierras de valor cultural amparados en el argumento que el Ministerio de Cultura deviene moroso e incompetente. Asimismo “sólo reconoce los derechos de la Nación sobre los bienes declarados Patrimonio Cultural de la Nación, los cuales son imprescriptibles. Deja afuera a todos los demás, que son la mayoría en nuestro país (Perú)<sup>220</sup>.”

---

<sup>215</sup> Artículo IV.- Declaración de interés social y necesidad pública

Declárese de interés social y de necesidad pública la identificación, registro, inventario, declaración, protección, restauración, investigación, conservación, puesta en valor y difusión del Patrimonio Cultural de la Nación y su restitución en los casos pertinentes.

<sup>216</sup> Artículo V.- Protección.- Los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, independientemente de su condición privada o pública, están protegidos por el Estado y sujetos al régimen específico regulado en la presente Ley.

El Estado, los titulares de derechos sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y la ciudadanía en general tienen la responsabilidad común de cumplir y vigilar el debido cumplimiento del régimen legal establecido en la presente Ley.

El Estado promoverá la participación activa del sector privado en la conservación, restauración, exhibición y difusión de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y su restitución en los casos de exportación ilegal o cuando se haya vencido el plazo de permanencia fuera del país otorgado por el Estado.

<sup>217</sup> Artículo VI.- Imprescriptibilidad de derechos.- Los derechos de la Nación sobre los bienes declarados Patrimonio Cultural de la Nación, son imprescriptibles.

<sup>218</sup> Proyecto Especial de Titulación de Tierras – Comisión de Formalización de la Propiedad Informal.

<sup>219</sup> Instituciones creadas por el Estado Peruano, que tenían la finalidad de formalizar la propiedad informal, conocidas por su alto nivel de agravio contra el Patrimonio Cultural, titulando inmuebles sin la debida evaluación.

<sup>220</sup> SHADY SOLÍS. *La presunción y las leyes que destruyen el Patrimonio Arqueológico de la Nación. Op Cit.* pp. 8.

Es necesario aclarar un poco el artículo VII<sup>221</sup>, puesto que “tiene una redacción ambigua, pues se le reconocen a los gobiernos regionales y gobiernos locales las mismas atribuciones que al Ministerio de Cultura (otrora Instituto nacional de Cultura) y otros similares. Esto puede dar lugar a una fuerte confrontación en las competencias<sup>222</sup>”.

Siguiendo el estudio de esta ley, y haciendo la salvedad que en esta parte se comentará solamente aquellos artículos que no han sido comentados en el capítulo correspondiente a límites a la propiedad, a continuación se verán algunos artículos importantes.

Respecto de los artículos 41<sup>o</sup> y 42<sup>o</sup><sup>223</sup>, es curioso, pero a pesar de los mandatos y cargas que observa esta norma “no se hace (distinción) entre las acciones de registro, catalogación e inventario de los bienes ni a quiénes corresponde cada atribución<sup>224</sup>”.

El título VI (en su artículo 49<sup>o</sup> <sup>225</sup>) no aplica las multas y sanciones penales y pertinentes a los destructores de los sitios y monumentos, “con lo cual, los

---

<sup>221</sup> Artículo VII.- Organismos competentes del Estado.- El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, están encargados de registrar, declarar y proteger el Patrimonio Cultural de la Nación dentro de los ámbitos de su competencia.

<sup>222</sup> SHADY SOLÍS. *La presunción y las leyes que destruyen el Patrimonio Arqueológico de la Nación. Op Cit.* pp. 6.

<sup>223</sup> Artículo 40.- Conformación de colecciones privadas

40.1 El propietario particular de bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación podrá conformar colecciones privadas, siempre que los bienes guarden vinculación entre sí, con el fin de que permanezcan como una unidad indivisible. El carácter de colección privada lo determina el organismo competente a solicitud de parte.

40.2 La colección se identifica con el nombre del coleccionista y se inscribe en el Registro correspondiente.

Artículo 41.- Obligación del coleccionista

El titular de una colección está obligado a llevar un inventario que debe contener un catálogo descriptivo y fotográfico de cada una de las piezas que la integran, y a su conservación como tal, siendo responsable administrativa, civil y penalmente por el deterioro o daños que sufran como consecuencia de actos de negligencia o dolo.

<sup>224</sup> SHADY SOLÍS. *La presunción y las leyes que destruyen el Patrimonio Arqueológico de la Nación. Op Cit.* pp. 6.

<sup>225</sup> Artículo 49<sup>o</sup>.- Multas, Incautaciones y decomisos

49.1 Sin perjuicio de las penas que imponga el Código Penal por delitos cometidos contra el Patrimonio Cultural de la Nación y en concordancia con las leyes de la materia, el Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, según corresponda, quedan, facultados para imponer las siguientes sanciones administrativas: a) Multa al tenedor y/o al propietario de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación que no haya solicitado el registro del bien ante el organismo competente.

traficantes del Patrimonio Cultural y destructores de los inmuebles quedarán impunes después de pagar las multas<sup>226</sup>”.

Ya se ha hablado de la propiedad ventajosa de la Iglesia Católica por encima de cualquier otro particular que figura en esta tercera<sup>227</sup> disposición final, además del reconocimiento que la Constitución Política le hace como si la historia del Perú iniciase en el año 1532, cabe aclarar la irresponsabilidad con que muchas veces la Iglesia maneja dicho patrimonio<sup>228</sup>.

Mención especial merece el artículo 6º de la Ley 28296<sup>229</sup> que menciona textualmente que *en el caso de los inmuebles de carácter prehispánico, la ley*

b) Multa, incautación o decomiso, cuando corresponda, al tenedor y/o al propietario de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación en caso de dolo o negligencia, declarada por el organismo competente, en caso de daño al mismo.

c) Multa, incautación o decomiso, cuando corresponda, al tenedor y/o al propietario de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación cuya salida se intente sin autorización o certificación que descarte su condición de tal.

d) Multa, incautación o decomiso, cuando corresponda, al tenedor de un bien cultural de otro país que intente introducirlo en el Perú sin la certificación que autorice su salida del país de origen.

e) Multa a quien promueva y realice excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios, o altere bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación sin tener la autorización correspondiente del Instituto Nacional de Cultura o la certificación que descarte la condición de bien cultural, sin perjuicio del decomiso de los instrumentos, medios de carga y transporte utilizados.

f) Paralización y lo demolición de obra pública o privada ejecutada en inmueble integrante o vinculado al Patrimonio Cultural de la Nación cuando se realiza sin contar con la autorización previa o cuando contando con tal autorización se comprueba que la obra se ejecuta incumpliendo las especificaciones técnicas aprobadas por el Instituto Nacional de Cultura.

g) Multa por incumplimiento de las demás obligaciones previstas en la presente Ley y las que se establezcan en el reglamento.

49.2 Todo bien incautado será remitido al organismo competente para la evaluación correspondiente y efectuar el posterior decomiso o devolución, según corresponda.

<sup>226</sup> SHADY SOLÍS. *La presunción y las leyes que destruyen el Patrimonio Arqueológico de la Nación. Op. Cit.* . pp. 7.

<sup>227</sup> TERCERA.- A partir de la vigencia de la presente Ley, los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, de propiedad de la Iglesia Católica, de las congregaciones religiosas o de otras confesiones, mantienen tal condición en el Estado en que se encuentren.

<sup>228</sup> Podemos tomar como referencia el desaparecimiento del órgano de templo del Convento De La Merced en Cusco que fue sustituido por un órgano eléctrico, sin dar cuenta alguna del paradero del original que tenía más de 200 años de antigüedad. (Ref. Revista del museo e instituto de arqueología, Número 23, Octubre 1984 UNSAAC.)

<sup>229</sup> Artículo 6º.- Propiedad de bien cultural inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación

distingue entre la propiedad del bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación – que corresponde al Estado - y la propiedad del predio en que dicho bien se ubica, que puede corresponder a un particular. Este parece un rezago de la antigua legislación, sobre todo si se toma en cuenta, las definiciones del artículo 21º de la Constitución Política del Perú,

“El artículo 21 configura un marco privatista a la propiedad del Patrimonio Cultural, dejando de lado tendencias que otorgan una función social al derecho de propiedad en general. Un término medio entre el centralismo estatal y la absolutez de la propiedad privada deberá considerar la doble mirada del bien cultural, así como los principios básicos de un Estado social de derecho.”<sup>230</sup>

La propiedad privada sobre Patrimonio Cultural es un tema innegable además de existir desde el inicio de la República, principalmente en manos de la Iglesia Católica<sup>231</sup> a quien, respetando su derecho de conquista, se ha otorgado a lo largo de la historia control preferente sobre los templos y palacios que ocuparon mediante instrumentos legales como el Patronato Real y actualizados a la república mediante los concordatos. En la Constitución del año 1993 se ratifica esa visión patrimonialista de los bienes culturales. “El debate en el Perú se ha centrado en el régimen de propiedad pública o privada de los bienes culturales, olvidando que la atención debe ser puesta en la función que éstos cumplen y no en su régimen de

---

6.1 Todo bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación de carácter prehispánico es de propiedad del Estado, así como sus partes integrantes y/o accesorias y sus componentes descubiertos o por descubrir, independientemente de que se encuentre ubicado en predio de propiedad pública o privada. Dicho bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación tiene la condición de intangible, inalienable e imprescriptible, siendo administrado únicamente por el Estado.

<sup>230</sup> ARISTA ZERGA, Adriana. *Artículo 21º de la Constitución Política del Perú. Op. Cit.* pp.508.

<sup>231</sup> Del usufructo económico derivado del Concordato, el Instituto de Libertad y Conciencia – PROLIBCO afirma que los subsidios económicos y beneficios tributarios concedidos por el Estado peruano a la iglesia católica, son mucho más generalizados y lucrativos que los que se reconoce públicamente. Así con el flujo progresivo del turismo en el Perú, los recintos religiosos: catedrales, iglesias, capillas, monasterios y casas curales, factura de la mano de obra de los peruanos originarios y el Estado peruano, quien dejando de lado la atención a necesidades básicas de poblaciones pobres, mantiene, restaura, rehabilita o construye y hoy, los han convertido en pingües negocios turísticos que compiten deslealmente con los comerciantes del ramo y acopian ingresos económicos de los que a nadie se da cuenta.



pertenencia”<sup>232</sup>. Se puede ver que, a quince años de promulgada dicha Constitución, la situación del Patrimonio Cultural, sigue siendo igualmente precaria sobre todo aquel que no se ha declarado. De hecho, esta norma resulta un pésimo referente tanto para la protección del derecho de propiedad y para la protección del Patrimonio Cultural, quedándose a medio camino entre cualquier solución racional aplicable, siendo una consecuencia lógica de la tesis defendida por Giannini, según la cual se sostiene que sobre los elementos de un bien cultural deberán distinguirse dos titularidades: Sobre el elemento Material – Soporte físico o cosa: Titularidad privada y sobre el elemento inmaterial – valor cultural al servicio de la función social: Titularidad estatal.

- **Decreto Supremo número 011-2006-ED Reglamento de la Ley General Del Patrimonio Cultural de la Nación**<sup>233</sup>, esta norma al constituir un reglamento no aporta mucha más novedad que la norma que reglamenta, pero cabe hacer algunas breves consideraciones.

En primer término la obligación de comunicar al Ministerio de Cultura, el transferir la propiedad de un integrante del Patrimonio ya sea a título gratuito u oneroso, bajo sanción de nulidad. Lo que constituye un fuerte límite de la propiedad brevemente tratado en el presente trabajo, pero que ha servido al Estado para defender su derecho de propiedad sobre el Santuario Histórico De Machupicchu.

De la misma manera el artículo 27º de este reglamento, establece que “la protección de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación comprende el suelo y subsuelo en el que se encuentran o asientan, los aires y el marco circundante en la extensión técnicamente necesaria para cada caso, la que será determinada por el Ministerio de Cultura”. Por lo que se establece, que en realidad aquello que conforma el Patrimonio Arqueológico es el conjunto circundante a un monumento determinado y no solo el monumento propiamente tal.

---

<sup>232</sup>ARISTA ZERGA, Adriana *et altri*. *La Constitución comentada artículo por artículo*. Op. Cit. pp.507.

<sup>233</sup> Anexo

Se reconoce, la clasificación de los bienes culturales materiales e inmateriales, y dentro de los bienes culturales materiales se dividen entre los bienes muebles e inmuebles y finalmente la taxonomía que nos interesa que es la que divide los bienes inmuebles entre prehispánicos, virreinales y republicanos, otorgándole a cada una de las calidades, distintas características y rigurosidad en la conservación.

- **Decreto Legislativo N° 635 / Código Penal / Artículos 226° Al 231°**<sup>234</sup>.  
Reproduciremos la parte pertinente de la exposición de motivos que de alguna manera explica la concepción que tiene el derecho penal peruano de la protección al Patrimonio Cultural.

“Las conductas que vulneran los bienes culturales son reprimidas en el Título de los Delitos contra el Patrimonio Cultural. Dada nuestra riqueza cultural y nuestra tradición milenaria, en el Preámbulo de la Constitución Política se estableció como principio la defensa del Patrimonio Cultural de la Patria. En el texto de nuestra norma jurídica fundamental se expresa que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados Patrimonio Cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado. La Ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución. Por ello se hace necesaria la represión de conductas depredadoras de los yacimientos arqueológicos prehispánicos, su tráfico ilegal y otras lesivas a dicho bien jurídico.”

El principal tipo legal de delito contra el Patrimonio Cultural se halla recogido en el artículo 226<sup>235</sup> del Código Penal. Para Peña Cabrera, la naturaleza jurídica de este delito radica principalmente en la necesidad de “intervención del Derecho Penal, para de alguna manera enfrentar estas conductas

---

<sup>234</sup> Anexo

<sup>235</sup> **Artículo 226.**

Atentados contra yacimientos arqueológicos .-

El que depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve yacimientos arqueológicos prehispánicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa.

delictivas en contra del Patrimonio Cultural de la Nación”.<sup>236</sup> Asimismo el bien jurídico protegido son “los yacimientos Arqueológicos prehispánicos. Debemos entender como tales, a los lugares donde evidentemente habitó el hombre prehispánico dejando expresiones artísticas o monumentos como manifestación de la realidad en que se desarrolló”<sup>237</sup>. En la descripción del Tipo objetivo tenemos cuatro formas: depredar, explorar sin autorización, excavar sin autorización, remover sin autorización. De la misma manera vemos que el sujeto activo puede ser cualquiera, el sujeto pasivo será el Estado en forma directa y mediatamente la comunidad. Como tipo subjetivo tenemos que “Las conductas señaladas en el tipo penal son eminentemente dolosas; es decir, el agente sabe y conoce que para realizar tales actos se requiere una autorización a pesar de lo cual comete el hecho punible para satisfacer su apetencia lucrativa”<sup>238</sup>.

Este delito será consumado “con la sola iniciación de los trabajos para llevar a cabo las diversas acciones delictivas sin contar con la autorización correspondiente. Es admisible la tentativa”.<sup>239</sup> La pena por este delito es leve estimándose en tres años de pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

De igual manera el artículo 226<sup>0240</sup> configura el delito de organización de grupos de personas para depredar los yacimientos Arqueológicos prehispánicos, como la organización de grupos de personas para depredar o sin autorización explorar, excavar o remover los yacimientos Arqueológicos pertenecientes a la época anterior a la colonia. El bien jurídico protegido es una “circunstancia agravante de los delitos de depredación de los yacimientos arqueológicos prehispánicos”<sup>241</sup> por lo que es el mismo bien

---

<sup>236</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal – parte especial*. Tomo I. Ediciones jurídicas, Lima, 1993. pp. 665.

<sup>237</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial*. Op. Cit. pp. 665.

<sup>238</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial*. Op. Cit. pp. 667.

<sup>239</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial*. Op. Cit. pp. 667.

<sup>240</sup> **Artículo 227.**

Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos.-

El que promueve, organiza, financia o dirige grupos de personas para la comisión de los delitos previstos en el artículo 226º, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.

<sup>241</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial*. Op. Cit. pp. 668.

jurídico protegido. Respecto del tipo objetivo podemos observar cuatro modalidades, Promover a un grupo de personas, organizar a un grupo de personas, financiar a un grupo de personas, dirigir a un grupo de personas. El sujeto activo puede ser cualquiera, el sujeto pasivo será el Estado en forma directa y mediatamente la comunidad. Como tipo subjetivo tenemos que “El tipo legal prevé exclusivamente la forma dolosa. Es decir el sujeto activo realiza las diversas acciones delictuosas con intención de obtener un provecho personal en detrimento del Patrimonio Cultural.”<sup>242</sup>.

Este delito se consuma “cuando el grupo de personas comienzan a realizar los trabajos en el lugar sin la autorización correspondiente. La tentativa es posible<sup>243</sup>”. La pena privativa de libertad es no menor de tres ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

De igual manera el artículo 228<sup>0244</sup> configura el delito de extracción de bienes culturales. El bien jurídico protegido son los “bienes muebles del Patrimonio Cultural de la Nación pertenecientes a la época prehispánica. Es decir se protege nuestro Patrimonio Cultural como el conjunto de objetos de arte y de carácter mueble que por su trascendencia son de valor permanente<sup>245</sup>”. Respecto del tipo objetivo podemos observar que la acción punible consiste en extraer bienes muebles del Patrimonio Cultural correspondientes al período prehispánico fuera del territorio nacional sin las autorizaciones correspondientes. El sujeto activo puede ser cualquiera, el sujeto pasivo será el Estado en forma directa y mediatamente la comunidad. Como tipo subjetivo tenemos que “los dos supuestos contenidos en la ley son de naturaleza dolosa: es decir, extraerlo y sacarlo del país con la autorización pero con el firme propósito de no devolverlo de acuerdo al permiso que se lo permitió<sup>246</sup> ”.

---

<sup>242</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 670.

<sup>243</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 670.

<sup>244</sup> **Artículo 228.**

Extracción ilegal de bienes culturales

El que destruye, altera, extrae del país o comercializa bienes del Patrimonio Cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

<sup>245</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 671.

<sup>246</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 672.

Este delito se consuma “cuando el bien cultural objeto de la acción delictuosa, pasa la frontera de nuestro país en el primer supuesto. En el segundo se consuma cuando el agente no lo retorna de conformidad a la autorización que permitió sacarlo del país. (...) Es posible la tentativa<sup>247</sup>.” La pena privativa de libertad es no menor de tres ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

En el caso del artículo 229<sup>0248</sup> tenemos que configura la responsabilidad de las autoridades en la comisión de los delitos contra el Patrimonio Cultural como el delito en que nuestras autoridades son los partícipes de las diversas conductas delictuosas que puedan darse. El bien jurídico protegido son los “bienes muebles en su conjunto es decir, tanto los que pertenecen a la época prehispánica como los pertenecientes a épocas posteriores hasta nuestros días que previamente hayan sido declarados como bienes del Patrimonio Cultural de la Nación. Los bienes pueden ser tanto muebles o inmuebles.”<sup>249</sup>. Respecto del tipo objetivo podemos observar que la acción punible recae en que el sujeto activo omitiendo los deberes inherentes al cargo que desempeña interviene en la comisión de actividades delictivas contra el Patrimonio. El sujeto activo necesariamente será una autoridad cualquiera fuese su rango, el sujeto pasivo será el Estado en forma directa y mediatamente la comunidad. Como tipo subjetivo tenemos que “Las dos conductas delictivas (intervenir, facilitar) son dolosas. La regla además prevé la forma culposa cuando el agente no cumple con las normas objetivas de cuidado<sup>250</sup>”.

Este delito se consuma “cuando omitiendo los deberes de su cargo, el agente facilita o interviene en la comisión de las diversas actividades delictivas<sup>251</sup>”. La pena privativa de libertad es no menor de tres ni mayor de

---

<sup>247</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 672.

<sup>248</sup> **Artículo 229.**

Omisión de deberes de funcionarios públicos

Las autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales y miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que, omitiendo los deberes de sus cargos, intervengan o faciliten la comisión de los delitos mencionados en este Capítulo, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con treinta a noventa días-multa e inhabilitación no menor de un año, conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 3.

<sup>249</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 673.

<sup>250</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 674.

<sup>251</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 674.

seis años con treinta a noventa días multa e inhabilitación no menor de un año.

En los delitos contra los bienes culturales distintos a la época prehispánica recogidos en el artículo 230<sup>252</sup> tenemos que configuran aquellos que se realicen contra los bienes culturales pertenecientes a la época que abarca desde la llegada de los españoles hasta nuestros días. El bien jurídico protegido son los “bienes artísticos (...) que hayan sido declarados como bienes del Patrimonio Cultural de la Nación pertenecientes al lapso que abarca desde la llegada de Pizarro hasta nuestros días<sup>253</sup>”. Respecto del tipo objetivo podemos observar que la acción punible recae en tres modalidades, destruir, alterar, extraer. El sujeto activo puede ser cualquiera, el sujeto pasivo será el Estado en forma directa y mediatamente la comunidad. Como tipo subjetivo tenemos que “Las diversas acciones delictivas son eminentemente dolosas, es decir, se hace con la intención de menoscabar materialmente el bien y privarnos de su valor cultural en los dos primeros supuestos; mientras que en el tercero prevalece la intención de obtener un determinado provecho<sup>254</sup>”.

Este delito se consuma se destruye total o parcialmente el bien cultural. Cuando se modifica su estructura y finalmente cuando el bien pasa la frontera de nuestro territorio. “Es posible la tentativa<sup>255</sup>”. La pena privativa de libertad es no menor de tres ni mayor de cinco años con noventa a ciento ochenta días multa.

**- Resolución Suprema número 004-2000-ED. Reglamento de Investigaciones Arqueológicas.**

Lo más importante de esta norma, es la taxonomía que hace dentro de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural peruano.

---

<sup>252</sup> **Artículo 230.**

Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales

El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

<sup>253</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 676.

<sup>254</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 678.

<sup>255</sup> PEÑA CABRERA. *Tratado de derecho penal – parte especial. Op. Cit.* pp. 678.

- Centro Histórico. Para definir el ámbito urbano a delimitar como Centro Histórico se toma como referente los valores susceptibles de conservar como las características históricas del centro poblado, el carácter histórico de la población, el área urbana en que se encuentra inmerso y todos aquellos elementos que determinan su imagen, especialmente por:

- a. La forma urbana definida por la trama y el parcelario.
- b. La relación entre los diversos espacios urbanos, edificios, espacios verdes y libres.
- c. La forma y el aspecto de los edificios (interior y exterior), definidos a través de su estructura, volumen, estilo, escala, materiales, color y decoración.
- d. Las relaciones entre población, área urbana y su entorno natural.
- e. Las diversas funciones adquiridas por la población o el área urbana en el curso de la historia.

- Zona Monumental Restringida. La determinación de la zona monumental, esta basada en relación a un Templo, Capilla u otro, en cuyo entorno se han generado los primeros inmuebles del centro poblado desde su creación o fundación.

- a. La Zona Restringida, es aquel espacio donde tuvo origen la población, con superposición de edificaciones de distintas épocas de la historia dejando como testimonio inmuebles con Valor Histórico Monumental de época prehispánica, virreynal, republicana y contemporánea, que integrados conforman espacios o ambientes urbanos que aun conservan la traza urbana, volumetría y una expresión formal originaria.

- b. La zona se caracteriza por concentrarse en ella la mayoría de inmuebles y ambientes urbanos de carácter monumental.

- Zona De Transición. Es el espacio periférico al Centro Histórico, en el cual no existen evidencias físicas de valor Patrimonial a nivel urbano, constituyendo un área de amortiguamiento del Centro Histórico, que evite el cambio drástico de la fisonomía urbana en cuanto a volumetrías y tratamiento de fachadas.

- Políticas Protectoras.

Es importante repasar, aunque brevemente, la aplicación técnica de las políticas protectoras en este sentido:

a. De La Zona Monumental Y Restringida,

- En caso de los inmuebles de valor histórico se deberá asegurar la vitalidad y manteniendo del inmueble, formas y dimensiones. En caso de asignarle un nuevo uso este no debe cambiar los valores culturales que le son inherentes así mismo deberá ser compatible con su tipología o uso original.
- Los inmuebles sin valoración patrimonial que no se integren volumétricamente al entorno monumental deberán ser modificados bajo criterios técnicos y deberá de cumplir con los parámetros urbanísticos que corresponden a un Centro Histórico, el inmueble responderá a una función y composición acorde al entorno monumental.
- En caso de obra nueva, la edificación deberán adaptarse a la configuración topográfica de la zona, sin sobrepasar en ningún caso dos niveles al exterior ni al interior. Así mismo deberá conservar la tipología constructiva utilizada en el medio, en base a tecnología tradicional.
- En lotes o inmuebles que hayan perdido la totalidad o parte de su estructura física se deberá promover la recuperación volumétrica a fin de mantener el perfil urbano original, tomando en cuenta los parámetros de las edificaciones que se encuentran dentro del Centro Histórico.
- Queda totalmente prohibido el traslado, modificación, reforma y en general cualquier tipo de acción que altere las portadas de factura colonial y republicana identificadas en el Centro Histórico.
- En los inmuebles identificados como monumentos integrante del patrimonio cultural de la nación no esta permitida la subdivisión física (mediante muros, cercos, enmallados, etc) de la propiedad, las modificaciones serán permitidas cuando estas se entiendan como la adaptación funcional de los espacios internos a usos contemporáneos, pero manteniendo la indivisibilidad espacial y la preservación de la unidad urbana arquitectónica relacionada con el Centro Histórico.
- Están permitidas las sub divisiones de predios siempre y cuando las parcelas resultantes conserven sus características en relación a la traza urbana y tejido edilicio existente, debiendo mantenerse el Centro Histórico como área Residencial de Baja Densidad.



- Se admiten nuevos usos y funciones siempre que mantengan la escala, el equilibrio, y la naturaleza del centro histórico, así mismo estará permitido el uso de edificaciones que complementen el equipamiento urbano necesario.

- En general se deberá restringir el uso y función de inmuebles de naturaleza no compatible al carácter del Centro Histórico.

b. De La Zona De Transición.

- Para permitir la conservación de la morfología urbana y evitar el cambio brusco en cuanto a parámetros urbanísticos y de edificación entre la zona urbana delimitada y las manzanas contiguas, se deberá tener en cuenta el tratamiento y composición de las fachadas ubicadas hacia las vías determinadas como límites del Centro Histórico, tomando en consideración formas regulares y ejes verticales en la composición de los vanos.

- Evitar la ocupación de edificaciones de lectura formal contemporánea o atípica en las áreas circundantes de expansión al Centro Histórico que transgredan la naturaleza de una zona de transición, distorsionando las visuales del entorno urbano natural y paisajístico.

- Los muros de las fachadas exteriores deben corresponder a planos a plomo y homogéneos en toda su área y niveles y no deben existir elementos volumétricos entrantes o salientes.

- Se prohíbe el ensanche de la sección de las vías del límite del Centro Histórico.

- Los recubrimientos a utilizar deben guardar correspondencia con su entorno inmediato para no disturbar el contexto, además quedan prohibidos los enchapes extraños al medio. Debiendo mantener características similares en cuanto al uso de colores.

- **Ley número 29164, de promoción del desarrollo sostenible de servicios turísticos en los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación**<sup>256</sup>. Esta es una norma que fue muy discutida en el momento de su promulgación, especialmente en la región turística más importante del Perú que es la Región Cusco. Concordamos con la posición de aquellos que reclaman su inconstitucionalidad al considerarla lesiva tanto

---

<sup>256</sup> Anexo

a la Constitución como al Patrimonio Arqueológico de la Nación, a continuación un breve análisis sustentatorio:

La Carta Constitucional peruana establece en su artículo segundo, inciso dos, que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

La Ley aquí analizada en su artículo 2<sup>o</sup> <sup>257</sup>, inciso “C” establece una diferencia ontológicamente discriminatoria contra el texto expreso de la Constitución al hacer discriminación por motivos económicos al declarar como únicos posibles candidatos a concesionarios a aquellos que tengan la capacidad económica y financiera para construir hoteles cuatro estrellas y hoteles cuatro tenedores.

A decir del propio Tribunal Constitucional, “la discriminación es el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros en su misma condición tienen derecho <sup>258</sup>”. De acuerdo a esta jurisprudencia tenemos claro que nos hallamos a una ley totalmente discriminatoria. Puesto que separa de cualquier posibilidad de inversión a la mayor parte de la población peruana, en primer y contribuye al encarecimiento de los servicios hacia la población peruana que según las propias cifras del INEI <sup>259</sup> no puede acceder a ese tipo de servicios. Entonces ¿cual es el sentido de esta norma?, alejar al grueso de la población peruana de los monumentos arqueológicos. Esta norma constituye un atentado contra el derecho de igualdad que tenemos todos los ciudadanos peruanos, porque transgrede abiertamente el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución. En este caso los artículos que se infringen de la Constitución son: Artículo 59, Artículo 60, Artículo 61 <sup>260</sup>

---

<sup>257</sup> Ley No. 29164 Art. 2.- Condiciones mínimas de las concesiones.- Toda concesión, (...) está sujeta a las siguientes condiciones mínimas: (...) c. Los servicios turísticos factibles de ser concesionados en los bienes inmuebles del Patrimonio Cultural de la Nación, son los servicios de hospedaje, categoría mínima cuatro (4) estrellas, servicios de restaurantes con categoría mínima de cuatro (4) tenedores complementaria a estos, la venta de artesanías y recuerdos.

<sup>258</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Diálogo con la jurisprudencia, Lima, 2006. pp. 51.

<sup>259</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática – Perú.

<sup>260</sup> **Artículo 59.**

Uno de los alcances más resaltantes de la Constitución peruana del año 1993, es el establecimiento de la libertad de mercado. Al permitir que una norma de esta naturaleza ingrese al sistema legislativo, estaríamos lacerando toda la filosofía de la Economía Social de Mercado que inspira a la constitución peruana. Resulta claro que la norma es abiertamente discriminatoria y lesiva de derechos constitucionales<sup>261</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, tenemos: “Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social a contracorriente de las aspiraciones constitucionales. Dicho Juego desde luego es aplicable también al ámbito económico, en el que por mandato expreso de la norma fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad<sup>262</sup>”. Jurisprudencia de donde se desprende que el congreso está obligado a conectarse con los derechos fundamentales de los ciudadanos y como parte del estado también está obligado a buscar el equilibrio en el desequilibrio económico, en este caso lamentablemente nada está mas alejado de esta función que la norma que ahora buscamos neutralizar toda vez que desequilibra más las economías quitando a los sectores de menos recursos de trabajar más cerca de los

---

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. (...) El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve a las pequeñas empresas en cualquiera de sus modalidades.

Artículo 60.

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. (...)

Artículo 61.

El Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. (...)

<sup>261</sup> Ley No. 29164, Artículo 2.

Condiciones mínimas de las concesiones.- Toda concesión, (...) está sujeta a las siguientes condiciones mínimas: (...) c. Los servicios turísticos factibles de ser concesionados en los bienes inmuebles del Patrimonio Cultural de la Nación, son los servicios de hospedaje, categoría mínima cuatro (4) estrellas, servicios de restaurantes con categoría mínima de cuatro (4) tenedores complementaria a estos, la venta de artesanías y recuerdos.

<sup>262</sup> Expediente 0008-2003-AI/TC, Fundamento jurídico 4.3

monumentos otorgándoles la posibilidad de construir en zona intangible exclusivamente a aquellos que tienen posibilidad económica de hacerlo. Además, esta norma transgrede lo establecido en el artículo 59° de la Constitución, porque impide al Estado cumplir con el mandato imperativo de la Constitución de promover a las pequeñas empresas en todas sus modalidades, puesto que esta ley se encarga exclusivamente las empresas Grandes cuyo capital en su gran mayoría es transnacional.

En otra jurisprudencia el Tribunal constitucional aclara la definición de Libertad de empresa definido en esta norma: “El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades (...):

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre domicilio tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.
- En tercer lugar está la libertad de competencia.
- En último término la libertad para cesar las actividades es libertad para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades del mismo cuando lo considere más oportuno.”<sup>263</sup>

La ley 29164, en este caso conculca la libertad de empresa otorgada constitucionalmente porque como podemos ver entre otros esta comporta la libertad de competencia entre empresarios. El hecho de que se recorte el mercado a un tipo determinado de empresas, en este caso empresas de alta capacidad adquisitiva, es pues lesivo a este derecho constitucional, puesto que de plano des quita el derecho de acceder al mercado a empresas mas pequeñas corrompiendo con esto la voluntad constitucional.

La Constitución Política del Perú establece la protección del Patrimonio Cultural en su artículo 21<sup>o</sup><sup>264</sup> y existen varias posiciones respecto de la

---

<sup>263</sup> Expediente 3330-2004-AA Fundamento jurídico 13

<sup>264</sup> Artículo 21.

Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son

protección del Patrimonio Arqueológico y cultural entre que van desde la privatista - patrimonialista como la del constitucionalista José F. Palomino Manchego que ve en ellos principalmente una fuente de ingresos turísticos “El Estado contemporáneo tiene la mentalidad de promover la conciencia turística, mas no desconocer la propiedad privada de bienes culturales. Hay soluciones que deben aplicarse a fin de no vulnerar los derechos constitucionales”<sup>265</sup>, pasando por una visión culturalista: “La tutela jurídica de los bienes culturales no será efectiva en tanto y en cuanto no se cimiente en una educación y conocimiento de nuestras raíces, es decir, la formación de una sólida identificación que haga que nos sintamos con el derecho y sintamos que tenemos el deber de tutelar nuestro Patrimonio Cultural.<sup>266</sup>”, terminando en una supraestatal “La Nación como contenido humano del Estado es anterior a el. Nace por decisión de la sociedad para organizar la atención y la satisfacción de sus necesidades. De suerte que si la *Nación es titular del derecho sobre todos los bienes con los cuales actúa es Estado*, este, es decir, el Estado no es más que un representante de la Nación”<sup>267</sup> por lo que no tiene legitimidad para disponer de lo que no le pertenece sobre todo si esto corresponde al bagaje histórico del país. A pesar de lo variadas, estas posiciones tienen en común la orientación a la defensa en intangibilidad del patrimonio, a la cual apunta toda nuestra legislación excepto la cuestionada norma. Asimismo el artículo V del Título Preliminar de la Ley Nº 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece que los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, independientemente de su condición privada o pública, están protegidos por el Estado, protección que comprende el suelo y subsuelo en el que se encuentran o asientan, los aires y el marco circundante, en la extensión técnicamente necesaria para cada

---

Patrimonio Cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La Ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a Ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.

<sup>265</sup> PALOMINO MANCHEGO, José. *La protección constitucional del Patrimonio Cultural de la Nación*. En *Diálogo con la jurisprudencia, año II, Número 2*, 1995. pp. 37-52.

<sup>266</sup> ARISTA ZERGA, Adriana. En GUTIERREZ Walter (dir.). *La Constitución comentada artículo por artículo*. Gaceta jurídica, Lima, 2006. pp.509

<sup>267</sup> Voto singular del magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales Espinal Cruzado en el Amparo presentado por Dragui Nestorovic Markovic. Exp 046-91-A/TGC.

caso por lo cual cualquier construcción hotelera o análoga será pues lesiva considerando que todo monumento arqueológico es una unidad eco arquitectónica y que la lesión se halla al momento mismo de alterar el entorno paisajístico.

La norma otorga derecho al Estado para conceder, es decir, ceder facultades de uso privativo de una pertenencia o dominio público o la gestión de un servicio público, sobre los bienes arqueológicos sin determinar ni discriminar la importancia de estas ni la debida regulación tomando en cuenta que el valor de un monumento radica en su originalidad, arriesgando claramente a los monumentos a ser desfigurados y deteriorados gradualmente. Asimismo dicha Carta Magna enumera de modo cerrado papel de los privados en la protección del Patrimonio Cultural permitiendo la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo. Como se puede ver no se hace mención de concesión y mucho menos de explotación de los monumentos como se pretende en el artículo 2º de la norma.

Al ser Perú un país caracterizado por la increíble cantidad de yacimientos arqueológicos de mayor y menor importancia turística, es claro que el Ministerio de Cultura esté encargado de su preservación, pero este no tiene exclusividad ni propiedad sobre los mismos además de utilizar normas universales de protección, las cuales se deben tomar en cuenta al decidir la presente inconstitucionalidad, puesto que en estas se halla el porqué y el cómo de la rigidez de dicha protección.

Como podemos ver la Conservación del Patrimonio no es cuestión baladí, ni responde a cuestiones coyunturales y no debe exponerse a la exclusiva decisión de privados porque constituye principal fundamento de la memoria colectiva.

- **Ley Número 29167, procedimiento especial y transitorio para las licencias de edificación, ampliación o remodelación de establecimientos de hospedaje**<sup>268</sup>. A pesar de su transitoriedad esta norma es bastante lesiva por cuanto comporta una especie de chantaje a la institución encargada de tutelar los bienes del Patrimonio para que se encargue de aprobar diversos proyectos de licencia de construcción sobre inmuebles que conforman el

---

<sup>268</sup> Anexo

Patrimonio Cultural, sin tiempo suficiente para su debido análisis, un breve análisis de la inconstitucionalidad de la misma.

Esta norma en principio es una norma destinada a otorgar beneficios administrativos permitiendo que un determinado número de personas adquieran el derecho de saltar el procedimiento administrativo preestablecido y actuar mediante la existencia de un silencio administrativo positivo de diez días para los efectos de:

- Licencia para la edificación de obra nueva con la categorización de 4 o 5 estrellas.
- Licencia para la ampliación, remodelación, puesta en valor histórico monumental y demolición de edificaciones de establecimientos de hospedaje de cuatro o cinco estrellas. que quieran lograr la categorización de 4 o 5 estrellas para la edificación que van a mejorar.
- Licencia para la ampliación, remodelación, puesta en valor histórico monumental y demolición de edificaciones que quieran lograr la categorización de 4 o 5 estrellas para la edificación que van a mejorar.

La igualdad constituye uno de los principales retos de la civilización occidental y de la constitucionalidad,

“Este nuevo orden mundial se caracteriza por la extensión de dos valores occidentales que se ha convertido en universales: Por un lado, la economía libre de mercado y por otro lado la democracia y los derechos humanos. En este escenario los sistemas jurídicos se incardinan directamente a los postulados del fortalecimiento del estado de derecho y de la persona humana, como garantizar la seguridad jurídica que demanda el mercado internacional<sup>269</sup>”.

---

<sup>269</sup> LANDA ARROYO, Cesar. *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano*. En *Plaza Iuris*, Nro. 01. Plaza Iuris, Lima, 2008. pp. 3.

En este orden de ideas, resulta inviable pensar en cualquier desarrollo posible, sin la existencia de un clima de igualdad. La igualdad observada desde dos perspectivas: "Como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habrá que dotarlo de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar y como un derecho fundamental de la persona es decir exigible en forma individual, por medio de la cual se confiere a cada sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a sufrir discriminación alguna<sup>270</sup>." Esta norma atenta directamente contra ambas perspectivas del derecho de igualdad ante la ley, convirtiendo el ordenamiento jurídico en vigilante exclusivo de los derechos de la ciudadanía con capacidad adquisitiva normando para beneficiar a aquellos que pueden construir hoteles y restaurantes lujosos mientras que aquellos que no pueden hacerlo deberán cumplir con la normatividad pre establecida. Lo cual hace retroceder a la democracia hasta el concepto de la

"igualdad en Grecia antigua, en donde existía y era legal la esclavitud; o la igualdad en la democracia norteamericana en pleno siglo XX en donde se reconocía la doctrina *separados pero iguales*, que no era otra cosa que un modo morigerado de discriminar a los hombres de raza negra en dicho país<sup>271</sup>".

Asimismo queremos abordar la llamada igualdad *en el contenido de la ley* por la cual expresada la mencionada igualdad como derecho fundamental es garantía "de que toda persona pueda defenderse frente a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas."<sup>272</sup>

Esta norma promueve ilegal e inconstitucionalmente la exclusión de las personas por motivos de condición económica permitiendo que aquellos que cuenten con una determinada capacidad económica puedan omitir procesos y trámites administrativos por lo demás obligatorios para el resto de la ciudadanía, contraviniendo abiertamente el numeral 2º del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. Razones que nos llevan considerar esta norma carente de constitucionalidad.

---

<sup>270</sup> ARISTA ZERGA. *La Constitución comentada artículo por artículo*. Op. Cit. pp. 49.

<sup>271</sup> ARISTA ZERGA. *La Constitución comentada artículo por artículo*. Op. Cit. pp. 47.

<sup>272</sup> ARISTA ZERGA. *La Constitución comentada artículo por artículo*. Op. Cit. 53.



Luego de haber visto varias definiciones que rebasan la nacionalidad y las que el Perú adscribe, es necesario recordar que la Constitución reconoce el deber del Estado de otorgar la máxima protección necesaria,

“no puede haber la menor duda de la necesidad de brindar a nuestro Patrimonio Cultural (material e inmaterial) la máxima protección necesaria a efectos de que quede garantizado no sólo su valor histórico, sino su valor intrínseco que en comunión con otros factores, dota de identidad a nuestra Nación<sup>273</sup>”.

En este caso el Estado no solamente se manifiesta permeable frente a innumerables amenazas en contra del Patrimonio Cultural, sino que las promueve, ignorando normas de vital trascendencia, como la ley 28296<sup>o</sup> Ley general del patrimonio Cultural de la Nación y más específicamente la ley 27580<sup>o</sup> Ley que dispone medidas de protección que debe aplicar el Ministerio de Cultura para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles.

En resumen, esta norma carece de constitucionalidad puesto que no solamente otorga facultades inconstitucionales haciendo distinción por motivos de condición económica sino que impide a órganos del Estado debidamente acreditados de proteger al Patrimonio de realizar adecuadamente su tarea violentando claramente los artículos 2<sup>o</sup> y 21<sup>o</sup> de la Constitución Política peruana.

- **Ley Número 29090, De regularización de habilitaciones urbanas y de edificaciones**<sup>274</sup>, Esta ley crea la figura de la aprobación automática de la licencia de construcción por parte de las municipalidades, que obligatoriamente deberán otorgar Licencias de Construcción, por aprobación automática, con la sola presentación de un expediente y sin una necesaria revisión y calificación técnica previa, para saber que se está permitiendo construir.

No existe duda de la necesidad promover la construcción de viviendas, pero las leyes que se expidan deben tener en cuenta la realidad sísmica del Perú,

---

<sup>273</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Op. Cit.* pp. 275.

<sup>274</sup> Anexo

más aún teniendo cercano el recuerdo de la tragedia del 15 de Agosto de 2007 y que la mayor parte de los daños originados justamente fueron consecuencia de la informalidad y falta de control de las construcciones que colapsaron, causando tantas pérdidas de vidas humanas.

En materia de Patrimonio Cultural consideramos que se ha avanzado respecto de su antecesora, la Ley número 27157<sup>o</sup>, la cual hasta cierto punto de su vigencia propició atropellos al Patrimonio Arqueológico regularizando edificaciones construidas sobre ello, experiencia que tuvimos la oportunidad de apreciar el año 1999 en la Oficina General de Asesoría Jurídica del entonces Instituto Nacional de Cultura, respecto de muchos expedientes sobre todo del centro histórico del Distrito de Barranco en Lima.

En primer término esta norma define como una de las maneras de edificación la “puesta en valor histórico monumental; obra que comprende, separada o conjuntamente, trabajos de restauración, recuperación, rehabilitación, protección, reforzamiento y mejoramiento de una edificación.” Es decir declara la existencia oficial de la fábrica de la puesta en valor de un monumento, claro está que dicha edificación al ser privada deberá contar además con los requisitos que el ministerio de Cultura, impone.

“El Ministerio de Cultura, deberá remitir a la municipalidad distrital, provincial y a la Superintendencia nacional de los Registros Públicos – SUNARP, el listado de bienes inmuebles y ambientes considerados como Patrimonio Cultural monumental y arqueológico, para los fines a que se contrae el artículo 29<sup>o</sup> de la ley 28296<sup>o</sup>”,

este texto resulta ideal como un deber ser, pero es mas bien utópico, considerando las posibilidades y el estado en el que el Ministerio de Cultura maneja hasta ahora sus archivos, (considerando asimismo la doble inscripción en Machupicchu en su momento), es necesario recomendar que se hagan los esfuerzos necesarios y sobre todo se tome la decisión política

de culminar el catastro conjunto entre el Ministerio de Cultura y la SUNARP<sup>275</sup>.

El principal problema que logramos ver en esta norma, es que convierte al Patrimonio Cultural de la Nación en una especie de lista de *numerus clausus* cuando es conocido que en el Perú existen más de cien mil sitios con carácter de Arqueológico de muy diversa magnitud. La ley, prevé aunque negligentemente este caso, al establecer la posibilidad de presumir un centro Arqueológico o de valor histórico cultural presunción que se mantiene hasta su confirmación o descarte ulterior a solicitud de parte o de oficio.

Por lo tanto se presume en la ley 28296<sup>o</sup> que el Ministerio de Cultura, no ha declarado la totalidad de centros de valor cultural o Arqueológico en el país por lo que cualquier lista será inconclusa e ineficiente para la protección, dado que dicha lista no cubrirá todos los inmuebles que deberán contar con opinión favorable del Ministerio, para ser variados o demolidos. Asimismo se le otorga la calidad de delegados *ad hoc* a los representantes del Ministerio de Cultura, que deberán opinar cuando la licencia se otorgue respecto de un inmueble integrante de la lista. El error es similar, en vista que se limita la posibilidad de la existencia de restos arqueológicos o análogos a una lista.

- **Decreto Supremo número 017-98-PCM**, Crean Comisión Y Aprueban Reglamento De Calificación De Zonas Arqueológicas Ocupadas Por Asentamientos Humanos<sup>276</sup>. Uno de los problemas más álgidos para el Patrimonio Cultural en el Perú es la destrucción a partir de la habitación de monumentos, declarados o no, por parte de inquilinos precarios e ilegales, conformando lo que conocemos como Asentamientos Humanos.

Para solucionar el grave problema de la propiedad informal en el país se ha creado COFOPRI, que se ocupa principalmente de formalizar títulos a ocupantes de facto que poseen tierra que en muchas ocasiones es producto de las invasiones. Uno de los pocos impedimentos que posee dicho

---

<sup>275</sup> Superintendencia Nacional de Registros Públicos – Perú.

<sup>276</sup> Anexo

organismo, es precisamente el hecho de que se invoque que el inmueble en cuestión tiene la categoría de Patrimonio Cultural Protegido.

A este estado de cosas y considerando que dichos asentamientos humanos no pueden ser incluidos en el Programa de Formalización de la Propiedad en tanto no se defina la intangibilidad de los terrenos que ocupan, se crea esta comisión y el reglamento<sup>277</sup> respectivo.

La norma en su conjunto tiene, como se ha señalado, el objetivo trascendente de dar una mayor capacidad de maniobrabilidad tanto al organismo encargado de formalizar la propiedad, como al de proteger el patrimonio arqueológico. Su principal aporte es el de clasificar los sitios arqueológicos en tres categorías.

Zona Arqueológica Intangible.- Que a decir de esta norma se trata pues de monumentos históricos de primerísima magnitud, dada su trascendencia tanto cultural, histórica como económica por lo que aquellos ocupantes no pueden permanecer en la mencionada zona. En este caso COFOPRI no estaría autorizado a formalizar dicha propiedad, sino mas bien establecer indubitablemente los linderos de la misma para imponer a los ocupantes las cargas de ley.

Zona Arqueológica en Emergencia.- Aquella ocupada por asentamientos humanos consolidados, que ocuparon los terrenos antes del 31 de octubre de 1993 y que serán declarados libres o desafectados parcialmente. Esta norma, resulta la alternativa a que el Ministerio de Cultura le otorgue tratamiento todavía oportuno, a un sinnúmero de ocupaciones ilegales en las zonas

---

<sup>277</sup> En uno de los considerandos de la norma en comento, se menciona que los sitios Arqueológicos son materia de un cuerpo legal diverso y sobrerregulado, que establece una serie de mecanismos y procedimientos que constituyen trabas y generan altos costos de transacción para la formalización de las propiedades y que no han servido para evitar el deterioro y la invasión de muchos sitios Arqueológicos. Cuestión que es una verdad bastante discutible, comenzando por la supuesta sobrerregulación, habrá que tomar en cuenta que la única ley que les puede alcanzar a la totalidad de inmuebles Arqueológicos del país es la ley 28296, puesto que las demás trabas a la propiedad o declaraciones de protección son exclusivas para aquellos bienes previamente declarados. Por lo que debo decir que el motivo de que dichos inmuebles se vean tan afectados es precisamente la falta de regulación y de atención de los mismos.

arqueológicas, evitando su desaparición como en el caso de Lucerina y Wimpillay dos zonas arqueológicas del Cusco, prácticamente desaparecidas y ocupadas por Asentamientos Humanos que en algunos casos han conseguido conformidad de las respectivas Municipalidades, convirtiéndose en Asociaciones Pro vivienda con las consiguientes exigencias de contar con servicios como agua, desagüe, electricidad, telefonía, etc. y que además exigen se les otorgue legalidad.

Tenemos pues que en estos casos, la labor del Ministerio de Cultura deberá ser especialmente celosa puesto que las mencionadas ocupaciones son numerosas y cuentan con edificaciones de viviendas cuya demolición causaría un grave problema social. Sin embargo la intervención de esta institución deberá darse sin demora por cuanto la amenaza se hace cada vez mayor.

Zona Desafectable.- Se declara a aquella zona que no posea restos Arqueológicos o que poseyéndolos estos se encuentran en una situación tan precaria que hace imposible su recuperación. Los estudios respectivos determinarán si resulta necesario establecer cargas o limitaciones en los predios cuya propiedad se formalice o en las áreas de uso público.

Esta es la mas perniciosa de las tres clasificaciones presentes en la ley, puesto que promueve otra vez la aparición del fantasma de la presunción o no del Patrimonio, es decir, se presume o no se presume Patrimonio Cultural un bien y si es así, ¿se presume tal hasta que los posecionarios lo destruyan lo suficiente como para desaparecerlo?. Y de otro lado ¿cómo se puede medir la importancia de un conjunto arqueológico a partir de su estado de conservación?, además hay que tomar en cuenta que muchos de los que hoy forman parte del patrimonio más importante, fueron muy poco valorados en su momento, por ejemplo tenemos el asentamiento de El Áspero, integrante del circuito de la ciudad de Caral, el cual era un depósito de desechos del pueblo de Puerto Supe hasta su recuperación, si en lugar de ser un relleno sanitario hubiese sido un asentamiento humano, habríamos perdido la evidencia de una ciudad pesquera con más de cinco mil años de antigüedad, razón por la cual esta última categoría no es muy racional.

**Ley Número 27580, Que dispone medidas de protección que debe aplicar el Instituto Nacional De Cultura para la ejecución de obras en Bienes Culturales Inmuebles**<sup>278</sup>, Esta norma, ha sido materia de una gran controversia en la que se han visto inmersas principalmente las municipalidades del país, por un supuesto recorte de funciones, situación que inclusive ha desencadenado en una demanda de inconstitucionalidad, que se comenta.

Básicamente esta norma le otorga al entonces Instituto Nacional de Cultura, facultades de autorización en cualquier obra pública o privada de edificación nueva, remodelación, ampliación, modificación, reparación, refacción, acondicionamiento, puesta en valor, cercado demolición o cualquier otra que se realice sobre algún bien cultural inmueble previamente declarado, siendo que cualquier licencia que se otorgue para realizar estas actividades sin obtener dicha autorización, resulta nula además de la responsabilidad penal en la que incurren los funcionarios que la otorgaron, así como los ejecutores y responsables de la obra.

De la misma manera, es necesaria la autorización previa a la realización de una obra, prohibiéndose expresamente – bajo responsabilidad penal - la concesión de autorizaciones en vía de regularización. Hay que observar que esta norma otorgaba al entonces Instituto Nacional de Cultura, facultades ejecutivas coactivas, permitiéndole disponer paralizaciones de obras públicas o privadas que se realizan sobre inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural, en dos casos: a. Cuando se realizan sin contar con la autorización previa a la que se refiere la presente ley, ó b. Cuando contando la obra con la autorización respectiva se comprueba que esta se ejecuta contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas aprobadas por el Instituto Nacional de Cultura, agrediendo o destruyendo el Patrimonio Cultural.

A este respecto la Municipalidad Metropolitana de Lima, interpuso acción de inconstitucionalidad contra dicha norma, tramitada en el expediente 007-

---

<sup>278</sup> Anexo

2002-AI/TC, aduciendo que esta norma viola la Constitución en su artículo 194º, según el cual las municipalidades gozan de autonomía política económica y administrativa en asuntos de su competencia, igualmente sostienen que la recurrida viola el artículo 195º inciso 6) que confiere a las municipalidades la competencia para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y acondicionamiento territorial y el inciso 8) que atribuye competencia para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente,(...) turismo, conservación de monumentos Arqueológicos y otros. Por otro lado sostiene que esta ley viola el artículo 106º de la Constitución, otorgando atribuciones ilegales al Instituto Nacional de Cultura, trasgrediendo la autonomía de los gobiernos locales y que siendo una ley común no puede modificar lo establecido en una Ley Orgánica.

La mencionada demanda de inconstitucionalidad fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional peruano, previa contestación de demanda del Congreso de la República, bajo los siguientes fundamentos: 1. La colisión de dos normas legales no genera un problema de inconstitucionalidad, “en primer lugar, la ordenanza municipal no tiene la capacidad de hacer las veces de una norma sobre la forma de producción jurídica ni tampoco sobre el contenido de la formación de cualquier otra fuente de su mismo rango. Simplemente la Constitución no ha previsto que ella tenga la capacidad de limitar y condicionar el proceso de producción ni de la ley parlamentaria, ni en general, de ninguna otra fuente legal y por tanto, no se encuentra en aptitud de conformar el parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad.”<sup>279</sup> 2. El papel de las leyes orgánicas en la inconstitucionalidad. “El tribunal Constitucional tampoco considera que la ley número 27580 transgreda el artículo 106º de la Constitución por no haber sido aprobada con la mayoría, exigida por tal dispositivo, pues, como se aprecia de la copia de los resultados de la votación efectuada en el Congreso de la República, en su sesión del 15 de noviembre de 2001, ésta fue aprobada por 92 votos

---

<sup>279</sup> Sentencia del expediente Nro. 007-2002-AI/TC Inserta en anexo

conformes.”<sup>280</sup> 3. Autonomía municipal y protección del Patrimonio Cultural. “La autonomía no garantiza un desenvolvimiento autárquico de las competencias constitucionalmente previstas a favor de los gobiernos locales. Estos deben efectuarse dentro de los límites que la Constitución establece. De manera que si los bienes culturales inmuebles forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación y su protección corresponde al Estado, entonces el ejercicio de su competencia de planificar el desarrollo urbano y en concreto la que tiene que ver con el urbanismo, tratándose de bienes culturales inmuebles, debe realizarse con arreglo a las condiciones y límites que sobre el particular haya establecido el legislador nacional.”<sup>281</sup>

**- Resolución de Superintendente Nacional de los Registros Públicos número. 248-2008-SUNARP/SN. Reglamento de inscripciones del registro de predios**<sup>282</sup>. El presente reglamento aporta una importante novedad al darle cabida al Patrimonio Cultural inmueble dentro del tratamiento registral. Si bien es cierto que el aporte no es muy significativo, o mejor dicho, el aporte es aun insuficiente para lograr un mecanismo óptimo de saneamiento e inscripción del Patrimonio Cultural Inmueble, también es cierto que su sola integración en la calidad de inscripción es un buen avance.

En resumen, el artículo 114º de este Reglamento constituye principalmente un facilitador, para la disposición ubicada en la ley del Patrimonio Cultural que manda a inscribir la calidad de Patrimonio en los Registros Públicos. De la misma forma se trata de solucionar algunos inconvenientes que devienen en problemas como aquel que se presenta en el caso Machupicchu, una de cuyas interrogantes es justamente los límites de la zona monumental y de la zona protegida. Éste problema busca ser solucionado mediante la obligatoriedad de presentar las partidas de los predios afectados y en caso de que la afectación sea parcial, la presentación de un plano georeferenciado

---

<sup>280</sup> Sentencia del expediente Nro. 007-2002-AI/TC

<sup>281</sup> Sentencia del expediente Nro. 007-2002-AI/TC.

<sup>282</sup> Anexo



a la red geodésica nacional <sup>283</sup> referida al dátum y proyección en coordenadas oficiales.

Asimismo, se requiere, informe técnico del área de catastro estrictamente en los casos nombrados anteriormente, siendo que dicho informe precisará en qué partidas están inscritas la partes del inmueble integrante del Patrimonio Cultural, así como el alcance de la afectación.

Finalmente y dada la naturaleza de los inmuebles pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación, no se exige como acto previo a esta inscripción la presentación de declaratoria de fábrica.

### **1.5. Disputa del Derecho De Propiedad sobre Machupicchu.**

Uno de los principales peligros que se cierne sobre el Santuario Histórico de Machupicchu es el debate sobre su propiedad. Este es un trabajo dedicado a aclarar este punto cuya importancia radica en que Machupicchu además de ser fuente de ingresos en varias actividades económicas, configura un caso emblemático en la protección de Patrimonio Cultural inmueble a nivel mundial.

El principal proceso legal es sostenido por la familia Zavaleta, quienes eran dueños de un fundo que abarcaba casi la totalidad de la margen izquierda del río Urubamba y que en la década de los años setenta del siglo veinte, fue expropiado por la Reforma Agraria. El Estado Peruano no regularizó el trámite ante los registros públicos, los ex dueños aducen no haber recibido pago alguno y han hecho notar que parte de la propiedad aún aparece inscrita a su nombre en registros públicos, motivados por lo cual han iniciado acciones legales. Aparentemente el Estado Peruano ya regularizó el trámite ante los registros públicos. Funcionarios del MINAM piensan que una vez que terminen con esta querrela legal con la familia Zavaleta, será la población

---

<sup>283</sup> RED GEODÉSICA NACIONAL : Geográfico Nacional - Perú, conformada por un conjunto de puntos geodésicos de diferentes niveles de precisión (415 hitos de primer orden, 430 de segundo orden y 1700 de tercer orden) establecidos como apoyo para la cartografía nacional.

asentada en el interior del santuario la que constituya el siguiente problema legal.

Respecto de la familia Abrill, se han incoado otros procesos judiciales argumentando que ellos fueron los propietarios formales del Santuario hasta 1944, en que vendieron su propiedad a la familia Zavaleta y el Estado inició un procedimiento de expropiación sobre la parte monumental mas importante. El conflicto con los antiguos propietarios es complicado, han llevado el problema a nivel judicial, y cada actor tiene sus propios planteamientos. Por ejemplo, Roxana Abril Núñez, descendiente de antiguos propietarios menciona que “como se sabe, Machupicchu está dentro de la propiedad de mi bisabuelo y posteriormente de mi abuelo. El estado dictó una expropiación forzosa a mi abuelo respecto a los terrenos de Machupicchu en lo que respecta a la parte arqueológica, declarando que los monumentos históricos son de propiedad del Estado, pero si estos se encuentran sobre terrenos particulares el Estado deberá pagar su justiprecio y expropiarlos. En 1944 mi abuelo vende la propiedad denominada Qente y Santa Rita a la familia Zavaleta quedando en la cláusula quinta expresamente establecida la exclusión en la venta de los grupos arqueológicos de Machupicchu, Huaynapicchu, Puyupatamarca, Sayacmarca y Wiñaywayna que estaban siendo expropiados por el Estado, de tal manera que los Zavaleta no pueden argumentar que esto les pudiera pertenecer. Si existe un derecho particular éste pertenece a los descendientes de José Emilio Abrill Vizcarra a quienes yo represento. Sólo son propietarios de Kente y Santa Rita de Kente, que son alrededor de 11,000 hectáreas.

### **1.5.1. La posición de la familia Zavaleta.**

Básicamente la posición de la familia Zavaleta se funda en que

“Nunca el fundo ni el Santuario Histórico fueron expropiados al Señor Emilio Abrill Vizcarra ni a la familia Zavaleta en juicio alguno por el Estado. A pesar que en 1974 y 1975 se inició la expropiación del fundo con fines de Reforma Agraria, sin embargo, mediante D.S.036-91-AG se corrige este error pues es el predio que no podía ser para estos fines ya que la ciudadela es patrimonio de la Nación. Entonces,

se deja sin efecto legal el proceso de expropiación devolviéndose los derechos de propiedad sobre el fundo y por supuesto todo los contratos compra-venta posteriores<sup>284</sup>.”

Según manifiesta un miembro de la familia Zavaleta, “el Estado pretende desconocer nuestra propiedad y de este desconocimiento se derivan otros problemas como que no se nos permite trabajar, desarrollar proyectos, no se nos paga por uso de servidumbres de los caminos, por el ingreso a Machupicchu, recibimos hostigamiento y por ello tenemos acciones legales de por medio. Machupicchu fue adquirido en 1944 y consideramos desde nuestra posición que nos sigue perteneciendo, pues nunca se nos pagó la expropiación o un justiprecio por la misma. De las 22 000 hectáreas de la propiedad se afectó parcialmente 2 000 hectáreas y las entregó a los campesinos. Esos beneficiarios han devenido en una explosión demográfica e invasiones aprovechando la precariedad legal que el mismo Estado creó. Ahora estas personas exigen saneamiento legal, servicios básicos, y otros. Esto ha creado un problema social. En 1981 se emite un decreto supremo creando una unidad de conservación. Posteriormente el Estado cae en cuenta del error y reconoce que no debió afectar esta propiedad para fines de Reforma Agraria, entonces deroga los decretos de Reforma Agraria y deja en el limbo legal al propietario legal y a los beneficiarios de la Reforma Agraria. “Estamos en juicios con el Estado desde hace 30 años, desde 1974. Queremos que se haga justicia, se nos pague lo que corresponde y obviamente nos gustaría quedarnos con algunas áreas para desarrollar mediante la tutela del estado algunos proyectos”.<sup>285</sup>

La familia Zavaleta presenta una solicitud de anticipo de legítima en la cual solicita la inscripción del anticipo de legítima que celebran, de una parte, Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta, como otorgante y de la otra parte, sus

---

<sup>284</sup> TAPIA, José Luis. Machupicchu es propiedad privada, 2003. [http://www.ileperu.org/contenido/Articulos/Machupicchu\\_jtapia.htm](http://www.ileperu.org/contenido/Articulos/Machupicchu_jtapia.htm).

<sup>285</sup> <http://www.parkswatch.org>. Entrevista con José Enrique Zavaleta; representante legal del señor Julio Carlos Zavaleta Zavaleta, ex propietario de parte de las tierras del Santuario Histórico de Machupicchu. Realizada el 7 de julio del 2004 en la ciudad del Cusco en el domicilio de señor Julio Zavaleta.

hijos Jorge Luis Zavaleta del Águila, Lucía Lourdes Zavaleta el Águila de Tejada como beneficiarios. El bien objeto del anticipo, conforma el 13.86% de acciones y derechos del predio denominado lote 04 o fracción Qquente, integrante de la otrora hacienda Sillque, ubicada en el distrito de Ollantaytambo, provincia de Urubamba departamento del Cusco.

El trece de junio del año dos mil siete el señor Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta, solicita ante notaria de la ciudad del Cusco, Lucila Antonieta Ocampo Delahaza, la elevación a escritura pública<sup>286</sup> de un anticipo de legítima a favor de sus hijos Jorge Luis Zavaleta Del Águila, Julio Augusto Zavaleta Del Águila y Lucía Lourdes Zavaleta Del Águila De Tejada<sup>287</sup>:

Dicha solicitud fue tachada por la Superintendencia de Registros Públicos y luego recurrida ante el Tribunal Registral, acción que motivó la Resolución nro. 239-2007-SUNARP-TR-A, cuyo tenor condensamos.

- Rogación

---

<sup>286</sup> La escritura pública en su totalidad puede verse en anexo

<sup>287</sup> “Primero.- antecedentes del derecho de propiedad.-

Los señores Julio Zavaleta Flores y esposa Rosa María Zavaleta Alvarez, casados, han adquirido a título de compraventa de su anterior propietario, el predio denominado lote número 04 o fracción nombrado Qquente, está compuesto de las secciones: Santa Rita, Intihuatana, Cedrobamba, Matipata, con sus punas Huayruro, Matara Mesadani Pallcay, parte integrante de la hacienda Sillque, ubicado en el distrito de Ollantaytambo, provincia de Urubamba, departamento del Cusco; inscrito en el asiento 91 de la ficha n° 9603 del Registro de Predios de la Zona Registral n°X sede Cusco.

En el asiento n° 166 de la misma ficha n° 9603, se encuentra inscrito el testamento ológrafo en propiedad de Julio Zavaleta Flores, mediante el cual instituyó como herederos (de la parte que le correspondía) del inmueble mencionado en el párrafo anterior, a sus 08 hijos: Rosa Eudocia Zavaleta Zavaleta, Julia Ceferina Zavaleta Zavaleta, Juana Rosa Lourdes Zavaleta Zavaleta, Blanca Angélica Zavaleta Zavaleta, Leoncio agosto Zavaleta Zavaleta, Julio Carlos Zavaleta Zavaleta, y Fortunata Zavaleta Flores y Angélica Zavaleta Huilca.

En el asiento n° 167 de la ficha n° 9603, se encuentra inscrita la sucesión intestada en propiedad de la causante Rosa María Zavaleta Alvarez viuda de Zavaleta, mediante la cual se declaro como únicos y universales herederos a sus 06 hijos: Rosa Eudocia Zavaleta Zavaleta, Julia Ceferina Zavaleta Zavaleta, Juana Rosa Lourdes Zavaleta Zavaleta, Blanca Angélica Zavaleta Zavaleta, Leoncio agosto Zavaleta Zavaleta y Julio Carlos Zavaleta Zavaleta.

Teniendo como antecedente las sucesiones testamentarias indicadas en las cláusulas anteriores, el otorgante y sus hermanos Rosa Eudocia Zavaleta Zavaleta, Julia Ceferina Zavaleta Zavaleta, Juana Rosa Lourdes Zavaleta Zavaleta, Blanca Angélica Zavaleta Zavaleta, Julio Carlos Zavaleta Zavaleta son propietarios en derechos y acciones del 83.16% del total del predio, y Fortunata Zavaleta Flores y Angélica Zavaleta Huilca son propietarias en derechos y acciones del 16.6% del total del predio.”

El Registro de Predios de la ciudad del Cusco, en la persona de la registradora Silvana Diaz Salas, formula tacha sustantiva a la rogación en el sentido que el inmueble materia de la rogación inscrito en la partida 02016781 asientos 91 y 177 es parte integrante del área natural protegida correspondiente al Santuario histórico de Machupicchu por lo que se encuentra afecta a las limitaciones de la propiedad pertinentes. Como se puede apreciar en el presente trabajo, la principal característica del tratamiento del Patrimonio Arqueológico es precisamente que a pesar de garantizar el respeto a la propiedad privada sobre el mismo, la norma grava este derecho con una serie de obligaciones de hacer y no hacer principalmente. Asimismo a este respecto es pues principalísimo el resultado de la declaración o no de Patrimonio Arqueológico respecto del bien materia de la rogación, no solamente por el hecho de saber si ha sido afectado por la Reforma Agraria o no sino además por la misma naturaleza de la tacha que se realiza en función de este status.

El mencionado parque Arqueológico ha sido declarado Patrimonio Cultural de la nación de conformidad con el art. 21º de la Constitución Política del Perú y la convención sobre la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la organización de las Naciones Unidas para la educación la ciencia y la cultura.

De acuerdo con el reglamento de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación aquel propietario que pretenda transferir gratuitamente la propiedad de un bien cultural, deberá comunicar su decisión al órgano competente bajo sanción de nulidad<sup>288</sup>. Que en la escritura no se adjunta la mencionada comunicación.

Que si bien es cierto que en la partida registral 02016781 corre inscrito el derecho de propiedad de Julio Zavaleta Flores Y esposa Rosa María Zavaleta Álvarez sobre el lote 4 o fracción denominada Qquite compuesta por varias secciones mas los asientos registrales 142, 143, 145, y 148, se encuentran inscritas expropiaciones a favor de la Dirección General de

---

<sup>288</sup> El artículo 12º del Decreto Supremo Número 011-2006-ED cuyo texto completo se encuentra en el anexo, textualmente señala que *el propietario que pretenda transferir gratuitamente la propiedad de un bien cultural deberá comunicarlo previamente al organismo competente, bajo sanción de nulidad.*

Reforma Agraria del predio Santa Rita de Qquente, en extensiones de 11,636.00 Hectáreas, 1134.00 Hectáreas, 5379.00 Hectáreas, 1667.00 Hectáreas De la misma forma en los asientos 144, 146 y 147 se encuentran expropiaciones a favor de dicha dirección, en las extensiones de 1237 Hectáreas, 1403 hectáreas 1237 Hectáreas De donde se advierte que sumadas las áreas expropiadas excederían del área del lote 4 o fracción denominada Qquente. Razones por las cuales se procede a tachar el título.

Por motivos de fidelidad con el documento, reproducimos algunas otras atingencias que se observan.

Del asiento 167 donde consta una sucesión intestada en propiedad se observa que no se encuentra bien escrito el nombre de algunos de los herederos.

De la revisión de la propia escritura, se deduce que no se ha cumplido con precisar la cuota ideal respecto de la totalidad del predio.

En la anteriormente mencionada cláusula, se señala que los derechos y acciones materia de anticipo de legítima comprenden el bosque de eucaliptos y el caserío del fundo Qquente, sin embargo los mencionados inmuebles no se encuentran inscritos.

No se ha cumplido con adjuntar los certificados de nacimiento de los beneficiarios.

No se adjunta la aceptación de EXPLORANDES de la sustitución en el contrato de arrendamiento<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> **Fundamentos De La Impugnación.**

Expresa que la transferencia materia de anticipo de legítima no se refiere al Santuario Histórico donde se ubica la ciudadela de Machupicchu, puesto que esta no forma parte de la propiedad heredada por Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta como consta en el título archivado que dio mérito al asiento 91 de la partida 02016781.

Asimismo expresa que las secciones comprendidas dentro del denominado 04, no son consideradas Patrimonio Cultural. Como (alegan) se encuentra demostrado en el contrato de arrendamiento inscrito en los asientos 174 y 176 de la partida 02016781. Por lo cual no se encuentra obligado a comunicar el anticipo a órgano alguno dado que no se transfiere la propiedad de un bien cultural.

Asimismo alegan que la obligación de comunicar la enajenación de la propiedad de Patrimonio Cultural Inmueble es excluyente en los casos de transferencia onerosa y en ningún caso la transferencia de propiedad por la vía de anticipo de legítima.

**Planteamiento de las cuestiones.**

El Tribunal, colige que las cuestiones a determinar son las siguientes:

El predio objeto de transferencia ¿ha sido declarado Patrimonio Cultural de la Nación?

Para la transferencia a título gratuito de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación ¿se requiere previa comunicación al organismo competente?

### 1.5.1.1. Análisis y evaluación de los hechos.

En principio, el tema tratado en esta tesis sobre la presunción de declaración a que se refiere la norma sobre la cual el Tribunal se pronuncia otorgando la presunción de integrante de Patrimonio Cultural a los mencionados lotes, hecho por el cual en el supuesto negado de que los lotes que se pretendían traspasar gratuitamente no formen parte integrante del Patrimonio declarado de la Nación el Tribunal hace bien en otorgar dicha presunción y por lo tanto solicitar la participación del entonces INC, en el caso.

El debate legal no está ni remotamente relacionado con la propiedad de Machupicchu u algún otro monumento que conforme el Santuario, sino sobre terrenos adyacentes que conforman lo que es conocido como la zona de amortiguamiento que consiste en un área adyacente a

“los límites de las Áreas Naturales Protegidas (ANP, no olvidemos que Machupicchu es a la vez Santuario Histórico y Natural) que conforman espacios de transición entre las zonas protegidas y el entorno. Su establecimiento intenta minimizar las repercusiones de las actividades humanas que se realizan en los territorios inmediatos a las ANP. Así también, su ubicación estratégica obliga a que sean manejadas de tal manera que garanticen el cumplimiento de los objetivos de las ANP.”<sup>290</sup>

La zona de amortiguamiento es la extensión territorial neutra entre la comunidad y el área protegida que servirá para la integración del área protegida y su debido tratamiento, por lo tanto esta zona también cuenta con regulaciones y límites a la propiedad. Teniendo en cuenta además que la “denominada ciudadela de Machu Picchu no es un monumento Arqueológico aislado sino que es núcleo de una constelación de poblados de la misma

---

¿La integridad del área del predio objeto de transferencia ha sido expropiada?

<sup>290</sup> ANGULO, Enrique. *Las Zonas De Amortiguamiento: Espacios Para La Conservación Y La Concertación*, 2007. <http://www.infoecologia.com>.

época, distribuidos sobre una vasta zona del río Vilcabamba o Urubamba y unidos mediante una extensa red de caminos<sup>291</sup>”

Asimismo y de acuerdo a la resolución 293 del Tribunal Registral de la SUNARP y en concordancia con la declaración expresa que al respecto realiza la familia Zavaleta en el documento de anticipo de legítima,

“Los contratantes hacen constar que, los derechos y acciones materia del presente acto jurídico de anticipo de legítima son inapreciables en dinero, por constituir un legado familiar con contenido histórico y cultural, por lo que, para efectos de cumplir con lo establecido en el artículo 1624 del código civil se valoriza en forma simbólica en un nuevo sol”.

Es importante resaltar que el Tribunal Registral deja establecido un antecedente trascendental para el manejo inmobiliario del Patrimonio Cultural, “El Parque Arqueológico de Machupicchu no se limita a las referidas ciudades incaicas: tal como se establece en el D.S. 036-91-AG, los predios rústicos Qquente y Santa Rita de Qquente se encuentran incursos dentro de la zona declarada Santuario Histórico de Machupicchu, zona arqueológica de primera magnitud”.

La tacha es parcialmente revocada en lo referido la cuota ideal, con respecto a la totalidad del predio.

Respecto del Bosque de Eucaliptos y el caserío del fundo Qquente, la tacha es confirmada por no ser compatible la descripción del inmueble con el derecho de propiedad que aún por ser parte de un régimen de copropiedad y no haberse determinado cuota física de ninguno de los copropietarios.

Igualmente, se confirma la tacha, debido a que el art. 103 del reglamento de Inscripciones del Registro de Predios establece que cuando se trate de un anticipo de legítima a favor de un heredero forzoso, debe acreditarse dicha condición con la partida respectiva expedida por el Registro Civil.

---

<sup>291</sup> CHÁVEZ BALLÓN, Manuel. *Delimitación del área intangible de Machu Picchu*. En *Visión Cultural*. INC - Cusco, Año 1 Número 4, Julio 2001. INC-C, Cusco, 2001. pp. 94



Respecto de la falta de conformidad de EXPLORANDES S.A. El Tribunal Registral, decide revocar la tachadura explicando que una cesión de arrendamiento no se rige por las reglas de la cesión de posición contractual: si el arrendamiento está inscrito, el adquiriente queda sustituido, por mandato legal, en todos los derechos y obligaciones del arrendador, no requiriéndose su consentimiento ni el del arrendatario.

Haremos mención de la divergencia de posiciones que provoca la no inscripción de esta condición en Registros Públicos, inclusive dentro del propio Tribunal Registral dando lugar a un voto singular<sup>292</sup> del vocal Jimmy Delgado Nieto<sup>293</sup>.

Se encuentra latente el hecho de que la familia Zavaleta esgrime el argumento de la existencia de una doble inscripción y de la anulación de uno de los títulos, precisamente el que declaraba la propiedad del Estado sobre Machupicchu

“la inscripción en el asiento 1-C de la ficha Número 17699 del Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos del

---

<sup>292</sup> El voto gira alrededor del artículo 81° del texto único ordenado del reglamento general de los registros públicos, señala que el error material se presenta en los siguientes supuestos: a. Si se han escrito una o más palabras, nombres propios o cifras distintas a los que constan en el título archivado respectivo; b. Si se ha omitido la expresión de algún dato o circunstancia que debe constar en el asiento; c. Si se ha extendido el asiento respectivo o rubro diferente al que le corresponde; d. Si se han numerado defectuosamente los asientos o partidas. Los errores no comprendidos en los literales anteriores se reputarán como de concepto.

<sup>293</sup> Esta discrepancia radica en que la omisión a la mencionada cláusula para el voto de la mayoría, *constituye un error de concepto pues no está referido meramente a un dato o circunstancia que debe constar en el asiento, sino al bien que fue objeto de venta. En tal sentido su rectificación únicamente procedería a solicitud de parte*, por otro lado la postura del vocal Delgado señala que deberá ser considerado un error material lo siguiente: “a. El artículo 44° inciso 5°) del anterior reglamento de inscripciones aprobado por oficio Número 509 del 21 de septiembre de 1996, hoy derogado; señalaba que toda inscripción además de los requisitos especiales que para cada clase determina este reglamento contendrá: inciso 5) La naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscriba(...) El vigente reglamento de inscripciones en el registro de predios aprobado por Resolución Número 540-2003-SUNARP/SN, señala que es un requisito del asiento de inscripción: inciso a) La naturaleza y la extensión o alcances del acto o derecho que se inscribe. b. Por tanto queda claro que es un dato que debe constar en el asiento, la extensión del derecho que se está inscribiendo, cuando aparezca del título y si no se ha hecho así, se incurre en error material. La trascendencia de esta discusión radica a decir del propio magistrado Delgado, en que si se trata de un error material conforme lo señala el artículo 76° si procede rectificación de oficio, en todos los casos en cambio, cuando es un error de concepto, solo procede a hacerla de oficio, cuando favorecerá a la inscripción, es decir si una vez rectificado, procederá a la inscripción peticionada.”

Cusco, resulta nula en cuanto a que no existe ninguna norma legal y menos título alguno que le haya otorgado la propiedad del predio de la familia Zavaleta al Estado.”<sup>294</sup>

A este respecto lo que se puede decir es que el hecho de que exista una duplicidad de partida o una doble inmatriculación, el cual no es más que un error inducido o no del órgano registrador, el cual principalmente tiene sus orígenes en

“la sencillez de los procedimientos inmatriculadores, la falta de un buen catastro y de los medios con que se identifican los inmuebles, deficiencias de las descripciones que se hacen de las fincas que se inscriben, así como la inexistencia de un control rígido que permita determinar las ya inmatriculadas en el mismo.”<sup>295</sup>

El hecho de que dicha partida sea o no anulada resulta irrelevante para el fondo del asunto. Puesto que lo que se está debatiendo es si los bienes inmuebles discutidos forman parte del Parque de Machupicchu, por lo tanto si han sido declarados patrimonio arqueológico, si han sido afectados por la Reforma Agraria y si esta los afectó adecuadamente y si el Decreto supremo 036-91-AG, alcanza o no a estos predios, puesto que queda claro que el cierre de la mencionada partida no implica la supresión del derecho contenido en ella, “El cierre de la partida tiene como única consecuencia, que no se siga complicando más la publicidad del registro con la generación de nuevos asientos de inscripción; no significando ello de ninguna manera la declaratoria de invalidez de los asientos extendidos en la partida menos antigua”.<sup>296</sup>

Ahora bien, la contradicción persiste respecto de la propiedad del bien que se reclama, como se ha visto y como se sostiene en este trabajo. No hay forma legal de demostrar que la familia Zavaleta pueda reclamar propiedad lícita sobre los principales componentes Santuario Histórico de Machupicchu,, mas cabe tratar una parte importante mediante la cual uno de los motivos de la

---

<sup>294</sup> Ver informe del estudio de Trazegnies & Uria.

<sup>295</sup> RIVERA BUSTAMANTE, Raúl. *Temas de derecho registral*. Gráfica horizonte, Lima, 1999. pp.85.

<sup>296</sup> RIVERA BUSTAMANTE. *Temas de derecho registral*. *Op Cit.* pp. 86.

tacha que realiza la registradora es que sumadas las áreas expropiadas inscritas en la partida, exceden el área del lote 4 o fracción denominada Qquente, es decir que según el criterio de la registradora a cargo, el transferente Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta, no tiene Inscrito derecho alguno a su favor en las mencionadas áreas, por lo tanto no puede transmitir derecho de propiedad alguno. Asimismo se deberá tener en cuenta que en la partida obran inscritas las expropiaciones realizadas referidas a la mencionada fracción como en el asiento 142 se inscribe la expropiación de 11 636.01 hectáreas, en el asiento 143 se inscribe la expropiación de 1134 hectáreas, expropiación cancelada en el asiento 156 mas dicha cancelación fue revocada junto al asiento que la contenía en el asiento 156. En el asiento 145 se inscribió la expropiación de 5369 hectáreas Expropiación que fue cancelada en el asiento 157, pero con posterioridad, en el asiento 182, se cancela el asiento 157 por orden judicial. Todo ello supone 19 706.01 has expropiadas, lo que deja un margen de 2 293 hectáreas inscritas a favor de Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta y sus hermanos puesto que como observa el Tribunal Registral las demás áreas expropiadas que cita la registradora no pertenecen a la fracción Qquente sino a otros como Cachiccata, Checcoc o Chamana. Para responder esta interrogante cabe hacer una importante mención a la quinta cláusula del contrato de compra venta que otorga la propiedad a la familia Zavaleta sobre el mencionado predio<sup>297</sup>.

Por lo que podemos ver en este caso el vendedor don César Abrill, se obliga a otorgar en propiedad el fundo denominado “Primavera” con exclusión de los monumentos prehispánicos en el contrato mencionados, siendo pues esta su única obligación, dado que “el objeto de la prestación del vendedor en un contrato de compraventa debe recaer necesariamente sobre la propiedad de un bien y no sobre cualquier otro derecho que signifique la desmembración del derecho de propiedad. Si así fuese nos alejaríamos de una concepción

---

<sup>297</sup> Quinto.- *Expresamente de deja constancia de que no está comprendida en esta venta el pago de las indemnizaciones que se siguen ante el gobierno por la expropiación de las ciudades incaicas de Machupicchu, Huayna Picchu, Huiñay Huayna, Sayac Marca y Pfyuyupatamarca, actualmente poseídas por el Estado y para cuya expropiación existe en trámite el correspondiente expediente cuyos resultados y cuantía no son materia del presente contrato, acciones que se independizan del fundo “Primavera”.*

Contrato inserto en su totalidad en el anexo

estricta de la compraventa y entraríamos a un campo en la cual resultará confusa la línea divisoria entre este contrato y otros"<sup>298</sup> Queda claro entonces que los mencionados monumentos jamás pertenecieron a la familia Zavaleta, por lo que resulta bastante absurdo el manejo mediático que se ha venido realizando en este sentido. Considero que este debate es importante toda vez que definirá si el registro deberá rectificar esta partida de oficio o deberá esperar a que la parte interesada lo solicite. En resumen la propiedad del Patrimonio Arqueológico, mencionado en la cláusula quinta del contrato de compraventa que otorga la propiedad a la familia Zavaleta, no le corresponde en propiedad a esta sino que hecha la reserva de propiedad en 1944 se hallaba supeditado a perfeccionar el proceso de expropiación en curso para perfeccionar la propiedad del Estado sobre los mismos, mas dicho proceso de expropiación incoado con Resolución Suprema Número 3975<sup>299</sup> del 6 de diciembre de 1944, no se llega a finalizar por lo que en todo caso la propiedad de los mencionados bienes seguirían en propiedad de la testamentaria Abrill Vizcarra. Sin embargo, estos terrenos corresponden al Estado al haber pasado mas de veinte años de ser abandonados por su propietario, puesto que, el artículo 968 del Código Civil, establece como una de las maneras de pérdida de la propiedad, la institución del abandono, dado que queda demostrado que las ciudadelas incas pertenecientes al Santuario Histórico de Machupicchu no son bajo ningún caso propiedad de la familia Zavaleta, la pregunta queda flotando en el aire, ¿quién tiene legítimo derecho de propiedad sobre estos territorios?.

#### **1.5.1.2. Informe del Estudio De Trazegnies & Uría Abogados<sup>300</sup>**

Este informe legal fue efectuado por el Estudio De Trazegnies & Uría Abogados con fecha, 19 de noviembre de 1998, a solicitud de la empresa EXPLORANDES S.A. en persona del señor Alfredo Ferreyros, empresa que es arrendataria de los terrenos materia de discusión y contiene un estudio

---

<sup>298</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Comentarios al contrato de compra venta*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002. pp. 9.

<sup>299</sup> Anexo

<sup>300</sup> Anexo

sobre la regulación del Derecho de Propiedad sobre restos Arqueológicos y bienes culturales en las diversas Constituciones Políticas dictadas en la historia del Perú. Asimismo comprende un estudio de toda la normativa dictada sobre dicho tema. Concluye pronunciándose sobre el derecho de propiedad sobre el Santuario Histórico de Machupicchu.

Debemos mencionar que dicho informe ha sido realizado sin tener en cuenta la documentación referida al proceso de Reforma Agraria, ni al proceso de Amparo que en este trabajo se mencionan, los cuales declaran que los recurrentes no pueden acceder a la propiedad de las 2701 hectáreas reclamadas puesto que si bien es cierto, la afectación de la Reforma Agraria que les afectaba ha sido dejada sin efecto, también es cierto que los recurrentes ya habían cobrado el valor en dinero pagado por el Estado de dichos predios.

El informe menciona la transferencia mediante la cual la familia Zavaleta adquiere el 12 de septiembre de 1944, los predios Qquente y Santa Rita de Qquente, de su anterior propietario el señor Emilio Abrill Vizcarra. Hace hincapié en que dicha transferencia no incluye los restos Arqueológicos de Machupicchu. Se menciona que la ley número 6634<sup>o</sup>, donde se establece que el Patrimonio prehispánico era propiedad de la Nación, acusando de inconstitucional a esta disposición por contravenir al artículo 38<sup>o</sup> de la Constitución de 1920<sup>301</sup>. En resumen la ley 6634 igual que la actual reconoce el dominio de los particulares sobre los terrenos más no sobre inmuebles Arqueológicos al otorgarle facultad al Estado de expropiar las tierras de particulares en caso que encontrasen inmuebles Arqueológicos. Asimismo se alude al artículo 82<sup>302</sup> de la Constitución de 1933, mediante el cual según el informe, se confirma la posición del derecho de propiedad privada sobre los

---

<sup>301</sup> **Artículo 38°.**

La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos como los ríos y caminos públicos. Se prohíbe las vinculaciones y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes.

<sup>302</sup> Artículo 82°.-Los tesoros Arqueológicos, artísticos e históricos están bajo la salvaguarda del Estado.

bienes arqueológicos y los terrenos donde se encontraban y el Estado como protector de los mismos.

Entre esta y otras normas – incluyendo la ley número 24047, vigente al momento de la redacción del documento - se incide en demostrar y resaltar que el Estado peruano por tradición, respeta la propiedad privada sobre Patrimonio Arqueológico.

Asimismo se menciona que las afectaciones de la Reforma Agraria no han sido pagadas por parte del Estado, pero hay que tomar en cuenta que existe una sentencia firme que declara que tal justiprecio ya ha sido pagado aun con creces. De la misma manera señala que el Decreto Supremo 36-91-AA al dejar sin valor legal los efectos de la Reforma Agraria sobre los predios en conflicto, devuelve la propiedad de los mismos a los recurrentes, dejando claro, tal como figura en la sentencia del Amparo pronunciada por el Tribunal Constitucional 1271-2000-AA/TC y en las sentencias que dan inicio a esta, que el precio ya ha sido pagado.

La posición de este estudio es que la familia Zavaleta aún es propietaria de 22000 hectáreas en la zona, principalmente junto a otras de menor trascendencia que se pueden ver en el documento que se adjunta, sin contradecir otros comentarios que se realizan respecto de este informe en el presente trabajo, puedo decir que el argumento principal utilizado por el Estudio De Trazegnies & Uría, parte de una premisa falsa, puesto que la propiedad de la familia Zavaleta está en discusión principalmente por dos motivos, el hecho de que el terreno haya sido afectado por la Reforma Agraria, llegando inclusive a generar sentencia firme y el hecho de que nunca, la familia Zavaleta tuvo propiedad sobre los bienes monumentales mas trascendentales del parque. Por lo tanto resulta bastante ocioso realizar un estudio engorroso sobre las contradicciones entre las leyes de protección al Patrimonio Cultural en el Perú y las respectivas Constituciones Políticas.

### 1.5.1.3. Informe del Abogado Fausto Salinas Lovón<sup>303</sup>

Este estudio, pretende demostrar la propiedad de la familia Zavaleta sobre la hacienda Qquente hasta en una extensión de 22500 hectáreas, extensión que conformaría hasta dos terceras partes del Santuario Histórico, sustentándolo a partir de los antecedentes registrales<sup>304</sup>.

El informe inicia, haciendo referencia a la presunción de veracidad de los Registros Públicos en nuestro país, cooperando con la tesis que pretende demostrar que si existe un problema de esta magnitud, es precisamente porque los Registros Públicos no son claros al respecto, puesto que, desde la adquisición del predio no cumplieron con anotar la reserva de propiedad que se hacía respecto de las ciudadelas de Machupicchu, Runccuraccay, Sayaqmarca entre otras y menos con independizarlas como lo mencionaba el documento de compraventa en su cláusula quinta, por lo tanto en la actualidad y una vez que se han inscrito en varios predios la afectación de Reforma Agraria, lo que es necesario, es delimitar las ciudadelas registralmente y posteriormente pasar a definir en el mapa el predio que le corresponda a la familia Zavaleta.

Se menciona la creación del Parque Arqueológico de Ollantaytambo y la autorización para proceder a la expropiación del Fundo Primavera que no se llegó a finalizar. Sin embargo, esta expropiación no es la que figura en los Registros Públicos sino la realizada por el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado, por la cual si se han realizado los pagos correspondientes como figura en el proceso judicial y posterior amparo antes tratados.

Igualmente, se menciona, el D.S. 036-92-AG que deja sin efecto los Decretos Supremos 1207-74-AG y 444-75-AG, que disponen la expropiación de 1567 y 1134 hectáreas del fundo Qquente. Aduciendo que uno de sus efectos era restituir la propiedad del terreno a la familia Zavaleta, pero en realidad el tenor de esta era exclusivamente de encargar al Instituto Nacional de Cultura el cuidado y protección del Parque Arqueológico y bajo ninguna circunstancia enajenar el predio puesto que el Estado ya había pagado a la familia por los mencionados como se desprende del proceso y amparo comentados.

---

<sup>303</sup> Inserto en Anexo

<sup>304</sup> Inserto en Anexo

Respecto del hecho que la condición de bien cultural de un inmueble no incida en la naturaleza de su propiedad, es un hecho cierto que no se discute, pero se debe tener en cuenta que dicha condición no incide en el derecho de propiedad del Estado, por lo menos no en su modo de adquirirla, pero si en su calidad y el encargo de su gestión.

#### **1.5.1.4. Demanda Y Sentencia.**

Igualmente, existe una demanda de reivindicación contra el entonces Instituto Nacional de Cultura incoada en el año 2005 por Blanca Angélica Zavaleta Zavaleta y sus hermanos Rosa Eudocia Zavaleta Zavaleta, Julia Ceferina Zavaleta Zavaleta, Juana Rosa Lourdes Zavaleta Zavaleta, Julio Carlos Zavaleta Zavaleta y Fortunata Zavelata Flores, solicitando la restitución de la posesión, uso y disfrute del fundo Q'ente y Santa Rita de Q'ente.

##### **a. Argumentos de la demanda.**

- Los demandantes, aseguran ser legítimos propietarios de los Fundo Q'ente y Santa Rita de Q'ente ubicado en la margen izquierda, del río Vilcanota o Urubamba en la comprensión del distrito de Ollantaytambo, provincia de Urubamba, departamento del Cusco, habiendo adquirido sus derechos por título hereditario, actualmente inscrito en los asientos 166 y 167 de la Ficha nro. 9603 del Registro de Propiedad Inmueble del Cusco. Ese fundo tiene una extensión de 22,000 hectáreas y comprende las punas y secciones: Santa Rita, Intihuatana, Cedrobamba, Matipata, Huayruro, Mesadani y Pallcay, que fueron parte integrante de la Hacienda Sillque.
- Que en el mencionado proceso, no están incluidas las ciudadelas incas de Machupicchu, Huaynapicchu, Wiñayhuayna, Sayac Marca y Pfyuyopatamarca, que el señor Emilio Abril Vizcarra (quien vendió el Fundo a su padre) se reservó para sí en la venta efectuada a su padre por estar en la fecha de la compraventa en trámite o proceso de expropiación por parte del Estado.



- Que pese a haber adquirido legalmente su derecho sobre dicho bien en las diferentes porciones hereditarias que les corresponde como condóminos o copropietarios y encontrarse debidamente inscritos en los Registros Públicos de Cusco conforme permiten las leyes peruanas desde la época colonial y pese a existir en el Perú disposiciones -como los artículos 21 y 70 de la Constitución Política- se ven impedidos de poseer usar y disfrutar su bien y obviamente están impedidos de percibir los beneficios que el inmueble genera, en atención a que la entidad demandada se los impide. Además de haberse reducido su posesión se ha reducido a una extensión que no supera las 440 hectáreas contiguas al caserío de Q'ente a la altura del kilómetro 88 de la línea férrea Cusco-Machupicchu.”

- Pese a que el mismo se adquirió con arreglo a la normativa vigente, la entidad demandada les ha privado de casi todos los atributos de su derecho de propiedad y sin que medie una expropiación a su favor que pudiera justificar su conducta, les impide usarlo, disfrutarlo y perturba todo acto de disposición o arrendamiento, impidiéndoles disfrutar de los beneficios económicos que el bien genera.

- No pretenden desconocer la importancia del Patrimonio Cultural de la Nación pero ni siquiera esta calidad, extingue los derechos de propiedad de particulares y promueve la confiscación de la titularidad sobre el bien y enajena el ejercicio de todos los atributos de la propiedad como ha sucedido en su caso.

- La entidad demandada, basada única y exclusivamente en que el bien es parte del Santuario Histórico de Machupicchu desde el año 1981 (la Declaración de Santuario se efectuó por Decreto Supremo nro. 001-81-AA del 08 de enero de 1981, 37 años después de que coadquirieran sus padres), ha considerado que su derecho no existe y les han convertido en propietarios no poseedores, en propietarios formales desnudando su derecho de todo contenido y privándolo de los atributos jurídicos que el ordenamiento civil reconoce desde siglos atrás, antes de que se dictaran o promulgaran incluso las leyes de patrimonio cultural.

- Se debe tener en cuenta que sobre una extensión de 22,000 hectáreas de terreno que incluye tierras en el valle del río Vilcanota o Urubamba,

laderas, punas ,llanuras bosques y otro tipo de configuraciones geográficas su familia solo posee aproximadamente 40 hectáreas que representan el 0.18% del Fundo e incluso en esa zona el Instituto Nacional de Cultura y otras entidades publicas, que siguen sus dictados no les permiten cortar los árboles que la familia sembró en el Fundo, se les impide y cuestiona cuando quieren cultivar la limitada extensión cultivable que poseen, no se les permite efectuar refacciones en su caserío y perturba cuanto acto de posesión quieren efectuar sobre esa porción poseída, ya que la consigna es muy obvia y conocida: *fuera la familia Zavaleta* (sic).

- Mientras eso ocurre en el breve espacio que pueden aprovechar del fundo, en el resto del fundo de su propiedad el Ministerio de Cultura a través de sus vigilantes y personal realiza acciones prohibidas, de explotación agropecuaria cuyos frutos se reparten entre los funcionarios del propio Ministerio. Igualmente, autoriza y promueve el desarrollo de decenas de campamentos para turistas que efectúan el llamado Camino Inka de Machupicchu, que pagan hasta cincuenta dólares americanos por derecho de ingreso y uso de campamentos levantados encima de sus tierras, obviamente sin dejar participar a los demandantes de porción alguna de dichos ingresos. Tratándose de una acción en la cual reclaman que se les restituya la posesión un fundo de su propiedad, no es necesario insistir en la prueba de la desposesion y la privación de los atributos de la propiedad ya que la demandada al contestar evidenciará que esta situación existe y pretenderá justificarla. Compete mas bien, acreditar como ya se ha hecho la titularidad de derechos sobre el bien.

#### **b. Argumentos de la contestación de la demanda.**

Utilizaremos los argumentos del Procurador Público Adjunto del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación por que éstos contienen una redacción más legible que la de los representantes del Ministerio de Cultura (antes Instituto Nacional de Cultura o I.N.C.) y porque preferimos no referirnos con amplitud a algún razonamiento poco serio del Ministerio de Cultura, como aquél que pretende la declaración de prescripción

adquisitiva de la propiedad a favor del Estado peruano, cuando es fundamental en derecho, saber que la usucapión no puede ser invocada por el Estado.

- Los demandantes no son propietarios de los predios Quente ni Santa Rita de Quente.

- La inscripción existente en los asientos 166 y 167 de la ficha nro. 9603 del Registro de la Propiedad Inmueble de Cusco no tiene eficacia ni valores jurídicos demostrativos de propiedad, pues sólo constituyen anotaciones de sucesiones testamentaria e intestada de los presuntos propietarios demandantes.

- El Estado peruano a través de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, Ministerio de Agricultura, es propietario de los predios Quente y Santa Rita de Quente, al haber sido cancelados los asientos 156 y 157 (donde figuraban como titulares sus propietarios) por resolución de fecha 07 de mayo del 2001, expedida por la segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco y la resolución de fecha 05 de setiembre del 2002 expedido por el Juez del Juzgado Mixto de Urubamba.

Así lo prueban los asientos 181 y 182 de la partida emitida por la Oficina Registral de la Region Inca Cusco.

- Es falso que el fundo que los demandantes reivindicán tenga 22 mil hectáreas. El plano a los que hacen referencia señala que los predios Quente y Santa Rita (no Santa Rita de Quente) tiene un área de 32.000 hectáreas. Dicho plano ha sido elaborado en 1995 por el Programa Nacional de Catastro del Ministerio de Agricultura, el cual por prescripción del artículo 3º del Decreto Ley nro. 17371 no establece derecho de propiedad; por consiguiente los actores no pueden fundar ningún derecho de propiedad en dicho documento.

-Tampoco es cierto que el mencionado plano no comprende las ciudadelas incas de Machupicchu, Huaynapicchu y otros. En el mencionado documento se puede leer que integran el Santuario Histórico de Machupicchu y una decena de ruinas de la época prehispánica, incluido el Camino Inca que atraviesa el predio de suroeste a noreste con dirección a Machupicchu, Qantupata, Wiñayhuayna, Yntipata, Choque

Suysuy entre otros. Es igualmente falso que los demandantes hayan adquirido legalmente los predios que pretender reivindicar.

- El Estado peruano es propietario de dichos bienes al haberlos adquirido por expropiación a través de la Dirección General de Reforma Agraria, antigua Dirección integrante del Ministerio de Agricultura. Así lo prueban los procesos judiciales seguidos con el Exp. Nro. 10-76 ante el Juez de Tierras de La Convención y el exp. Nro 76-75 ante el Juez de Tierras de Quillabamba, terminando ambos con la declaración de propiedad a favor del Estado peruano.

- Los predios Santa Rita y Quente, forman parte del Santuario Histórico de Machupicchu y por lo tanto son parte del patrimonio Cultural de la Nación y fueron materia de expropiación para adquirirlos.

- Los demandados no pueden ni deben usar dichos predios y menos aún arrendarlos, pues no son propietarios.

- Por mandato del artículo 2 del DS nro. 036-91-AG conforme a la Ley nro. 24047 (vigente hasta el 22 de julio del 20049 y la Ley nro. 28296, le corresponde al Instituto Nacional de Cultura la administración, custodia, y conservación de los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación.

- Los demandantes desconocen intencionalmente que existieron sendos procesos de expropiación ante los respectivos Jueces de Tierras de Quillabamba, mediante los cuales el Estado peruano adquirió la propiedad de los predios pagando el precio determinado judicialmente.

- La Resolución del Patronato Arqueológico es un acto de contratación de un trabajador por una determinada contraprestación. No se trata de un apoyo ni se funda en una aptitud para conservar bienes culturales.

- La carta de julio de 1973 ni la presunta Acta de Acuerdo mutuo prueban propiedad de los demandantes sobre los predios que buscan reivindicar.

Lo afirmado en el tercer párrafo de la demanda es falso. La Unesco no tiene registrado al santuario Histórico de Machupicchu y menos a los predios materia de este proceso, como bienes de particulares. Es el Registro Público de la Región Inka el que tiene registrado al Estado peruano como propietario de los predios Quente y Santa Rita de Quente después de un proceso de expropiación tramitado ante los Jueces de Tierras de Quillabamba.

### **1.5.1.5. Proceso acumulado Nro. 2006-01949.**

Se acumula esta pretensión con la contenida en el proceso nro. 2006-01949, seguido por Blanca Angélica Zavaleta Zavaleta, por derecho propio y en representación de Rosa Eudocia Zavaleta Zavaleta y otros contra el entonces Instituto Nacional de Cultura - Cusco sobre Cobro de frutos Civiles.

### **1.5.1.6. Sentencia.**

- El juzgado decide resolver declarando infundada la demanda de fojas sesenta y siete, interpuesta por Blanca Angélica Zavaleta Zavaleta, por derecho propio y en representación de sus hermanos Rosa Eudoxia Zavaleta Zavaleta, Julia Ceferina Zavaleta Zavaleta, Juana Rosa Lourdes Zavaleta Zavaleta, Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta, Julio Carlos Zavaleta Zavaleta y Fortunata Zavaleta Flores sobre Reivindicación contra el Instituto Nacional de Cultura, representado por su Director Regional Antropólogo David Ugarte Vega Centeno; y otros y declarando infundada la demanda interpuesta por Blanca Angélica Zavaleta Zavaleta, por derecho propio y en representación de sus hermanos Rosa Eudocia Zavaleta Zavaleta, Julia Ceferina Zavaleta Zavaleta, Juana Rosa Lourdes Zavaleta Zavaleta, Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta, Julio Carlos Zavaleta Zavaleta y Fortunata Zavaleta Flores sobre Cobro de frutos Civiles contra el Instituto Nacional de Cultura – Cusco, amparado en el razonamiento que sigue<sup>305</sup>.

---

<sup>305</sup> El razonamiento del juzgado puede resumirse en lo siguiente: Queda evidenciado que el argumento de la parte demandante en el sentido de que: "...la entidad demandada les ha privado de casi todos los atributos de su derecho de propiedad y sin que medie una expropiación a su favor que pudiera justificar su conducta..." ; no resulta del todo cierto, desde que como se viene anotando, sí se iniciaron procesos de expropiación en los predios y áreas indicadas; respecto de cuyos resultados solo queda acatarlos en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. No pudiendo dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil, y penal que la ley determine; de conformidad con el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder

### 1.5.1.7. Breves consideraciones respecto de la sentencia.

Como es evidente, hemos tratado de ser lo más fieles posible a la redacción original de la sentencia, por tratarse de la primera de las varias que se encuentran en trámite en sede judicial respecto de este inmueble.

En cuanto al derecho de sucesiones, el Código Civil peruano, contiene un eclecticismo bastante pragmático entre los sistemas germánico, romano y francés que Roca Sastre y Puig Brutau<sup>306</sup> apuntan, observándose también, influencia del Código Civil español en materia de legítima. El debate de este proceso radica básicamente en la posibilidad de considerar si los inmuebles materia de debate, aún se encuentran bajo la titularidad de la propiedad de los demandantes. Asimismo, el juzgador debe determinar, si se ha operado un debido proceso de expropiación como modo de adquisición de la propiedad de parte del Estado. Alternativamente, resulta interesante considerar, que los demandantes, aún en el caso de tener derecho de propiedad que la sentencia les niega, demandan a la autoridad ejercer un uso completamente prohibido de la zona intangible, independientemente de la titularidad de su propiedad como las actividades agropecuarias intensivas o las extractivas, amparando su pretensión en el hecho no demostrado que funcionarios del Ministerio de Cultura, encargados de preservar el parque, las realizan también.

Resulta igualmente evidente que no es necesario poseer un bien para ejercer la propiedad del mismo, en este caso, los demandantes sostienen que se les ha convertido en un propietario no poseedor (sic), por no permitirseles

---

Judicial; concordante con el Inciso 29 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. Ahora bien, si como refiere la parte actora, tales expropiaciones no se han verificado en la totalidad de las 22,000.00 Has. que conformarían su supuesta propiedad, ello queda desvirtuado con lo que se detalla más adelante.

- Que la parte demandante no ha demostrado a cabalidad ser titular del bien sub materia, (siendo de aplicación el artículo 200 del Código Procesal Civil); por el contrario es de dominio del Estado peruano, quien ejerce posesión y usufructo a través de las entidades respectivas; de conformidad y a mérito de los documentos analizados y lo que también se anotan más adelante; por lo que no cabe su restitución a la parte demandante, ni pago en concepto de frutos civiles.

<sup>306</sup> ROCA SASTRE, Ramón *et alri. Estudios de Derecho Privado, Volumen II, Sucesiones.* Aranzadi, Madrid, 2009. pp. 37.

realizar las actividades antes mencionadas y por no hacerseles partícipes de los ingresos pecuniarios del Parque, por concepto de uso del Camino Inca a Machupicchu. Esta perspectiva nos sirve de apoyo para construir uno de los objetivos de nuestra tesis, que el derecho de propiedad sobre inmuebles declarados Patrimonio Cultural tiene un estatuto propietario propio y distinto a otros estatutos propietarios como la propiedad demanial, la propiedad agraria o la propiedad intelectual. Este tipo de propiedad, va más allá de un derecho de propiedad inmobiliario modelado por determinados límites y limitaciones, mas bien se conforma de una serie de características harto *sui generis* que lo hacen distinto de cualquier otro tipo de propiedad. El principio de esta distinción, se halla en la diferenciación del predio declarado Patrimonio Cultural, en este caso Machupicchu.

Según la definición clásica los bienes se dividen en muebles e inmuebles, el suelo es por definición y por excelencia un bien inmueble y con el las edificaciones que en la superficie se constituyan.

Ahora, la legislación peruana divide el suelo en rústico que es aquél destinado a la “explotación agrícola y/o pecuaria”<sup>307</sup> y urbano que es el que cuenta con los servicios generales propios de la ciudad, “ –Tener los servicios propios de la ciudad (Dato físico), - Haber sido habilitado conforme a ley (Dato jurídico)”<sup>308</sup>. A decir de Gunther Gonzáles “desde hace más de medio siglo, nuestra legislación comenzó a regular la situación jurídica de los predios eriazos, entendiendo por tales aquellos que no son cultivables por defecto o exceso de agua y que tampoco tienen un uso urbano”<sup>309</sup> y es ahí donde podemos hallar algunas complicaciones puesto que se considera terreno eriazo al Patrimonio Arqueológico, lo que resulta un inconveniente en el tratamiento registral del Patrimonio dada la ausencia de una adecuada asignación de una categoría especializada para el status registral del Patrimonio Cultural, puesto que uno de los datos descriptivos que identifica la

---

<sup>307</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*. Jurista editores, Lima, 2005, pp. 183

<sup>308</sup> GONZALES BARRÓN. *Derechos Reales*. Jurista editores. Op. Cit. pp. 287.

<sup>309</sup> GONZALES BARRÓN. *Tratado de derecho registral inmobiliario*. Jurista editores, Lima, 2004. pp. 292

finca es su naturaleza, sea eriaza, rústica o urbana<sup>310</sup>. La legislación peruana le da al Patrimonio Cultural la categoría de eriazo, estableciendo que forman parte de esta categoría “las tierras no cultivadas por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos, excepto, las lomas y praderas con pastos naturales dedicados a la ganadería; las tierras de protección, es decir las que no reúnen las condiciones ecológicas mínimas y las que constituyen Patrimonio Arqueológico de la Nación.”<sup>311</sup> Resultando entonces insuficiente esta calificación, a pesar de la anotación que se haga de su condición de integrante del Patrimonio Cultural, puesto que a nuestro entender, desnaturaliza el principal objetivo que es la protección dado que en estricto un terreno eriazo es aquel que “en su condición natural no es objeto de ningún tipo de aprovechamiento económico, comprendiendo en ello los desiertos, los arenales, las montañas etc.”<sup>312</sup> Como es conocido por todos en la actualidad, el Patrimonio Arqueológico es una muy buena fuente de ingresos tanto para el fisco, como para la sociedad en forma de la millonaria industria del turismo, además de permitir, excepcionalmente y debidamente reglamentadas, actividades económicas agropecuarias.

Existe un sector de la doctrina que pretende incluir el Patrimonio Cultural como inmueble rústico pero como existen varias contradicciones en esta consideración . Como ya se ha visto, un inmueble rústico tiene una protección y una habilitación orientadas a mantener su utilidad para la sociedad, la cual está expresada en actividades productivas agrícolas, forestales y pecuarias, entonces la norma le otorga una determinada intangibilidad y seguridad a los denominados terrenos, justamente para asegurar a la sociedad una suficiente provisión de los resultados de las mencionadas utilidades. Aquí descubrimos un problema, como ya se ha visto la protección al Patrimonio Cultural se realiza mediante cargas y limitaciones a la propiedad, una de ellas es justamente la absoluta prohibición de realizar dichas actividades (la prohibición mas bien se refiere a que no se puede otorgar cambio de uso, es

---

<sup>310</sup> GONZALES BARRÓN. *Tratado de derecho registral inmobiliario*. Op. Cit. pp. 292.

<sup>311</sup> RIVERA BUSTAMANTE, Raúl. *Temas de derecho registral*. Op. Cit. pp. 81.

<sup>312</sup> GONZÁLES BARRÓN. *Tratado de derecho registral inmobiliario* Op. Cit. pp. 293.



decir, convertir en urbano un sitio rural, por que si se practicaba la agricultura desde tiempos inmemoriales puede seguirse haciendo mucho más en los casos de andenes que están contruidos con fines netamente agrícolas) dentro de los polígonos territoriales delimitados para la protección de los mencionados inmuebles.

### **1.5.2. La posición de la familia Abrill.**

La posición de esta familia se puede observar en dos demandas interpuestas contra el Estado Peruano representado principalmente por el Ministerio de Cultura (entonces Instituto Nacional de Cultura) y como veremos el despacho de la Presidencia de la República.

#### **1.5.2.1. Demanda del 17 de enero de 2003 (Expediente 103-2003 Primer Juzgado Civil del Cusco)**

La demanda es presentada por Roxana Dominga Abrill Núñez en vía de conocimiento solicitando Reivindicación y acumulativamente daños y perjuicios hasta por la suma de cien millones de dólares americanos (\$ 100 000 000), por la tenencia de facto por parte del Estado Peruano de los terrenos donde se ubican las ciudadelas incas de Machupicchu, Huaynapicchu, Huiñayhuayna, Sayacmarca y Phuyupatamarca.

Se declara la condición de heredera de la demandante como nieta de Jose Emilio Abrill Vizcarra, quien fue propietario de la hacienda Qquente cuya extensión fue mencionada. Mencionando además que dicho dominio se encuentra inscrito en el tomo II, folio 60, partida XVI y demás asientos del Registro de propiedad inmueble de los Registros Públicos de la ciudad del Cusco.

A continuación se refiere a la calidad de privado, que ha ostentado siempre el terreno que contiene la ciudadela de Machupicchu, presentando un breve resumen de su propiedad a lo largo de la historia.

Asimismo se hace mención del Decreto Supremo Nro. 3975, de fecha 06 de diciembre de 1944, en el que, como se ha visto, se dispone la expropiación de las mencionadas ciudadelas incas. Según los demandantes dicho Decreto

Supremo es caduco en concordancia con el artículo 531<sup>0313</sup> del Código Procesal Civil. Estando además claro que, como se ha mencionado, la familia Abrill ha realizado una reserva de propiedad sobre dichas ciudadelas en la cláusula quinta del contrato de compraventa del predio a favor de la familia Zavaleta.

En resumen y en virtud a estas dos premisas, la caducidad del proceso de expropiación y la reserva de propiedad realizada por la familia Zavaleta, la demandante solicita la reivindicación de la propiedad sobre estos inmuebles junto a la indemnización por daños y perjuicios.

#### **1.5.2.2. Demanda del 15 de enero de 2006.**

La principal diferencia que existe entre esta demanda y la anterior es que se solicita la reivindicación, además, de las construcciones que conforman las ciudadelas, puesto que hasta entonces solamente habían solicitado reivindicación sobre el terreno que las contenía. Solicitan además cobro de frutos y sus respectivos intereses hasta la fecha de pago efectivo. Los frutos serían aquellos con los que se han beneficiado y que se han generado con ocasión de uso, disfrute y la explotación económica de las mencionadas ciudadelas integrantes del Patrimonio Cultural.

Los fundamentos de hecho y de derecho son básicamente los mismos de la anterior demanda, ascendiendo el monto de este nuevo petitorio a la suma de trescientos millones de Nuevos Soles.

---

<sup>313</sup> Art. 531° Código Procesal Civil.- El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo, caduca en los siguientes casos:

Cuando no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de seis meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma ejecutora de la expropiación.

Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los cinco años contados desde la publicación o notificación de la resolución suprema correspondiente.

La caducidad se produce de pleno derecho. El juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de 5 años de dicho vencimiento.

### 1.5.2.3. Acción De Reivindicación.

La pretendida heredera de la principal zona monumental del Santuario Histórico de Machupicchu, Roxana Dominga Abrill Núñez presenta dos demandas con pretensiones complementarias, bajo la figura jurídica de la Reivindicación.

La reivindicación es una acción real por excelencia, no definida en el Código Civil Vigente, según Jorge Eugenio Castañeda la reivindicación es la acción que tiene el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.<sup>314</sup> La acción reivindicatoria, es pues, un medio de defensa de la perpetuidad del derecho de propiedad, al clasificarse como acción real, se quiere decir que “puede ser dirigida contra cualquier tercero que posea el bien,”<sup>315</sup> diferente ampliamente de otras acciones sumarias en que tiene una acción procesal de carácter sumario, es decir que “la controversia es amplia y no está sujeta a la limitación de medios probatorios,”<sup>316</sup> sus requisitos de procedencia son:

- “La carga de la prueba le corresponde al actor, quien afirma ser el propietario.”<sup>317</sup> Es decir, que a quien le corresponde probar en el proceso de reivindicación es al demandante, sin embargo, es importante observar que una sentencia que no le otorgue la razón a éste, no es una sentencia que le otorgue la propiedad al demandado o poseedor.

En cuanto a la carga de la prueba, la demandante cumple con probar la propiedad de su abuelo, sobre las ciudadelas que conforman Machupicchu, a través de estos medios: Expediente Nro. A-2-L30 452 sobre petición de expropiación de 1933; Testimonio de la escritura pública de compra venta otorgada por José Emilio Abrill Vizcarra sobre el fundo Qquente en cuya cláusula quinta se exceptúa la venta de las ciudadelas de Machupicchu, Huaynapicchu, Phuyupatamarca, Sayacmarca, Huiñayhuayna; Asiento 90 del Tomo 110 del folio 484 del registro de propiedad, donde consta sub división de herederos, en la que consta que José Emilio Abrill Vizcarra es propietario

---

<sup>314</sup> Cit. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Derechos Reales*. Tomo I, pp. 405. En: ZVALETA, Wilvelder. *Código Civil*. Editorial Rodhas, Lima, 2002. pp. 1017.

<sup>315</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Curso de derechos reales*. Jurista editores, Lima, 2003. pp. 441.

<sup>316</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales*. Op. Cit. pp. 441.

<sup>317</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales*. Op. Cit. pp. 441.

del fundo Qquente; Ficha 4898 del registro de declaratoria de herederos de los Registros Públicos de la ciudad de Lima, donde consta la declaratoria de herederos del que en vida fue José Emilo Abrill Vizcarra, donde consta que José Luis Abrill Ferro, padre de la demandante, es heredero; Resolución ministerial Nro. 2511 de fecha 28 de mayo de 1935 donde se aprueba tramitar la estudiada expropiación; entre otros. Por lo cual queda debidamente probado, el hecho de que los monumentos materia de litigio pertenecieron alguna vez a la familia Abrill y que además el Estado el año 1944 inició un proceso de expropiación sobre ellos promovido principalmente por quien entonces era dueño de todo el fundo Qquente José Emilio Abrill Vizcarra.

“El Demandado no debe ostentar ningún derecho sobre el bien”<sup>318</sup> este requisito es una protección sobre otras instituciones reales como la prescripción adquisitiva de dominio, mediante la cual no es obligatorio que el ocupante sea propietario lícito del bien, sino que pueda defenderse con cualquier derecho sea este real o personal que le permita el contacto directo con el bien.

Partiendo de la tesis de la derelicción, cuya teoría exponemos en este trabajo, sobre los inmuebles que se analizan, los demandantes no podrían cubrir este requisito, puesto que José Emilio Abrill Vizcarra, en su condición de impulsor de la expropiación de Machupicchu, fue también activo solicitante de su derecho de pago por dicha expropiación hasta su fallecimiento ocurrido con anterioridad al 06 de julio de 1946, fecha en que se declara su muerte intestada. Los herederos del mencionado causante no tuvieron su mismo tesón y abandonaron el derecho a su pago correspondiente, permitiendo además al Estado realizar varias actividades, tanto físicas como legales que le permitieron consolidar su condición de propietario, la cual quedó firme el año 1984 en que entra en vigencia el actual Código Civil, cuyo artículo 968<sup>o</sup> inciso 4 declara la extinción de la propiedad a favor del Estado, cuando el bien ha sido abandonado durante veinte años. Por lo tanto desde la fecha en que la familia Abrill dejó de reclamar su propiedad o su deuda hasta 1984, hubieron pasado más de veinte años, lo cual permite que las mencionadas

---

<sup>318</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales. Op. Cit.* pp. 443.

ciudadelas pasen al dominio del Estado. Por lo tanto, las ciudadelas que conforman el Parque Arqueológico de Machupicchu pertenecen al Estado puesto que el acto jurídico que permite la declaración de abandono o derelicción no es un acto formal como veremos posteriormente. El hecho de que las mencionadas no se encuentren inscritas en los Registros Públicos, no es prueba válida en este caso pues como se sabe los Registros Públicos en nuestro país no son constitutivos de propiedad sino mas bien declarativos.

“El demandado debe hallarse en poder del bien”<sup>319</sup> lógicamente dado que lo que se solicita mediante reivindicatoria es acceder a la capacidad de ejercer el derecho de propiedad. Este requisito está ampliamente configurado puesto que el Estado durante los últimos cuarenta años se ha encargado exclusivamente de la investigación, preservación y administración del Santuario a través el Instituto Nacional de Cultura.

“Identificados el demandante y el demandado en el proceso por reivindicación, es necesario también identificar el objeto litigioso.”<sup>320</sup> Aquí tampoco existe objeción alguna puesto que como se puede observar en los anexos correspondientes ambas demandas integran a sus textos áreas y colindancias de los inmuebles que pretenden reivindicar.

#### **1.5.2.4. Caducidad de la expropiación.**

En el texto de la demanda fechada el 17 de enero de 2003, se asevera que en

*“la expropiación de las ciudadelas Incas de Machupicchu y otras, el Estado Peruano no ha iniciado el proceso de expropiación, por cuya razón y estando a lo dispuesto por el artículo 54º del Dec. Leg. 313º y modificatorias, ha caducado el Decreto Supremo que dispone la expropiación de los terrenos donde se ubican las ciudadelas incas materia de Reivindicación; concordante con en Art. 531 del C.P.C. vigente”.*

---

<sup>319</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales. Op. Cit.* pp. 444.

<sup>320</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales. Op. Cit.* pp. 444.

Esta aseveración que reproducimos literalmente, es bastante discutible, toda vez que invoca el artículo 54<sup>0321</sup> del Decreto Legislativo nro. 313<sup>0</sup> el cual se encuentra derogado al momento de la demanda en virtud de la Séptima Disposición Final de la Ley N° 27117, publicada el 20 mayo de 1999. A nuestro entender no tiene sentido invocar el Decreto Legislativo Nro. 313, puesto que no fue una norma que haya estado vigente en el momento de la aprobación de la expropiación puesto que fue promulgada el doce de noviembre de 1984, ni tampoco es una norma vigente al momento de la presentación de la demanda. Respecto de la caducidad la ley Nro. 27117 la trata con amplitud en sus artículos 531<sup>0322</sup> y 532<sup>0323</sup> siendo enfático en que el

---

<sup>321</sup> Artículo 54.- Caducará el derecho del sujeto activo de la expropiación cuando no se iniciare el procedimiento expropiatorio conforme a lo dispuesto por el artículo 27, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la vigencia de la Resolución Suprema correspondiente, o cuando no se hubiere terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los dos años de la vigencia de dicha Resolución.

Producida la caducidad, el juez de la causa la declarará a petición de parte y no podrá disponerse nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa sino después de cuatro años de producida. (1)(2)(3)

(1) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 24584, publicado el 12-12-86, por causa de necesidad y utilidad públicas y Defensa Nacional se prorroga por dos años más el plazo de caducidad establecido en este artículo para los efectos de la expropiación dispuesta en el Decreto Supremo N° 008-76-VC a cargo del Ministerio de Aeronáutica.

(2) De conformidad con el Artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 110-97, publicado el 20-12-97, se deja en suspenso por seis meses contados a partir del 20-12-97, el plazo de caducidad previsto en este artículo, para los procesos expropiatorios que se encuentren en trámite.

(3) Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 26927, publicada el 26-02-98, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 54.- Caducará el derecho de sujeto activo de la Expropiación cuando no se iniciare el procedimiento expropiatorio conforme a lo dispuesto por el Artículo 27 dentro del plazo de seis meses contados a partir de la publicación o notificación de la Resolución Suprema expropiatoria o cuando no se hubiere terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro del plazo de cuatro años contados desde la interposición de la demanda."

Producida la caducidad, el juez de la causa la declarará a petición de parte y no podrá disponerse nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa sino después de cuatro años de producida."

<sup>322</sup> Artículo 531.- Caducidad.- El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo, caduca en los siguientes casos:

Cuando no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de 6 (seis) meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación.

Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los 24 (veinticuatro) meses contados desde la publicación o notificación de la Resolución Suprema correspondiente.

La caducidad se produce de pleno derecho. El Juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de 5 (cinco) años de dicho vencimiento.

derecho de reversión de un proceso de expropiación tiene plazo de caducidad determinable, el cual en el caso específico que nos ocupa, ha vencido también con largueza.

#### **1.5.2.5. Daños y perjuicios.**

En el texto de la primera demanda aquello que se solicita es curiosamente daños y perjuicios al Estado peruano, hasta la suma de Cien Millones de Dólares Americanos, amparándose en los artículos 1969<sup>o</sup> y 1984<sup>o</sup>.

El artículo 1969 del Código Civil habla de la responsabilidad subjetiva, en el sentido que aquél que por dolo o por culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo, agregando además que el demandado será quien debe probar la ausencia de dolo o culpa. En este caso el dolo o la culpa del Estado al tomar posesión de las construcciones prehispánicas conformantes del Santuario Histórico de Machupicchu, es bastante difícil de probar, puesto que como se ha visto anteriormente, dichas ciudadelas, necesitaban de urgente tratamiento especializado que garantizara su preservación, tratamiento que como es evidente la familia Abrill no estaba capacitada para realizar.

Entre las indemnizaciones que existen por daños o perjuicios, el daño moral es el más subjetivo por lo tanto el más complicado de mesurar. El artículo 1984<sup>o</sup> dice que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia. Repetimos que el daño moral es bastante difícil de establecer con exactitud, sobre todo en este caso en el que se han esperado más de cincuenta años para solicitarlo.

---

<sup>323</sup> Artículo 532.- Reversión.- Si dentro del plazo de 12 (doce) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Dentro de los 10 (diez) días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, éste deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

El derecho a solicitar la reversión caduca a los 3 (tres) meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente Artículo.

### 1.5.2.6. Los frutos.

Junto a la petición de reivindicación, en la segunda demanda, aquella que pretende reivindicar las construcciones que conforman el Santuario, se ha solicitado también pago de frutos previo peritaje.

Sabemos que los frutos son los provechos renovables que produce un bien sin que se altere ni disminuya su sustancia. Por propia definición del Código civil, además, el fruto “es un bien derivado directamente de otro bien, es un goce materializado en una realidad objetiva, no es el simple valor de uso.”<sup>324</sup>

Respecto de la propiedad de los frutos, en principio y para el código civil, son atribución del propietario del llamado bien madre, existen algunas observaciones, que deberemos precisar “la pertenencia de los frutos hecha por (el artículo 892 del Código Civil) no es exacto. Así por ejemplo, las cosechas de un fundo arrendado no pertenecen al propietario sino al arrendatario”<sup>325</sup> y también hay que observar que “los frutos como derivación de un bien madre, pertenecen normalmente al propietario de ésta, del cual se han originado o producido. Por ello, no tiene ningún sentido el art. 892, 1 C.C. cuando diferencia la clase de fruto para atribuírselo al propietario, al productor o al titular de la relación jurídica según se trate de frutos naturales, industriales o civiles.”<sup>326</sup>

En resumen, la solicitud de pago de frutos de la demandante, estará sujeta a la suerte que corra la principal pretensión que, en este caso, es aquella de cuya declaratoria de derecho y de propiedad dependerá el pago de los productos. Acorde con la opinión sostenida en esta tesis, considero que los frutos, de existir, deberían calcularse a partir del momento en que la obligación procedente de la resolución de expropiación se hizo exigible, hasta el día en que el actual Código Civil estuvo vigente. Sin embargo el debate sobre si esta deuda es aun exigible o se encuentra prescrita es un tema más allá de este estudio.

---

<sup>324</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales. Op. Cit.* pp. 444.

<sup>325</sup> ZAVALATA CARRUITERO, Wilvelder. *Código Civil*. Editorial Rodhas, Lima, 2002. pp. 960.

<sup>326</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales. Op. Cit.* pp. 444.



### 1.5.3. Machupicchu, ¿*Res Derelictae*?

Respecto de la titularidad de la Propiedad de Machupicchu, me pronuncio a favor del abandono como una alternativa válida para el Estado peruano para zanjar el problema generado por las titularidades de propiedad, ante la negativa práctica del mismo para iniciar proceso de expropiación alguno.

El primer cuestionamiento que nos hacemos es el de elegir entre el abandono o la prescripción adquisitiva de dominio por parte del Estado como institución más adecuada para el caso que venimos exponiendo.

La Usucapión, es probablemente una de las instituciones fundacionales del derecho civil contemporáneo, definida como “un modo de adquirir el dominio y los derechos reales por la posesión civil ininterrumpida en un tiempo señalado y cumpliendo ordinariamente unos requisitos legales <sup>327</sup> ”. Normalmente la Usucapión es la institución jurídica por excelencia para acceder a la propiedad a través de la posesión pacífica y continuada del bien, a pesar de no tratarse<sup>328</sup> de intereses inspirados en la justicia o la equidad, sino a la seguridad jurídica. Esta precisión nos permite entender la prescripción adquisitiva de dominio como un derecho orientado a otorgar seguridad jurídica a los derechos adquiridos en la realidad. A este respecto, según Díez-Picazo<sup>329</sup>, el centro de gravedad de esta institución, no se ubica en la dejación de la posesión de parte del titular, sino más bien en la voluntad de apropiación demostrada por la posesión continuada del usucapiente; se trata de proteger, antes que el futuro no ejercicio de un derecho conocido, la seguridad del tráfico jurídico, es decir, que la persona no se vea sometida a pretensiones inesperadas de terceros; de manera que, no tiene una

---

<sup>327</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La prescripción adquisitiva en el Código Civil: Fundamentos históricos y principios reguladores*. En. DIOS, Salustiano de *et altri*. (coord.). *Historia de la Propiedad Costumbre y Prescripción*. Servicio de Estudios del colegio de Registradores, Madrid, 2006. pp. 718.

<sup>328</sup> Como se señala en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 84/2002 de 22 de abril, recogida en: TORRES MATEOS, Miguel. *Accesión y Usucapión*. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2007. pp. 229.

<sup>329</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis *et altri*. *Sistema de derecho civil*. Vol. III. Tecnos, Madrid, 1997. pp. 142.

orientación subjetiva porque no es trascendente la voluntad de abandono de parte del sujeto, sino que tiene naturaleza objetiva pues busca asegurar la adquisición de derechos sobre el bien.

Desde esta perspectiva, la prescripción adquisitiva de dominio es una institución que en el sistema legislativo peruano<sup>330</sup> no está orientada a beneficiar al Estado. Esta postura es básicamente consuetudinaria, al no existir legislación o jurisprudencia que establezcan taxativamente dicha limitación que tiene su principal argumento en la garantía a la inviolabilidad del derecho de propiedad recogida en el artículo 70º de la Constitución Política del Perú<sup>331</sup>. Entendemos que el Estado no puede acceder a la propiedad de Machupicchu a través la prescripción adquisitiva por dos motivos, el primero sencillo y concluyente. que por mandato constitucional peruano el Patrimonio Cultural es imprescriptible y el segundo, un poco más elaborado se explica en que la usucapión construye un derecho de propiedad alterno al titular original a partir de la voluntad del poseedor contemporáneo que debe probar una serie de conductas que acrediten su voluntad de apropiarse del bien y de responder por él ante el sistema jurídico y al hacerlo se estaría infringiendo la Constitución en el sentido que ésta establece como única vía de apropiación de parte del Estado sobre un bien privado la expropiación previo pago de un justiprecio al propietario afectado.

El abandono tiene dos puntos nodales radicales para su existencia, la voluntad del *dominus* de desvincularse de la *res* y la consecuente extinción de su derecho de propiedad, que según Huerta Trólez es una “renuncia, pero referida exclusivamente al derecho de propiedad y exteriorizada a través de

---

<sup>330</sup> A diferencia de otras legislaciones de la región como la ley 24.320 de Argentina que regula la Usucapión de inmuebles por las provincias.

<sup>331</sup> **Artículo 70º.-**

Inviolabilidad del derecho de propiedad

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

la desposesión, desamparo o exclusión del poder jurídico de la cosa<sup>332</sup>”, al respecto, Díez- Picazo define esta institución como un “acto libre de voluntad del propietario por medio del cual, desamparándose y desposeyéndose de una cosa, da por extinguido su derecho de dominio sobre ella, ordinariamente por medio de una declaración de voluntad de carácter tácito<sup>333</sup>”

Uno de los debates más frecuentes alrededor de esta institución radica en que si el abandono es un acto jurídico o un negocio jurídico, para Huerta Trólez<sup>334</sup> la respuesta depende “de la idea que se represente con el término negocio jurídico, lo cual no es cuestión nada pacífica. En todo caso se trata de un acto de autonomía privada, libre y voluntario. La voluntad es el elemento esencial del abandono”. Para Díez- Picazo, el abandono se trata de un “negocio jurídico unilateral no recepticio<sup>335</sup>” de naturaleza dispositiva que afecta radicalmente la sustancia del derecho de propiedad, extinguiéndolo sin necesidad alguna de que dicha declaración de voluntad sea acusada o confirmada por tercero alguno. Queda claro, que el abandono jurídicamente hablando, es consecuencia de un negocio abdicativo de dominio que exclusivamente puede ser ejercido por el titular del dominio de propiedad en persona o vía representante legal, exclusivamente sobre un objeto que se halle bajo su dominio.

El abandono es una institución infrecuente en la práctica jurídica tanto peruano cuanto español, aunque no coincidimos con Huerta Trólez al restarle importancia, porque, si bien es cierto no es frecuente que las personas renuncien a sus bienes voluntariamente, es importante su existencia como institución expectativa que garantiza la seguridad jurídica en situaciones como la expuesta en esta investigación, a pesar de no estar expresamente

---

<sup>332</sup> HUERTA TRÓLEZ, Antonio. *El Derecho Real. El Derecho de Propiedad. Contenido del dominio. Limitaciones. Acciones protectoras. Modos de adquirir y perder el dominio*. En DELGADO DE MIGUEL (coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II, Volumen I*. Thomson - Civitas, Madrid, 2002. pp.170.

<sup>333</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI, Derechos Reales*. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012. pp. 41.

<sup>334</sup> HUERTA TRÓLEZ. *El Derecho Real. El Derecho de Propiedad. Contenido del dominio. Limitaciones. Acciones protectoras. Modos de adquirir y perder el dominio*. Op. Cit. pp. 170.

<sup>335</sup> DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI, Derechos Reales*. Op. Cit. pp. 42.

regulada por los códigos civiles peruano<sup>336</sup> o español<sup>337</sup>, sí se menciona su inclusión entre las causales de pérdida de la propiedad.

En este caso, no cabe argumentar vulneración constitucional alguna, respaldándose esta afirmación en el hecho que el abandono no responde a una acción determinada por parte de un tercero, sino mas bien a una declaración del propietario conducente a extinguir su derecho de propiedad, tiene un carácter subjetivo antes que objetivo.

“El abandono o derelicción<sup>338</sup> es la desposesión o desapoderamiento de un bien; conlleva la falta de ejercicio de las facultades inherentes a la propiedad, es decir la falta de uso y goce. De suerte que el abandono produce la pérdida del derecho de propiedad, Para ello no se requiere que otra persona adquiera dicho bien por usucapión, sino que en tal caso el bien inmueble o predio pasa a poder del Estado, en el caso peruano, el lapso debe ser de 20 años<sup>339</sup>.”

Díez- Picazo, menciona dos elementos que configuran la institución jurídica del abandono, el subjetivo o *animus* derelictandi “consiste en la voluntad de renunciar a la propiedad de la cosa (...) no es necesaria una voluntad de resultado práctico (...) la voluntad del abandono ha de ser libre y ha de estar válidamente formada con ausencia de vicios<sup>340</sup>”, a lo que Huerta Trólez acota que “el sujeto ha de tener la voluntad de conseguir un resultado práctico o empírico, un fin económico social, pero es indiferente que se pretenda o no la consecución de una finalidad jurídica<sup>341</sup>”.

---

<sup>336</sup> **Artículo 968.-** La propiedad se extingue por:

(...)

4.- Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

<sup>337</sup> **Artículo 610.-** Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

<sup>338</sup> El derecho contemporáneo asume abandono y derelicción como sinónimos, sin embargo, es necesario señalar que en el derecho romano no lo eran.

<sup>339</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 452.

<sup>340</sup> DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI, Derechos Reales. Op. Cit.* pp. 43.

<sup>341</sup> HUERTA TRÓLEZ. *El Derecho Real. El Derecho de Propiedad. Contenido del dominio. Limitaciones. Acciones protectoras. Modos de adquirir y perder el dominio. Op. Cit.* pp. 171.

El objetivo o *corpus derelictionis*, “es la conducta concluyente de abandono del dominio. Ordinariamente consiste en una desposesión de la cosa. Esto es, fundamentalmente en un desprendimiento, una ruptura de la relación práctica que nos liga con ellas (...) si la derelicción o abandono es una extinción del derecho de propiedad sin más aditamentos, no ofrece especial dificultad entender que, tras ella, las cosas anteriormente objeto de tal derecho devienen o se transforman en lo que jurídicamente se suele denominar *res nullius*, es decir, cosas que no son de nadie<sup>342</sup>”.

En el caso de Machupicchu, el plazo exigido por la norma se ha superado, tras haberse completado la compraventa del predio circundante. Y al no haberse concretado el proceso de expropiación el predio cayó en derelicción, por parte del primigenio dueño. Además, el Estado se comportaba como propietario con las acciones mencionadas con anterioridad como la carretera conocida como el camino Bingham inaugurada en el gobierno de Manuel Odría en octubre de 1948, la restauración del complejo Arqueológico de Machupicchu en 1952 o la creación en 1962 el museo de sitio de Machupicchu, acciones estas, próximas al inicio de la mencionada expropiación.

De esta manera se configuran todos los elementos que constituyen requisitos que apunta Ramírez Cruz<sup>343</sup> para la figura del abandono:

- El abandono consiste “paradójicamente en el ejercicio de una facultad de dominio mismo, la facultad de disposición”<sup>344</sup>, por lo que se puede considerar como una afectación al “derecho de disposición que el titular tenía sobre su bien”
- El abandono decididamente es la consecuencia de una declaración de la voluntad, “generalmente se le considera un acto jurídico (...) toda vez que se trata de un hecho jurídico donde se manifiesta la voluntad de renunciar al derecho”, hecho que se manifiesta al no demostrar la parte interesada, haber mantenido relación propietaria con el inmueble durante los años

---

<sup>342</sup> DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI, Derechos Reales*. Op. Cit. pp. 44.

<sup>343</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales*. Op. Cit. pp. 453.

<sup>344</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales*. Op. Cit. pp. 453.

transcurridos, como podría ser, el pago de tributos o labores de mantenimiento del bien.

- Es, como se ha dicho, un acto jurídico voluntario que además proviene de una sola declaración de voluntad, convirtiéndolo en un “acto jurídico unilateral, puesto que no se tiene en cuenta otra voluntad que la del propietario. Renuncia sin la necesidad de acto otro alguno por su parte; el titular no negocia el destino del bien a un tercero”.

- Por seguridad jurídica y para garantizar orden en su aplicación el abandono, es “irrevocable. Una vez consumado, el titular primigenio no puede dar marcha atrás y efectuar actos negatorios”.

- El abandono por tratarse de un acto que beneficia al Estado, es un acto que prescinde de acción por parte del abandonante es decir que “no es un acto solemne o formalista. Se trata simplemente de hechos externos (físicos), actitudes o conductas (...) Se perfecciona por la simple consumación de algunos hechos”.

- Al no necesitar una declaración formal, se restringe la posibilidad de limitar el abandono, por lo que este “no es parcial ni condicional. (...) afecta la totalidad del bien y no una parte. Es consecuencia de que la voluntad es irrelevante.

- De la misma manera es necesario probar el abandono por parte del interesado –que en este caso sería el Ministerio de Cultura -, “en forma indubitable (deben probarse) los hechos que acrediten que el bien se ha convertido en una *res derelictae*”.

Gonzáles Barrón hace la atinencia de la denominación o *nomen iuris*, según el cual no debería pretenderse una figura de supuesto abandono es decir la “dejación material de un bien unido a la abdicación de su titularidad jurídica o, en otras palabras, es la desposesión de la cosa con intención de perder la propiedad,”<sup>345</sup> sino mas bien, dadas sus características se acerca más a la prescripción extintiva de no uso.

Cabe mencionar lo que defiende un sector de la doctrina peruana, como Gonzáles Barrón, que sostiene que la hipótesis contenida en el artículo

---

<sup>345</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Curso de derechos reales*. Jurista editores, Lima, 2003. pp. 651.

968<sup>0346</sup> – 4 del Código Civil, está derogada por la aparición de la Constitución de 1993, posterior al Código, toda vez que, “El art. 70 Constitución Establece que el Estado garantiza la propiedad y la intromisión de éste sólo puede ocurrir en el caso de expropiación declarada por ley y previo pago de indemnización justipreciada. En ninguna parte se habla que el Estado pueda apropiarse de la propiedad privada por el solo no uso del titular, lo cual supondría imponer una obligación de aprovechamiento económico de los bienes bajo sanción de pérdida de la titularidad.”<sup>347</sup> A este respecto el tema es vasto y bastante complejo, hay muchos tópicos que analizar. Brevemente se puede decir, que efectivamente el temperamento de la Constitución de 1993 y su posición de defensa a ultranza de la propiedad privada, hacen que la posibilidad de aplicación de dicho artículo sea muy improbable, dadas las exigencias que contiene de justipreciar, toda apropiación que el Estado haga en su favor y proveniente de la esfera de dominio privada.

Por otro lado, no consideramos que la aplicación de este artículo represente una obligación de aprovechamiento económico de los bienes bajo sanción de pérdida del dominio, puesto que, el comportamiento del titular va más allá del aprovechamiento, conteniendo también obligaciones como el pago de tributos o la defensa de la integridad del inmueble. Sería muy difícil demostrar que una persona que paga los tributos correspondientes a su predio puntualmente - por lo menos dentro de un plazo menor a los veinte años próximos al momento de que el mismo pase a ser propiedad del Estado – ha abandonado su derecho de propiedad. Por lo que este abandono o dejación sin voluntad de pérdida de dominio va mas allá de la sanción al no uso económico de los bienes.

De esta manera el paso de la propiedad de Machupicchu a titularidad del Estado peruano, en virtud del artículo 968<sup>o</sup> – 4 del Código Civil, habría tenido lugar el 14 de noviembre de 1984, es decir, el día que dicho código entró en vigor. Sustentándose esta afirmación en el hecho que a la mencionada fecha

---

<sup>346</sup> **Artículo 968<sup>o</sup>.**- La propiedad se extingue por:

(...)

4.- Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

<sup>347</sup> GONZÁLES BARRÓN. *Curso de Derechos Reales. Op. Cit.* pp. 654.

habían transcurrido de sobra mucho más de los veinte años que exige la ley para el cumplimiento de este supuesto.

Al no haber reclamado el justiprecio debido, correspondiente a la expropiación, a pesar de nuevos hechos invasivos a su derecho de propiedad y tomando en cuenta la condición de diputado de don Emilio Abril Vizcarra, quedaría solamente que la institución del Estado interesada, es decir el ministerio de Cultura, solicite la inscripción en los Registros Públicos la derelicción de los mencionados inmuebles de manera total, incondicional e irrevocable a nombre del Estado Peruano. Y respecto de los inmuebles de la fracción 4 o Qquente deberán ubicarse catastralmente tras haberse delimitado adecuadamente las ciudadelas antes mencionadas con sus correspondientes áreas las cuales deberán ser establecidas por el Ministerio de acuerdo a la estandarización internacional de protección, puesto que si bien es cierto el contenido de los Registros Públicos se presume cierto, también se cierto que esta es una presunción *iuris tantum* es decir que admite prueba en contrario. Como señala Nussbaum, “Esta presunción sólo puede destruirse mediante prueba en contrario. Muchas veces, para ahorrar gastos, dejan de inscribirse actos de transmisión y extinción de derechos inmobiliarios, limitándose las partes a acreditar su existencia por medio de escritura. Cuando así acontezca, para contrarrestar la presunción de veracidad del registro bastará aducir la escritura que patentice aquellos actos<sup>348</sup>.”

Machupicchu, podría, sin afectación del derecho de propiedad, haber sido declarado como *res derelictae*. Utilizamos el modo condicional del verbo, en atención a la política y estrategia judicial que ha sido adoptada por la administración, que se ha mostrado errática, considerando la importancia del inmueble o eventualmente abusando de ella. Podemos mencionar el hecho de que de la Oficina de Asesoría Jurídica dirigida por el abogado Jorge Morales Zea, quien, en su informe Nro. 04-2008-DRC-C/INC-OAJ-RAOM<sup>349</sup>,

---

<sup>348</sup> Cit. NUSSBAUM, Arthur. *Tratado de derecho hipotecario alemán. Biblioteca de la revista de derecho privado hipotecario, Tomo I.* Madrid 1929, pp. 192. En GONZALES BARRÓN. *Tratado de derecho Registral Inmobiliario. Op. Cit.* Pp. 889

<sup>349</sup> Inserto en Anexo



del 14 de enero de 2008, tras de dos años de presentada la demanda más próxima y cinco de la primera, informe a su superioridad jerárquica como logro digno de elogio<sup>350</sup>, el apersonamiento de la oficina presidencial al proceso, sin reparar en graves contradicciones en la estrategia del demandante como la invocación de una norma derogada que mencionamos. En el camino de estos procesos, se corre peligro de vulnerar muchas veces, el derecho de propiedad privada.

Este trabajo, orienta a la morigeración de su absolutismo positivista, pero en ningún caso promueve su desprotección y menos aún en razón de la tiranía del poder del Estado representado por funcionarios y jueces incompetentes. El derecho de propiedad, no funda el derecho y la democracia occidentales, pero sí los representa y los defiende.

Uno de las principales objeciones a la declaración de derelicción o abandono es su enfrentamiento directo con la perpetuidad de la propiedad, incluso Avendaño Valdéz, declara que sobre el abandono existe una especie de derogación por el uso y que la acción reivindicatoria, tiene primacía sobre la derelicción basando su opinión “no sólo en la naturaleza del derecho de propiedad sino también en un argumento práctico: han pasado más de veinte años desde la promulgación del Código Civil y ningún predio urbano<sup>351</sup> ha

---

<sup>350</sup> Actualmente se ha logrado la incorporación al proceso al señor Presidente de la República a efecto que coadyuve en la defensa de los intereses del Patrimonio Cultural (...) Conforme se desprende de los logros alcanzados hasta la fecha, los profesionales que laboramos en esta dirección, estamos poniendo todo el esfuerzo posible a efecto de lograr que (...) Machupicchu, no pase a ser propiedad de particulares (...) hecho que me motiva a que en forma reiterada se sirva plasmar en una Resolución de Felicitación por la labor desplegada en defensa del Patrimonio Cultural de la Nación a favor de todo el personal que labora en esta Oficina de Asesoría Jurídica(...)

<sup>351</sup> Es importante señalar esta diferencia porque el Decreto legislativo nro. 653, del 7 de agosto de 1991, dispone que el abandono de las tierras rústicas ocurre cuando su propietario no las ha cultivado durante dos años consecutivos, respaldado por el artículo 88 de la Constitución Política del Perú, que dispone declarar abandonados, al vencer el plazo que señale la ley, los predios rústicos, pasando al dominio del Estado. Esta contradicción fortalice nuestra tesis de considerar al Patrimonio Cultural como un estatuto propietario especial, porque evidentemente, en el parquet, hay zonas que no han sido cultivadas hace mucho más de dos años que son casi la totalidad de las 33000 hectáreas que conforman Machupicchu, hecho por el cual, deberían en cualquier caso haber revertido a dominio del Estado automáticamente si se tratase de un inmueble rustico, si hablásemos de un inmueble considerado eriazó, el Estado, tendría la obligación de adjudicarlo en propiedad a aquellos que lo posean previo procedimiento administrativo y pago de tasas correspondientes, finalmente de tratarse de un inmueble urbano queda la derelicción, aunque el código no establece la obligatoriedad de pertenecer a esta categoría, se supone ello al estar las otras posibilidades cubiertas.

sido declarado en abandono y ha pasado al dominio del Estado<sup>352</sup> .

El artículo 927<sup>o</sup> del Código Civil peruano señala que “La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”. Para Díez-Picazo, la acción reivindicatoria consiste en “reclamar la entrega y restitución de una cosa determinada sobre la base de que el demandante es el propietario y tiene derecho a tener la cosa en su poder, mientras que el demandado, que es un simple tenedor, no tiene ningún derecho para retener la cosa<sup>353</sup>”, Peña Bernaldo de Quirós a su vez, señala que es la acción real por la que el propietario “hace efectivo su derecho de propiedad, con todo su alcance real y personal, frente a quien posee la cosa sin título suficiente<sup>354</sup>” .

Podría eventualmente, equipararse la prescripción adquisitiva con la derelicción, que resulta un castigo al propietario negligente de un predio. Sin embargo, no solamente, se castiga el no uso, como se ha dicho, se castiga el no uso económico de un bien, durante un período bastante extenso, veinte años. También se castiga la irresponsabilidad del *dominus* en relación a las obligaciones del propietario para con el Estado, como el pago de la tributación correspondiente. En este orden de cosas no podría hablarse con excesiva fortuna de una tipicidad fáctica que configure una situación resoluble vía acción reivindicatoria ya que el demandante en este caso ha renunciado unilateralmente a su condición de propietario o *dominus*.

Es precisamente dicha posible analogía, la principal objeción que encontramos para la aplicación del abandono en este caso. En el derecho peruano, la declaración es requisito obligatorio para la procedencia de la prescripción adquisitiva de dominio, esta declaración puede ser judicial, administrativa o notarial, pero precisa de una serie de requisitos como la prueba de la actuación del ocupante como propietario, que el tiempo de

---

<sup>352</sup> AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En PRIORI, Giovanni (ed.). *Estudios sobre la Propiedad*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013. pp. 119.

<sup>353</sup> DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI, Derechos Reales*. Op. Cit. pp. 61.

<sup>354</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos reales. Derecho hipotecario, Tomo I*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. pp. 335.

posesión ha sido ininterrumpido o que la ocupación ha sido pacífica y pública, en todo caso, solamente puede hablarse de propiedad una vez obtenida la declaración de la autoridad competente para ello y el correspondiente título. Según el razonamiento que equipara la derelicción y la usucapión, la declaración debería hacerse a iniciativa del Estado representado por la entidad correspondiente (en este caso el Ministerio de Cultura peruano), frente a las autoridades competentes. En la actualidad, están abiertos los procesos que conocemos respecto de la propiedad de Machiupicchu, si la usucapión y la derelicción pueden equipararse, es tarde para solicitar la propiedad vía abandono, sin embargo, nosotros creemos que al ser dos instituciones con objetivos diferentes, no pueden equipararse, puesto que como se ha dicho es necesaria la declaración de la Usucapión al tratarse de una institución cuyo principal objetivo es promover la seguridad jurídica del bien, a diferencia del abandono al que le basta con la simple desposesión del bien durante un plazo predeterminado por la legislación, hecho que también soluciona el hecho de que el Patrimonio Cultural en el Perú es, por mandato constitucional es imprescriptible, dejando en claro que el abandono no es una prescripción o caducidad del derecho del propietario sino mas bien una renuncia expresa al mismo.

Es evidente, que la norma positiva no es suficiente en sí misma para solucionar el problema, es por eso que el derecho pertenece al mundo de las humanidades y no al de las matemáticas, será trascendente la aplicación del derecho por parte de los jueces y de los operadores de la justicia. Quizás, Machupicchu merece mejor defensa de aquella que viola el derecho de propiedad obtusamente y cuyo accionar en el mejor de los casos, culminará en el pago de varios millones por parte del Estado peruano, en castigo por violar los derechos de propiedad de sus ciudadanos, eventualmente, se justifique así el condicional de nuestro verbo.

## Capítulo II

### El Patrimonio Cultural: Definiciones Y Contemporaneidades.

Las legislaciones más importantes en vigencia han evitado sistemáticamente una definición del Patrimonio Cultural. Nuestra experiencia con Machupicchu, ha servido para reflexionar respecto de algunos temas que nos preocupan. ¿Dónde radica el valor extrapatrimonial de Machupicchu? Y ¿Cómo puede hacerse la valoración económica de este valor para convertirlo en pasible de propiedad?

El poder legislativo realiza su función de creación del derecho positivo a partir de diversos intereses, determinados por las circunstancias históricas y por la ideología que inspira la reacción ante dichas circunstancias, dentro de un determinado contexto. Desde esta perspectiva, García Fernández<sup>355</sup> señala que históricamente, cuando se trata del Patrimonio Cultural, estos intereses, han sido de orden político-ideológico, “el arte, desde la más remota antigüedad, ha servido a dos fines políticos interconectados: la legitimación del poder y la propaganda política<sup>356</sup>”; de orden económico, esta categoría nos interesa particularmente porque García constriñe su análisis a bienes artísticos “tanto el artista renacentista que trabaja para la corte de un rey o para un rico burgués flamenco, como el pintor contemporáneo que expone en una galería privada, sin olvidar al anticuario que transacciona en calidad de comerciante, tienen en común la cualidad de ser sujetos en relaciones jurídicas de contenido patrimonial”, evidentemente, esta percepción no podrá

---

<sup>355</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (comp.). Prólogo, *Legislación sobre Patrimonio Histórico*. Tecnos, Madrid, 1987. pp. 35.

<sup>356</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ (comp.). Prólogo, *Legislación sobre Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 36.

ser utilizada como válida para el Patrimonio Cultural como lo es para cierto patrimonio artístico, considerando la naturaleza invaluable de dicho patrimonio; de orden científico, el quehacer científico es un quehacer cultural, el Patrimonio Cultural promueve la difusión de saberes colectivos que son el principio y la base de la ciencia, “la ilustración tiene entre otros efectos políticos el de interesar al Estado en el mundo científico”; educativos, “la difusión de los bienes culturales entre los ciudadanos (con fines educativos) (...) tiene unas características materiales un tanto distintas (a los fines científicos) (...) que determinan regímenes jurídicos diferentes (...) desde esta perspectiva jurídica la diferencia fundamental estriba en el distinto destino de los bienes culturales”, estéticos, “las diferentes actitudes finalistas que adopta el hombre ante la obra de arte conllevan siempre a efectos jurídicos de importancia”. Esta lista, a nuestro parecer, adolece de elementos cohesionadores entre lo histórico y lo artístico, unidos al punto de trascendencia que explique el motivo por el cual el Patrimonio Cultural adquiere importancia global como categoría jurídica en la posmodernidad<sup>357</sup>.

El Derecho Positivo necesita definiciones para poder cumplir su función reguladora, *ergo* el Derecho necesita definir el Patrimonio Cultural para poder construir un sistema eficiente de propiedad que incluya a esta categoría sin las contradicciones que percibimos.

Uno de los objetivos de esta tesis, es ensayar una definición de Patrimonio Cultural que pueda contribuir a una posterior construcción legislativa. Es así que sostenemos que puede entenderse como Patrimonio Cultural todo

---

<sup>357</sup> Consideramos la posmodernidad para efectos de esta tesis, como un fenómeno temporal y espacial que influye en casi todas las ramas del quehacer humano, caracterizado principalmente por la nihilización del ser y la crisis de la percepción de la historia, que conduce a la desafección de los omnicomprendismos que marcaron la modernidad aunque sin terminar de superarla, motivo por el cual no puede considerarse revolucionaria desde una perspectiva clásica.

Algunos filósofos, excedieron la interpretación del fenómeno posmoderno y (alentados por la implosión del bloque soviético y la consecuente crisis del pensamiento dialéctico progresista) del llamado fin de la historia, reflexión que terminó de desbaratarse con la caída de las Torres Gemelas del *World Trade Center* en 2001, hecho que apresuró a otro grupo de filósofos a declarar la abolición de la posmodernidad, sin embargo, la crisis de los omnicomprendismos y la nihilización del ser, unidos a una gran ola antimetafísica del siglo XX, dan señales inequívocas de la irremediable disolución de los parámetros de la modernidad.

producto del trabajo humano, reconocido por cánones establecidos por la ideología dominante en un determinado momento histórico, como desarrollaremos.

## **2.1. La UNESCO y su legislación, entre la modernidad y la posmodernidad.**

Una de las características principales del Derecho de protección del Patrimonio Cultural es que goza de una homogeneidad bastante frecuente a nivel mundial debido a una serie de bases fundacionales que UNESCO ha generado y genera permanentemente.

“La UNESCO es la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Es una agencia de las Naciones Unidas que nace en 1945. El mandato de la UNESCO con respecto al Patrimonio Cultural es Protección y conservación del Patrimonio Cultural como memoria histórica del género humano y base fundamental para la construcción del futuro. Por ello su accionar se centra en dos aspectos: Normativo a través de la elaboración de instrumentos jurídicos, convenciones internacionales y recomendaciones. Formativo: a través de la difusión científica y técnica, la promoción y la cooperación<sup>358</sup>”.

El Patrimonio Cultural goza de protección internacional. Desde la UNESCO que a su vez promueve que los países miembros implementen a nivel local la legislación necesaria para la protección.

La historia de la política internacional de protección a través de la UNESCO como la conocemos hoy, se puede dar por iniciada en el año 1952<sup>359</sup>. Con la

---

<sup>358</sup> ARISTA ZERGA, Adriana. *Apuntes sobre la tutela jurídica del Patrimonio Cultural en el Perú*. En *Patrimonio Cultural y Derecho* nro. 15. Hispania nostra, Madrid, 2011. pp. 79.

<sup>359</sup> Aunque como antecedente trascendental mencionaremos la Convención sobre la protección de Bienes Culturales en caso de conflicto armado o Convención de La Haya de 1954 “En ella se confiere al bien cultural un status de garantía que lo protege de los ataques militares y la exportación. La importancia de esta convención envuelve varios aspectos: a) Histórico: Puesto que es el primer tratado internacional en materia de bienes culturales. b) Conceptual: Plasma la primera definición jurídica de bienes culturales, dejando de lado el término de cosas de arte. c) Internacional: Se enviste por primera vez a un organismo internacional, la UNESCO, de competencia en materia de bienes culturales. d) Jurídica: Incluye normas que obligan a los Estados a Realizar actividades preventivas de protección.”

construcción de la presa de Ashuán en Egipto, hecho que produciría la inundación de un sitio con valioso contenido histórico como los templos de Abu Simbel. Por iniciativa de la UNESCO, estas construcciones fueron trasladadas con el mayor soporte técnico y científico de la época, con el aporte económico de cincuenta países integrantes entre los que destacan cuantitativamente los Estados Unidos de Norteamérica. Se consideró que los resultados habían sido satisfactorios, hecho que promovió proyectos futuros en distintas lugares del mundo como la ciudad de Venecia en Italia, Mohenjo-Daro en Pakistán o el templo Borobudur en Indonesia. Es de esta manera como la UNESCO y el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios, deciden promover una convención internacional para proteger el patrimonio cultural común de la humanidad. Con la cooperación de varios países tras una serie de esfuerzos, fruto de la conferencia de la Casa Blanca (Washington D.C.) en 1965 o la Conferencia de la ONU sobre Ambiente Humano en Estocolmo de 1972, fue adoptada la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural por la Conferencia General de la Unesco en su XVII reunión celebrada en París el 16 de noviembre de 1972.

Por declaración propia<sup>360</sup> La UNESCO se encarga de preservar la insustituible riqueza de la humanidad: su diversidad y patrimonio común. Para ello, ha adoptado un conjunto de convenciones que ayudan a garantizar la protección y salvaguardia del patrimonio común de la humanidad en sus formas material e inmaterial.

### **2.1.1. Legislación De La UNESCO.**

- **La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.** Aprobada en 1972, condujo a la creación de la Lista del Patrimonio Mundial que, en junio de 2009, comprendía 890 sitios del patrimonio cultural y natural de valor excepcional. El Centro del Patrimonio Mundial es la Secretaría permanente de esta Convención.

---

ARISTA ZERGA. *Apuntes sobre la tutela jurídica del Patrimonio Cultural en el Perú.* Op. Cit. pp. 83

<sup>360</sup> UNESCO. *¿Qué es la unesco?, ¿Qué hace?*, [www.unesco.org/es/bpi](http://www.unesco.org/es/bpi).

Esta norma, a pesar de no ser la primera en el tiempo, resulta referente fundacional de la concepción de Patrimonio Cultural vigente en la actualidad.

Esta normativa, considera como patrimonio cultural a:

- Los monumentos: como obras de arquitectura, escultura, pintura y de estructuras excepcionales desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

arqueológicas, q

- Los conjuntos: grupos arquitectónicos, aislados o reunidos, cuya integración le otorgue valor especial al paisaje.

- Los lugares: obras del hombre o creaciones conjuntas del hombre y de la naturaleza; zonas arqueológicas, que tengan un valor excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

En cuanto al patrimonio natura

- Los monumentos naturales: formaciones físicas y biológicas, que tengan valor desde el punto de vista estético o científico.

- Formaciones geológicas y fisiográficas: que constituyan hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan valor desde el punto de vista estético o científico.

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

En el preámbulo estipula que, la labor de protección del Patrimonio Cultural, se encuentra dentro de las funciones esenciales e insustituibles del Estado y que debe constituirse como principal preocupación de los pueblos.

Uno de los aspectos principales de la Convención, es la alerta que lanza señalando que el deterioro o desaparición de los bienes del Patrimonio Mundial constituye un “empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo”, de manera que conmina a la colectividad internacional a participar en su protección, tutela y defensa recordando que los Estados parte



tienen la obligación de “identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras dicho patrimonio excepcional”.

Otro componente importante de esta Convención es la creación de instancias de ejecución de la Convención, entre las que cuentan: 1.

El

Comité del Patrimonio M

la Asamblea General, que se encarga de elaborar la lista de los bienes que pasen a formar parte del patrimonio de la humanidad. 2)

Fondo del

Patrimonio Mundial: es un fondo fiduciario constituido por contribuciones obligatorias y las que sean voluntarias de los Estados Parte, así como donaciones. 3)

Centro del Pa

reuniones anuales de la Mesa y del Comité del Patrimonio Mundial, además de asesorar a los Estados parte para la elaboración de las propuestas de inscripción de los bienes en la lista del Patrimonio Mundial. Cada Estado parte elabora una lista indicativa de bienes que buscan ser inscritos en la lista el que luego se eleva oficialmente al Centro del Patrimonio Mundial.

Esta lista del Patrimonio Mundial contiene los bienes del patrimonio cultural y del patrimonio natural, tal como los definen los artículos 1 y 2 de la Convención, que considere que poseen un valor universal excepcional.

### **-La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.**

Aprobada en 2003, trata de las expresiones culturales que se transmiten en el seno de las comunidades. En la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad establecida por la Convención figuran docenas de ejemplos de cultura tradicional y folclore. Puede considerarse complementaria de la Convención de 1972, desde la perspectiva de lo intangible. No tiene un carácter muy patrimonial, más bien está orientada a distinguir y establecer lo que ha de considerarse Patrimonio Cultural Inmaterial, promoviendo su difusión, conocimiento, respeto y preservación, estableciendo para dicho objetivo , órganos internacionales como el Comité Intergubernamental para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, estableciendo y determinando las funciones de Estados Parte a nivel nacional.

**-La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático.** Entró en vigor en enero de 2009. Aspira a proteger del saqueo y la destrucción los bienes culturales de sitios arqueológicos subacuáticos. La característica que más nos llama la atención de esta Convención es la ausencia de reglamentación respecto de la propiedad sobre el Patrimonio Cultural Subacuático, no tiene pretensión de dirimir disputas o demandas relativas a estos tópicos o de reglamentarlos. Establece la obligación entre los Estados parte, de preservar el Patrimonio Cultural Subacuático, incluyendo los restos humanos que se encuentren debajo del agua, priorizando la conservación *in situ*, es decir debajo del mar, exceptuándose esta obligación si se trata de un aporte significativo a la protección o conocimiento del Patrimonio Cultural Subacuático.

Un punto importante a resaltar de esta Convención es la voluntad de no explotar el Patrimonio Cultural Subacuático comercialmente con fines de lucro o especulativos y evitar su diseminación.

**- La Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, aprobada en 1954.** Y su Segundo Protocolo de 1999 ayudan a reconstruir comunidades devastadas, restablecer sus identidades y vincular su pasado con su presente y futuro. Entre todas las convenciones, ésta es la que más vacía suena ahora, considerando que en el año 2003, durante la guerra de Irak, el ejército de los Estados Unidos de Norteamérica, estableció su campamento militar en los restos de la antigua Babilonia, ocasionando numerosos destrozos, vertidos, paso de vehículos pesados y helicópteros, destrucción de la avenida de las Procesiones por el paso de tanques, extracción de ladrillos de la Puerta de Ishtar reconstruida por Saddam Husein, cementerio de vehículos, cava de zanjas en torno a Etemenanki, grafitis, contaminación de suelos y otros que hasta ahora no pueden medirse debido a la situación en que se encuentra la zona. Incluso, varios tesoros de incalculable valor, encontrados en la ciudad y expuestos en los museos de Bagdad fueron sustraídos y vendidos por internet.

La importancia legislativa de este acuerdo, radica en que es el primer documento internacional donde se utiliza la nomenclatura Patrimonio Cultural.

Igualmente, mencionaremos que entre ambas convenciones los estados parte, se comprometen a: 1. Disminuir las consecuencias de los conflictos armados sobre el Patrimonio Cultural y a adoptar medidas preventivas para dicha protección tanto en guerra, como en tiempo de paz. 2. Salvaguardar y respetar los bienes culturales durante el conflicto armado sin importar si dicho conflicto es internacional o interno. 3. Instituir mecanismos para la protección de estos bienes. 4. Marcar ciertos edificios y monumentos importantes con un emblema de protección especial. 5. Crear unidades especiales dentro de las fuerzas armadas para proteger el patrimonio cultural.

Igualmente, vía protocolo las partes se comprometen a: Prohibir la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado, exigir el retorno de este tipo de bienes al territorio del Estado al que le fueron sustraídos; prohibir la apropiación de bienes culturales en concepto de reparación de guerra.

- **Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales.** Desde 1970 constituye un instrumento internacional de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Fomenta asimismo políticas sobre el patrimonio que fortalezcan el respeto de la diversidad cultural.

- **Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural,** adoptada en 2001, se establece que la diversidad es patrimonio común de la humanidad, la Organización ha puesto un empeño cada vez mayor en fomentar la diversidad y el diálogo que se refuerzan mutuamente.

- **La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales** de 2005 reafirma el derecho de los Estados a dotarse de políticas culturales; reconoce la especificidad de los bienes y servicios culturales <sup>idad, valores y significado,</sup> y fortalece la cooperación internacional para fomentar las expresiones culturales de todos los países.

### 2.1.2. Legislación internacional relevante.

Querol menciona alguna legislación internacional que puede resultar relevante para nuestros intereses,

“Los textos internacionales sobre la protección del Patrimonio Histórico o Cultural tienen una historia bastante corta; en realidad, aunque la *Carta de Atenas* de 1931 y otros textos más o menos conocidos se sitúen cronológicamente en la primera mitad de este siglo, hasta después de la Segunda Guerra Mundial occidente no tomó plena conciencia de la capacidad destructora de La civilización moderna. Por otra parte y de forma paralela, comienza a introducirse en la sociedad capitalista, como una seña de identidad, el deseo de proteger y de conservar para el futuro los elementos que atestiguan su paso por la historia.”<sup>361</sup>

- **Carta de Atenas 1931**, Aprobada por la conferencia de Atenas, convocada por la Oficina Internacional de Museos, dependiente de la Sociedad de Naciones el 30 de octubre de 1931, señala en su artículo más emblemático (artículo X) que la

“mejor garantía de conservación de los monumentos y de las obras de arte viene del afecto y del respeto del pueblo, y considerando que estos sentimientos pueden ser favorecidos mediante una actuación apropiada por los poderes públicos, considera que los educadores deben poner empeño en habituar a la infancia y a la juventud para que se abstengan de toda acción que pueda degradar los monumentos y los eduque para entender su significado e interesarse en la protección de los testimonios de toda civilización”.

Al respecto<sup>362</sup> señalan que a pesar de su contenido utópico la Carta de Atenas establece una serie de principios a nivel internacional “en gran Parte aún vigentes y que fueron origen de las legislaciones nacionales europeas”.

- **Recomendación que define los Principios Internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas de Nueva Delhi 1956**; Fue aprobada el 5 de diciembre de 1956 por la UNESCO, justamente para

---

<sup>361</sup> QUEROL FERNÁNDEZ, María *et altri*, 1996. *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional*. En *Complutum Extra* nro. 6 (II). UCM, Madrid, 1996. pp. 295.

<sup>362</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA, María *et altri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. Comares, Granada, 2009. pp. 27.

instaurar principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas. Su aprobación tuvo un contexto internacional muy interesante dado que habían pasado

“poco más de una decena de años desde la finalización de la segunda guerra mundial. Europa está dividida por un telón de acero y el mundo occidental comienza a vivir a fondo otro tipo de guerra, la fría, que incluye en América una resuelta y hasta sangrienta oposición a todo lo que suene a comunismo — y a pesar de ello en Cuba se instala un gobierno revolucionario en 1959 — mientras que la intervención de las tropas soviéticas en Hungría provoca miles de muertos<sup>363</sup>”.

Es necesario tener en cuenta que este texto es un texto primigenio y originario, puesto que daba nacimiento a muchos conceptos nuevos dentro de un mundo aun dominado por la desconfianza internacional,

“Resulta lógico encontrar en este primer texto, pionero en un mundo occidental que ha considerado las excavaciones arqueológicas como un feudo propio o una avanzadilla del espionaje y el colonialismo, avisos sobre temas tan inocentes y románticos a nuestros actuales ojos como recomendar a los diferentes países que, en caso de ocupación de territorios por guerra, no se realicen excavaciones arqueológicas y si en la construcción de trincheras u otras de tipo militar se encuentran restos arqueológicos, que se devuelvan al país ocupado, junto con su documentación, una vez terminado el conflicto. En este texto aparece por primera vez la expresión Patrimonio Arqueológico, aunque no lo hace en el título, que se dedica a las excavaciones.”<sup>364</sup>

**- Recomendación número 365, de la Asamblea del Consejo De Europa, relativa a la defensa y valoración de los sitios (urbanos y rurales) y de los Conjuntos Histórico- Artísticos de 1963,** esta recomendación, es una declaración política de principios de Europa en el sentido de protección del Patrimonio Cultural europeo, “aconseja al

---

<sup>363</sup> QUEROL FERNÁNDEZ *et alri.* *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional.* Op. Cit. pp. 297

<sup>364</sup> QUEROL FERNÁNDEZ *et alri.* *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional.* Op. Cit. pp. 298.

Comité de Ministros, como objetivo prioritario, convocar una conferencia europea en el marco del Consejo de Europa para salvaguardar y revalorizar los sitios y conjuntos histórico artísticos y definir y promulgar un programa de actuación común<sup>365</sup>.

**- La Carta de Venecia de 1964.** Aprobada como conclusión final del II Congreso Internacional de Arquitectos y Técnicos el 31 de mayo de 1964 con el nombre de Carta Internacional Para la Conservación y Restauración de Monumentos, cuya importancia radica en la ampliación de la noción de monumento en relación con la Carta de Atenas que habla de “obras maestras en las cuales la civilización ha encontrado su más alta expresión y que aparezcan amenazadas (artículo I), en esta carta

“la noción de monumento histórico comprende tanto la creación arquitectónica aislada, como el ambiente urbano o paisajístico que constituya el testimonio de una civilización particular, de una evolución significativa o de un acontecimiento histórico. Esta noción se aplica no sólo a las grandes obras, sino también a las obras modestas que, con el tiempo, hayan adquirido un significado cultural (Artículo I)”

Este artículo, sirve además para graficar la perspectiva moderna del Patrimonio Cultural, que combina artificialidad e historia para contrastarlos con naturaleza (en tanto ausencia de rastro cultural relevante). “En este sentido será fundamental el mantenimiento de las condiciones ambientales<sup>366</sup> “evitando todo tipo de construcción demolición o utilización que pueda alterar las relaciones de los volúmenes y los colores (Artículo VI).

**- Informe final de la reunión sobre conservación y utilización de monumentos y lugares de interés histórico y artístico**

---

<sup>365</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA, María *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. Comares, Granada, 2009. pp. 52.

<sup>366</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. *Op. Cit.* pp. 27.

**De 1967**, también conocida como las Normas técnicas del Quito que forman parte de la Reunión para la utilización de monumentos y sitios de valor histórico y artístico, entre cuyas expresiones más notorias podemos rescatar el equilibrio entre función social y turística del Patrimonio Cultural,

“Los valores propiamente culturales no se desnaturalizan ni comprometen al vincularse con los intereses turísticos y, lejos de ello, la mayor atracción que conquistan los monumentos y la afluencia creciente de admiradores foráneos, contribuyen a afirmar la conciencia de su importancia y significación nacionales. Un monumento restaurado adecuadamente, un conjunto urbano puesto en valor, constituyen no sólo una lección viva de historia sino un legítimo motivo de dignidad nacional”.

**- El Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Arqueológico de Londres, 1969.** Este documento fue firmado en Londres el 6 de mayo de 1969 en un contexto internacional bastante distinto de la anterior norma. En el mundo occidental la situación era más relajada y se inicia el despegue económico que permite la eclosión de movimientos estudiantiles de carácter idealista (Mayo del 68). En el resto del planeta no hay tregua: muchos países africanos consiguen en esta década su independencia, normalmente a base de costosas guerras civiles de duración casi indefinida. Se inicia la revolución cultural en China (1966) y la guerra fría pierde su virulencia en el espacio exterior, cuando los afanes por controlar la tierra se sustituyen por la carrera hacia los estériles satélites y planetas que nos rodean.

“El origen del Convenio de Londres de 1969 está conectado con el deseo de algunos países mediterráneos de controlar el expolio del Patrimonio Arqueológico, y el subsiguiente tráfico ilícito de bienes; sin embargo, el texto resultante se centra más en el control de las excavaciones y de la información: no se tuvo en cuenta entonces la importancia del impacto de las obras públicas en la conservación o destrucción del PA., obras que inmediatamente después, en el desarrollismo de los años 70, se multiplicaron de una forma casi imprevisible. Habrá que esperar a que la Unión Europea imponga la necesidad de los estudios sobre el impacto ambiental causado por las

obras públicas, para que se comprenda la importancia de este punto en la gestión del Patrimonio Arqueológico. Mientras tanto, un porcentaje difícil de evaluar pero en todo caso impresionante de restos arqueológicos, se perdieron para siempre.”<sup>367</sup>

**- La Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico y la Declaración De Ámsterdam De 1975**, La Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico se publica el 26 de setiembre de 1975 publica el Comité de Ministros del Consejo de Europa cuyos principios de reflejan en la Declaración del Congreso de Ámsterdam sobre Patrimonio Arqueológico. La carta consta de diez principios donde se vislumbra el inicio de la superación del monumentalismo como concepción del Patrimonio Cultural “el Patrimonio europeo está formado, no solamente por nuestros monumentos más importantes, sino también por los conjuntos que contribuyen nuestras ciudades antiguas y nuestros pueblos de tradición en su ambiente cultural o construido”.

**-Conclusiones del coloquio sobre centros históricos ante el crecimiento de las ciudades contemporáneas de 1997**, redactado en Quito , el 11 de marzo de 1977 cuenta con tres secciones:

- i. Definición de Centro Histórico, “los Centros Históricos no sólo son Patrimonio Cultural de la Humanidad, sino que pertenecen en forma particular a todos aquellos sectores que los habitan”
- ii. Situación actual, “donde se pone de manifiesto toda la problemática que afecta a los centros históricos de las ciudades iberoamericanas, especialmente las andinas (que en realidad no es muy diferente de cualquier gran ciudad) ligada a una realidad socioeconómica particular, cuyas consecuencias más inmediatas son el hacinamiento resultante de la inmigración masiva desde el ámbito rural, segregación social, abandono de los centros y la consiguiente depauperación de la zona<sup>368</sup>”.
- iii. Hacia una política de conservación integral de los Centros Históricos,

---

<sup>367</sup> QUEROL FERNÁNDEZ *et alri*. *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional*. Op. Cit. pp. 299.

<sup>368</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. Op. Cit. pp. 71.



Trata de conservación integral que contenga la “revitalización de los Centros Históricos (...) en los planes directores de desarrollo urbano y territorial”

- **Recomendación 880 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a La Conservación del Patrimonio Arquitectónico europeo de 1979**, Publicada básicamente con la finalidad de reiterar a los Estados miembros la necesidad de realizar esfuerzos comunes para preservar el Patrimonio Cultural europeo, “Las tareas comunes que hay que realizar son múltiples y variadas: desde la catalogación de los edificios de interés, a ser posible con criterios semejantes, al otorgamiento de poderes legales que aseguren una protección eficaz; desde la necesidad de poder contar con una serie de poderes que eviten demoliciones o transformaciones de edificios catalogados (...) a la posibilidad de reducir y controlar la contaminación, la circulación y los estacionamientos o suspender el cableado aéreo o platar árboles”

- **La Carta de Florencia De 1981**. Adoptada por el Comité Internacional de Jardines Históricos – ICOMOS-IFLA el 21 de mayo de 1981, cuya principal importancia según radica según Martínez y Sánchez-Mesa<sup>369</sup> en el debate que se origina respecto de la restauración de jardines resaltando que especialistas como Dezzi Bardeschi, consideran a esta carta peligrosa porque “porque supone un paso atrás de más de siglo y medio así como un homenaje tardío a las ideas francesas defensoras de la restauración/repristino estilística. Ello supondría tirar por la borda todos los esfuerzos encaminados a proponer como objetivo prioritario la permanencia del monumento-documento<sup>370</sup>”.

- **Conclusiones de la Conferencia General de Berlín de 1982**, Producto de la campaña Europea para el renacimiento de la Ciudad puesta en marcha por el Consejo de Europa, cuyo acto final, la Conferencia General De Berlín, se

---

<sup>369</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et altri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. *Op. Cit.* pp. 31.

<sup>370</sup> Cit. DEZZI BARDESCHI, Marco. *La carta italiana dei giardino storici otto anni dopo*. En *Restauro: Punto e da capo*. Franco Angeli, Milano, 1991. pp. 305. En MARTÍNEZ JUSTICIA *et altri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. *Op. Cit.* pp. 31.

celebra del 8 al 12 de marzo de 1982, donde se recogen conclusiones en diez apartados Diez exigencias que conviene satisfacer para fundar unas ciudades para vivir. “Cada uno de estos enunciados (...), es desarrollado siguiendo un esquema similar al de la carta Europea del Patrimonio Arqueológico, pero no con demasiada amplitud y desde luego sin incluir ninguna aportación nueva<sup>371</sup>”.

**- Convención Para La Salvaguarda del Patrimonio Arqueológico De Europa, Carta de Granada De 1985,** Su importancia radica en ser un convenio, vinculante obligatorio para sus adherentes, que resume años de doctrina del Consejo de Europa en la materia. La “política común de los Estados europeos deberá profundizar y desarrollarse en torno al concepto de conservación integrada, definido en la Carta Europea del Patrimonio Arqueológico<sup>372</sup>”.

**- La Carta Internacional para la conservación de las Ciudades Históricas, Carta De Toledo De 1986.** Aprobada por el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios en setiembre de 1986, está conformada por un Preámbulo y dieciséis artículos en donde se manifiestan los objetivos perseguidos y los métodos e instrumentos necesarios para la conservación de ciudades históricas, “aunque en ningún momento se utiliza el término acuñado en 1975, conservación integrada, sin embargo los requisitos que ésta exige sí que están en gran medida contemplados a lo largo de los diferentes artículos<sup>373</sup>”

**- La Carta para la protección y la gestión del Patrimonio Arqueológico, Lausana 1990.** El contexto mundial de la aprobación de esta carta es bastante actual. A inicios de la década de los noventa había caído el Muro de Berlín y la URSS, estaba en su última etapa antes de desmoronarse y con

---

<sup>371</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. Op. Cit. pp. 57.

<sup>372</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. Op. Cit. pp. 58.

<sup>373</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. Op. Cit. pp. 32.

ella todo el bloque oriental detrás de la cortina de hierro.

“Dentro de la UNESCO existe el ICOMOS (International Council of Monuments and Sites), que se ha dedicado con preferencia a cuestiones relacionadas con la arquitectura; en 1981 se inicia una presión para la consideración de la Arqueología. Que consigue la creación en 1984 del ICAHM (International Committee on Archaeological Heritage Management). Este Comité se propone, en primer lugar, lanzar al mundo una carta comparable con la de Venecia de 1966, para la conservación del Patrimonio Arquitectónico, que pueda ser aceptada universalmente y que ofrezca los puntos de partida para el desarrollo de lo que el ICAHM considera la Gestión del Patrimonio Arqueológico (Archaeological Heritage Management): la identificación, protección, conservación y presentación al público de los restos del pasado, sean del período que sean y estén en el lugar del mundo que estén.”<sup>374</sup>

**- La Convención Europea para la protección del Patrimonio Arqueológico de Malta, 1992;** Se presentó durante la tercera Conferencia de los Ministros responsables del Patrimonio Cultural del Consejo de Europa los días 16 y 17 de Enero de 1992. Su objetivo principal fue el de revisar la Convención de 1969 (Londres 69); de hecho se denomina de la misma forma (Convención europea para la protección del Patrimonio Arqueológico). Sin embargo existen bastantes diferencias entre ellas.

“Malta tuvo muchos antecedentes además de Londres 69. De hecho, todos los trabajos iniciados por el Consejo de Europa durante la década de los 80 sirvieron para demostrar la importancia de algo que antes no se había tenido en cuenta respecto a la conservación y gestión del Patrimonio Arqueológico: su indisoluble unión con la planificación de los territorios. Esos problemas se revisaron en Florencia en 1984 (Planificación y Arqueología) y en Niza en 1987 (Arqueología y grandes obras públicas). También fueron esos problemas los protagonistas principales de la Recomendación para la Conservación Integrada del Patrimonio Histórico, relativa a la

---

<sup>374</sup> QUEROL FERNÁNDEZ *et alri*. *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional*. Op. Cit. pp. 300

protección y puesta en valor del Patrimonio Arqueológico en el contexto de las operaciones urbanísticas de ámbito urbano y rural, presentada en 1989 como resultado de los trabajos realizados en 1984 y 1987, La lectura de cualquiera de esos textos ilustra bien la oposición entre los deseos desarrollistas de las personas que planifican y los de las que se dedican al conocimiento y protección del Patrimonio Arqueológico. Por comparación con ellos, Malta se ha quedado, como veremos, muy corta. La convención de Malta ya ha entrado en vigor en el escaso número de países que han firmado su adhesión. Es muy probable que España lo haga en un plazo de tiempo breve, sobre todo teniendo en cuenta que fue uno de los países que más apoyaron la idea inicial con la presentación de informes específicos.”<sup>375</sup>

- **Carta de Veracruz De 1992**, Redactada en México D.F. el 22 de mayo de 1992, consta de seis puntos: introducción, situación actual, deberes y derechos, la situación política frente al centro histórico, modelo de gestión y conclusión. En la redacción de este documento puede percibirse un ambiente de pesimismo en lo relacionado a la protección del Patrimonio Cultural, al pasar América Latina por un momento de grave crisis económica y al cumplirse una fecha emblemática de aniversario del arribo europeo a sus costas con consecuencias trágicas para sus pobladores originarios, se sostiene la tesis del Patrimonio como capital social al servicio de los ciudadanos, “la comunidad (...) conciente de(l) doble valor – cultural y social – del Centro Histórico, deberá asumir derechos y obligaciones que permitan su conservación, disfrute y transmisión”.

- **El documento de Nara sobre la autenticidad De 1994**. Es producto de la Conferencia de Nara sobre la Autenticidad respecto a la Convención del Patrimonio Mundial, orientado a definir el concepto de autenticidad dentro de la protección del patrimonio Cultural, “lejos de aportar una definición precisa del concepto (una tarea *per se* harto complicada), el documento pone de manifiesto la indisoluble relación que existe entre la comprensión de dicho concepto y la interpretación y lectura que cada cultura puede realizar del

---

<sup>375</sup> QUEROL FERNÁNDEZ *et alri*. *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional*. Op. Cit. pp.300.

mismo<sup>376</sup>

- **Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales robados o exportados ilícitamente, de 1995**, ejerce una fuerte influencia sobre la legislación especializada como lo señala Scheider<sup>377</sup>,

*“L’influence exercée par la Convention d’UNIDROIT de 1995 est tangible à de nombreux égards, indépendamment du nombre de pays qui l’ont ratifiée. Cette influence peut être constatée dans certaines législations rendues par les tribunaux d’États qui n’ont pas encore ratifié cette dernière convention, l’effet de ce texte y est cependant perceptible”.*

Para nuestra investigación la relevancia de este convenio radica principalmente en que grafica de manera taxativa el interés social que tienen los objetos del Patrimonio Cultural. Es decir, se le otorga al Patrimonio Cultural un status de interés de Estado, otorgándole un valor que amerita un gran despliegue de recursos jurídicos y materiales.

- **La Carta de Cracovia de 2000**, fue producto del trabajo de la Conferencia Internacional de Conservación de Cracovia 2000, hecha pública el 26 de octubre el año 2000 (*Cultural Heritage as the Foundation and the development of Civilization*). Deja permear la influencia recibida por la unificación jurídica europea, conteniendo los Principios para la conservación y la restauración del patrimonio construido a partir de los nuevos condicionamientos como diversidad cultural, mutabilidad del concepto Patrimonio Cultural, intensificación del valor identidad y otros.

“Su contenido se compone de un preámbulo y catorce artículos estructurados en una serie de apartados, el primero de ellos dedicado a los objetivos y métodos de conservación, donde se hace alusión a las diferentes modalidades de intervención

---

<sup>376</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. *Op. Cit.* pp. 33.

<sup>377</sup> La influencia ejercida por la convención de UNIDROIT de 1995 es tangible y tiene numerosas consideraciones, independientemente del número de países que la hayan ratificado. Esta influencia puede ser constatada en algunas legislaciones dictadas por los parlamentos de Estados que aún no han ratificado dicha convención, el efecto de este texto es entonces perceptible (Traducción del autor). SCHNEIDER, Marina. *Qu’offer la Convention d’UNIDROIT DE 1995?.* En GEMNETTI, Francesca (Coord.). *La Convention UNESCO de 1970 et sa mise en application: Estat des lieux et perspectives*. Dike Verlag AG., Zürich, 2011. pp. 175.

conservativa (artículos 1 – 4); el segundo desarrolla un elenco de los diferentes tipos de patrimonio constituido a tener en consideración (artículos 5 – 10); el tercero establece indicaciones respecto a la gestión de la conservación (artículos 11 – 12); el cuarto determina los principios a seguir en la formación y educación, tanto social como profesional, en el ámbito de la conservación del Patrimonio (artículo 13) y el quinto por último, estimula la adopción de medidas legales y administrativas que garanticen la correcta puesta en práctica de las políticas de conservación así como la efectiva cualificación de los profesionales dedicados al sector (artículo 14)<sup>378</sup>.

**- La Carta de Nizhny Tagil Sobre El Patrimonio Industrial De 2003.** Esta carta muestra el derrotero que sigue el concepto Patrimonio Cultural en la actualidad, a pesar de no haber sido adoptado directamente por ICOMOS, sino por el Comité Internacional para la Conservación del Patrimonio Industrial. Esta carta protege el Patrimonio Industrial definiéndolo en su artículo 1º como aquél que se compone por los “restos de la cultura industrial que poseen un valor histórico, tecnológico, social, arquitectónico o científico” que pueden estar compuestos por “edificios y maquinaria, talleres, molinos y fábricas, minas y sitios para procesar y refinar, almacenes y depósitos, lugares donde se genera, se transmite y se usa energía, medios de transporte y toda su infraestructura, así como los sitios donde se desarrollan las actividades sociales relacionadas con la industria, tales como la vivienda, el culto religioso o la educación”.

### **2.1.3. Modernidad Y Posmodernidad En La Visión De La UNESCO.**

La legislación sobre Patrimonio Cultural, que está muy homogenizada entre los países que la adhieren, constituye un caso bastante *sui generis* dentro de la órbita legislativa global y definitivamente marca un derrotero importante en su construcción legislativa, al no tener antecedentes parecidos en la historia

---

<sup>378</sup> MARTÍNEZ JUSTICIA *et alri*. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. *Op. Cit.* pp. 62.

mundial. También se hace evidente que esta legislación está fuertemente inspirada por la lógica de la multiculturalidad y una percepción fragmentaria de la historia, que podemos ver reflejada en un texto de presentación para la declaración Universal de la Unesco sobre la diversidad Cultural, redactado por Koichirō Matsuura<sup>379</sup>, titulado: La riqueza cultural del mundo reside en su diversidad dialogante; que nos deja muchas reflexiones y cabos sueltos sobre la naturaleza ambivalente de la ideología que inspira al Patrimonio Cultural:

“La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural se aprobó por unanimidad en una coyuntura muy singular: acababan de producirse los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 y la 31a reunión de la Conferencia General de la UNESCO constituía el primer gran encuentro de nivel ministerial después de aquel día aciago. Ello brindó a los Estados la ocasión de reafirmar su convicción de que el diálogo intercultural es el mejor garante de la paz, y de rechazar categóricamente la tesis que auguraba un choque ineluctable entre las culturas y civilizaciones”.

Este inicio de texto resulta una hermosa y vacía declaración de principios, sugiriendo que luego de este acontecimiento de trascendencia mundial, la historia continuaría su decurso hacia el desvanecimiento del absolutismo comunista y la adopción de la estética de la diferencia, pero dentro de la lógica del mercado global.

“Un instrumento de esta envergadura es algo novedoso para la comunidad internacional. En él se eleva la diversidad cultural a la categoría de *patrimonio común de la humanidad*, el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos, y se erige su defensa en imperativo ético indisociable del respeto de la dignidad de la persona”

la diversidad a la que alude este texto, tras más de diez años de promulgado, es una muestra de que la libertad y diversidad que occidente prometía, se van diluyendo en un poder unívoco que necesita disciplina, ortodoxia, uniformidad y reafirmar su carácter expansionista y bélico, mediante un pensamiento totalizador y globalizado.

<sup>379</sup> MATSUURA, Koichiro. Prólogo en *Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural*. UNESCO, Paris, 2002. pp.18.

“La Declaración insiste en el hecho de que cada individuo debe reconocer no sólo el carácter plural de su propia identidad dentro de sociedades igualmente plurales.”

la alteridad en tod

El descubrimiento de la alteridad, en sí mismo, resultaría una gran conquista en el desarrollo de las sociedades, sin embargo, la globalización, con su ánimo totalizador, en pocos años ha conseguido desnudar las fobias más antiguas entre los humanos, además de instaurar otras nuevas.

## 2.2. Las Definiciones Más Importantes Del Patrimonio Cultural.

Existe una distinción fundamental entre Patrimonio Cultural en el sentido amplio y aquella que el derecho entiende y define con la finalidad de proteger inspirado por motivos históricos, estéticos, artísticos u otros. Cornu<sup>380</sup> entiende, desde la perspectiva de la doctrina francesa, que el Patrimonio Cultural desde el punto de vista no jurídico puede ser comprendido como un conjunto de valores cuya transmisión a las generaciones futuras, integradas por elementos<sup>381</sup> materiales e inmateriales, muchas de las cuales no es necesario proteger desde el ámbito jurisdiccional, en cambio, desde la perspectiva jurídica resulta un subconjunto de todo el Patrimonio Cultural, que el legislador elige para crear, a partir de la naturaleza de los bienes elegidos, un sistema de protección que resulte eficiente.

Entendemos, el Patrimonio Cultural es una categoría permanente en el tiempo y en el espacio, sin embargo, la categoría jurídica Patrimonio Cultural desde el punto de vista que Paveau llama discurso, está limitada a la

---

<sup>380</sup> CORNU, Marie. *Droit des biens culturels et des archives*. Noviembre, 2003. <http://eduscol.education.fr/chrgt/biensculturels.pdf>. pp. 3.

<sup>381</sup> El consejo de Europa, define como Patrimonio Cultural europeo: *L'héritage culturel européen est fait des créations de la nature et de l'homme, de richesses matérielles mais aussi de valeurs morales et religieuses, de convictions et de connaissances, de peurs et d'espoirs, de visions du monde et de modes de vie dont la diversité est source de la richesse de la culture commune sur laquelle se fonde la construction européenne*. El Patrimonio Cultural europeo está constituido por las creaciones de la naturaleza y del hombre, las riquezas materiales y religiosas, las creencias y conocimientos, los miedos y las esperanzas, las visiones del mundo y los modos de vida, donde la diversidad es fuente de la riqueza de la cultura común sobre la cual se construye la integración europea (Traducción del autor).



regulación omnicomprensiva de un subgrupo determinado del universo omnipresente que es el Patrimonio Cultural.

*“Patrimoine est une construction (...) de signes, qui relève (...) une réalité de second ordre, c’est-à-dire qui vient nommer et organiser la réalité première ou réalité phénoménale. On s’appuiera (...) sur la distinction et même l’opposition entre patrimoine et monument, et également sur ce qui ressemble à une intentionnalité du patrimoine: il a, en quelque sorte, des intentions (plutôt bonnes), puisqu’il est constitué dans le but précis d’être à la fois reçu et transmis, les deux étant inseparables<sup>382</sup>”.*

El Ministerio de Cultura (Antiguo Instituto Nacional de Cultura-INC) peruano, en un documento explicativo para el público define patrimonio cultural de la siguiente manera:

“Cuando hablamos de patrimonio nos referimos a la herencia de bienes materiales e inmateriales que nuestros padres y antepasados nos han dejado a lo largo de la historia. Se trata de bienes que nos ayudan a forjar una identidad como nación y que nos permiten saber quiénes somos y de dónde venimos, logrando así un mejor desarrollo como personas dentro de la sociedad. Todas las personas formamos parte de una familia pero somos, al mismo tiempo, integrantes de una comunidad, de una región, de un país. De la misma manera en que heredamos bienes materiales y tradiciones familiares, recibimos también el legado de la cultura que caracteriza a la sociedad donde crecemos y nos desarrollamos. Estas expresiones distintivas que tenemos en común como la lengua, la religión, las costumbres, los

---

<sup>382</sup> Patrimonio es una construcción de signos que muestra una realidad de Segundo orden, es decir que viene a nombrar y organizar la realidad principal o realidad fenomenal. Nos apoyaremos en la distinción y hasta oposición entre patrimonio y monumento, e igualmente en lo que parece ser una internacionalización del patrimonio: hay en cierta forma intenciones (quizá buenas), puesto que están constituidas en el punto preciso de ser a la vez recibidas y transmitidas, las dos son inseparables (Traducción del autor). PAVEAU, Marie-Anne. *La notion de patrimoine: lignées culturelles et fixations sémiotiques*. En BEYLOT, Pierre et altri (dir.). *Fictions patrimoniales sur grand et petit écran. Contours et enjeux d’un genre intermédiaire*. Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2009. pp. 25.

valores, la creatividad, la historia, la danza o la música son manifestaciones culturales que nos permiten identificarnos entre nosotros y sentir que somos parte de una comunidad determinada y no de otra. Esta herencia colectiva es el patrimonio cultural<sup>383</sup>”.

Patrimonio en el sentido estricto, consiste en el conjunto de bienes que pertenecen a una persona o grupo de personas, sin tomar en cuenta el medio del que se han servido para adquirir dicha titularidad. Lógicamente esta condición de dominio resulta heredable entre las generaciones de un mismo pueblo, adquiriendo un componente principalmente histórico, pero no exclusivamente histórico,

“los contenidos del Patrimonio no se limitan al pasado conservado, sino que se está construyendo permanentemente: cuando revisamos nuestro entorno, establecemos nuevas categorías patrimoniales o al crear nuevos referentes que son asumidos y valorados como relevantes por la propia colectividad<sup>384</sup>”.

Descubrimos entonces, que el patrimonio Cultural, está fuertemente marcado por la lógica histórica<sup>385</sup>, que frecuentemente va a otorgarle su valor extrapatrimonial, sin embargo, la condición de histórico<sup>386</sup> de un elemento no

---

<sup>383</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA. *¿Qué es Patrimonio Cultural?*. CEI-INC, Lima, 2008. pp. 02.

<sup>384</sup> AGUDO TORRICO, Juan. *Reflexión sobre nuestro patrimonio Etnológico. Pensando en Andalucía*. En UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA (Coord.). *Patrimonio Histórico y desarrollo territorial*. UNIA, Sevilla, 2009. pp. 98.

<sup>385</sup> (François) Guizot a créé le service des Monuments Historiques pour réconcilier les Français avec leur Histoire, fracturée par la Révolution. François Guizot creó el servicio de monumentos históricos para reconciliar a los franceses con su historia, fracturada por la Revolución (Traducción del autor). SAINT-PULGENT, Maryvonne De. *Le patrimoine au risque de l'instant*. En *les cahiers de médiologie*, 2001-1, nro. 11. Gallimard, Paris, 2001. pp. 303.

<sup>386</sup> De hecho este atributo histórico del Patrimonio Cultural antiguamente era ignorado por una legislación tan importante como la italiana. Por el contrario, la ley de protección se enfocaba en criterios exclusivamente estéticos, inspirados básicamente por el valor y la rareza de las obras de arte elitista, orientados a su vez, a satisfacer los intereses de la élite económica. Luego, en 1939 se aprueba una ley que a pesar de haber tenido sesenta años de vigencia no cambia demasiado esta concepción, considerando al Patrimonio Cultural como un conjunto de objetos inertes, indiferentes al legado histórico. Limitando la actuación del Estado a una mera preocupación por preservar intacto el bien, en lugar de ponerlo a disposición de la comunidad. La Comisión Franceschini diseñó nuevos horizontes para el Patrimonio Cultural, la ampliación del concepto supuso mayor ámbito de acción por parte de la administración estatal, hecho que consecuentemente amplió los horizontes de acceso del gran público.

es suficiente para constituir Patrimonio Cultural, es necesaria la creación de un vínculo de conversión desde Patrimonio Histórico “mediante el conveniente discurso que justifique su valoración como testimonio relevante del proceso de construcción o expresiones de modos de vida de una determinada colectividad. De no ser así los testimonios sólo tienen un valor histórico<sup>387</sup>”.

Cuando unimos el concepto patrimonio con el de cultura, obtenemos una serie de cambios que inciden profundamente en el nivel básico del patrimonio, “la vinculación de los conceptos de Patrimonio y Cultura supone la afirmación (...), de que existe un conjunto de bienes que, independientemente de quien los posea jurídicamente en un momento dado (...), pertenecen al conjunto de la comunidad y ha de velarse por su preservación<sup>388</sup>”.

Patrimonio Cultural, es el resultado conceptual e idiomático de una dialéctica evolutiva, hasta considerar a sus integrantes como testimonios materiales dotados de un valor de civilización de acuerdo a la famosa Declaración I<sup>389</sup> de la Comisión Franceschini<sup>390</sup>. Las conclusiones de esta comisión, se convertirán en un referente trascendental para las construcciones legislativas en el mundo, resaltando que uno de sus integrantes, Massimo Severo Giannini señalará un importante camino construido a partir de las conclusiones de la comisión, al afirmar que existen “determinados bienes materiales (...) que

---

<sup>387</sup> AGUDO TORRICO. *Reflexión sobre nuestro patrimonio Etnológico. Pensando en Andalucía. Op. Cit.* pp. 99.

<sup>388</sup> AGUDO TORRICO. *Reflexión sobre nuestro patrimonio Etnológico. Pensando en Andalucía. Op. Cit.* pp. 99.

<sup>389</sup> *Dichiarazione I.- Patrimonio culturale della Nazione. Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà.* Declaración I.- Patrimonio cultural de la nación. Pertenecen al patrimonio cultural de la nación todos los bienes que hagan referencia a la historia de la civilización. Se sujetan a la legislación los bienes de interés arqueológico, histórico, artístico, ambiental y paisajístico, archivístico y libresco, y cada bien que consttuya testimonio material con valor de civilización (Traducción del autor).

<sup>390</sup> La *Commissione Franchescini* fue oficialmente denominada *D'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e del paesaggio* (Comisión de investigación para la protección y valorización del patrimonio histórico-arqueológico y valoración del patrimonio histórico artístico y del paisaje), fue instituída por la ley de 16 de abril de 1962, nro. 310, del Parlamento Italiano para estudiar las condiciones vigentes y las necesidades en orden a la tutela y protección de las cosas de valor cultural.

ofrecen una dimensión cultural, en cuanto a expresiones del devenir histórico del hombre (...) y poseen de una manera inmanente la referida cualidad cultural<sup>391</sup>”.

Es desde esta perspectiva, que la normativa sobre Patrimonio Cultural, tiende a constituir un sistema jurídico organizado *ad hoc*, orientado a la protección de un universo de bienes, tanto materiales como inmateriales jurídicamente indefinidos<sup>392</sup>, “*appare come un insieme coordinato di norme costituenti un sistema, e quindi caratterizzato da un indirizzo unitario proprio del sistema nel suo complesso*”<sup>393</sup>”.

Más allá de las definiciones académicas, las legislaciones han definido el Patrimonio Cultural como una especie de *tertium genus*, es decir, que en muchos casos enumera con bastante prolijidad el tipo de bienes que serán identificados como de interés cultural pasibles de protección estatal, dejando, sin embargo, abierta la posibilidad de crearse nuevas categorías o intereses de acuerdo con el devenir de los acontecimientos históricos.

La UNESCO, en el artículo 1 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 1972, define que se considerará Patrimonio Cultural:

- “Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de c

---

<sup>391</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan. *El ordenamiento estatal del Patrimonio histórico español: Principios y bases de su régimen jurídico*. En REDONDO LAGÜERA, José-Pablo (dir.). *El Patrimonio Cultural español, aspectos jurídicos – Curso monográfico*. Ayuntamiento del Burgo de Osma, Guarnizo, 1994. pp. 51.

<sup>392</sup> Es trascendente el apunte de Roca Roca hace respecto de la complejidad de los bienes de interés cultural, separándola en: 1. Bienes materiales; 2. Bienes Inmateriales; 3. Un *tertius genus* “recogido por la legislación (...) que se integra por elementos fácticos conjugados por razones estéticas, históricas, arqueológicas, etc. como son los parajes urbanos, los parajes rústicos y los parajes naturales (...) que no pueden catalogarse estrictamente desde el punto de vista material”. ROCA, Eduardo. *El patrimonio artístico y cultural*. IEAL, Madrid, 1976. pp. 25. Además deberá agregarse el hecho de que los bienes de interés cultural, normalmente tienden a presumirse, es decir no necesitan una declaración administrativa previa para ser considerados como tales, limitándose las legislaciones a una enumeración parcial de aquellos bienes que eventualmente podrían considerarse como de interés cultural, pero sin cerrar la posibilidad a las sociedades de agregar motivaciones de acuerdo a sus propios razonamientos.

<sup>393</sup> Aparece como un conjunto coordinado de normas que constituyen un sistema, por lo tanto, se encuentra caracterizado por una dirección propia y unitaria (Traducción del autor). ALIBRANDI, Tommaso *et altri*. *I beni culturali e ambientali*. Giuffrè ed. Milano, 1985. pp. 20.

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”.

Es importante mencionar que el término Patrimonio Cultural fue utilizado por primera vez, en la Convención Para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conficto armado de mayo de 1954. También se habla de Patrimonio Cultural y Actividades Culturales en la Convención Cultural Europea de diciembre de 1954, “*per favorere lo studio della lingua, della storia e della civilta dei paesi firmanti*<sup>394</sup>”

El *Code du patrimoine* francés, señala que “*Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique*<sup>395</sup> . Es importante para nuestro estudio señalar la *Loi sur les monuments historiques* de diciembre de 1913, que establece un baremo para definir aquellos bienes inmuebles que deberán ser comprendidos dentro de la normativa de protección<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> Para favorecer el estudio de la lengua, historia y cultura de los países firmantes (Traducción del autor). ALIBRANDI, Tommaso *et altri*. *Il diritto dei beni culturali. La protezione del patrimonio storico-artistico*. Carocci ed. Roma. 2000. pp. 16.

<sup>395</sup> El patrimonio se entiende, para el presente código, como el conjunto de bienes, muebles o inmuebles, más allá de la titularidad pública o privada, que presentan un interés histórico, artístico, arqueológico, estético, científico o técnico (Traducción del autor).

<sup>396</sup> *Sont compris parmi les immeubles susceptibles d'être classés, aux termes de la présente loi*  
:

En Italia, el *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, señala en su artículo 2, que el Patrimonio Cultural está constituido por bienes culturales y paisajísticos, los cuales en concordancia con los artículos 10 y 11<sup>397</sup> del mencionado código presentan un determinado interés coherente con los objetivos de la norma, es decir continúa la tradición de la ley de 1939 de no definir el Patrimonio Cultural, sino de elaborar una lista cuidadosa pero no excluyente de las situaciones que han de convertir un bien en acreedor de la protección estatal por razón de su interés cultural. Al respecto, Alibrandi y Ferri, señalan que

*“Tuttavia, dai lavori della Commissione Franceschini in poi l’esigenza di una definizione legislativa del bene culturale, si è venuta facendo sempre più pressante. In un’ottica strettamente giuridica, occorre immediatamente avvertire che in questo (caso) è necessaria la massima cautela. Una definizione che riuscisse ad essere così pregnante da risultare davvero vincolante per l’interprete rieschierebbe, infatti, si ancorare la nozione di bene culturale al momento temporale della sua posizione legislativa precludendo qualsiasi evoluzione della categoria<sup>398</sup>”*

---

1° *Les monuments mégalithiques, les terrains qui renferment des stations ou gisements préhistoriques ;*

2° *Les immeubles dont le classement est nécessaire pour isoler, dégager ou assainir un immeuble classé ou proposé pour le classement ;*

3° *D'une façon générale, les immeubles nus ou bâtis situés dans le champ de visibilité d'un immeuble classé ou proposé pour le classement.*

Se comprenden entre inmuebles susceptibles de ser clasificados a los términos de la presente ley:

1° Los monumentos megalíticos, terrenos que contienen establecimientos o depósitos prehistóricos.

2° Los inmuebles en los cuales la clasificación es necesaria para aislar, aperturar o restaurar un inmueble clasificado o propuesto para la clasificación.

3° De una manera genérica, los inmuebles sin construir o construidos en el campo de visibilidad de un inmueble clasificado o propuesto para la clasificación (Traducción del autor).

<sup>398</sup> A pesar de la labor de la Comisión Franceschini la exigencia de una definición legislativa de bien cultural, se ha venido haciendo cada vez más profunda. Desde una perspectiva

En el Perú, el artículo II de la ley número 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, del año 2001, define bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación a

“toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley”.

Separan dichos bienes de aquellos que configuran el Patrimonio Natural, que se recoge en legislación distinta. Esta norma, como podemos ver, tampoco se aventura a desarrollar una definición del Patrimonio Cultural en sí mismo, como es habitual en las técnicas legislativas contemporáneas.

Como hemos visto, a pesar de la homogeneidad internacional, no se ha logrado configurar una definición de Patrimonio Cultural. Desde la perspectiva retroalimentadora española, el omnicomprensivismo francés o el internacionalismo de la UNESCO, se aglutinan en un conjunto indeterminable de elementos, cuya conservación ya no necesita de justificación más allá de la propia lógica de su contenido, porque, al representar la capacidad de creación, los valores espirituales y la facultad creadora humana<sup>399</sup> en los cuales confluyen intereses privados y públicos, “distintos de los del puro propietario, que son intereses de la comunidad y que tienen que coordinarse con aquéllos de la forma más eficaz para la conservación de ese patrimonio<sup>400</sup>”.

---

estrictamente jurídica se advierte que en este caso es necesaria una máxima cautela. Una definición que tenga éxito y sea verdaderamente significativa y vinculante para el intérprete peligraría de estancarse en la noción de bien cultural existente al momento temporal de su legislación, excluyendo cualquier evolución futura de la categoría. (Traducción del autor). ALIBRANDI, Tommaso *et altri*. *Il diritto dei beni culturali. La protezione del patrimonio storico-artistico*. Op. Cit. pp. 16.

<sup>399</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José. *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Marcial Pons, Madrid, 2004. pp. 316.

<sup>400</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Op. Cit. pp. 316.

Resulta pertinente, comentar ahora la tesis planteada por Alonso Ibáñez<sup>401</sup>, en la cual se señala que “la base del tratamiento jurídico de los bienes que integran el Patrimonio Histórico no puede girar en torno a la situación de pertenencia de determinados objetos (...) de tal forma que la dimensión de las facultades correspond(en) al titular del derecho de propiedad”, puesto que según la mencionada autora, no existe derecho de propiedad propiamente dicho que se pueda ostentar sobre los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, siendo que la relación entre sujetos de derecho privado y aquellos bienes resulta un “régimen jurídico-público de tutela de una clase especial de bienes inmateriales<sup>402</sup>”. Consideramos que no le falta razón a Alonso Ibañez cuando en la exposición de su razonamiento señala que para satisfacer las exigencias de interés público que tienen estos bienes no es suficiente la técnica de la función social de la propiedad, sin embargo, resulta quizás un exceso pretender que el propietario de un bien de esta naturaleza sea considerado una especie de socio-administrador del Estado en cuestión de la cultura. El argumento principal es la insostenible estatalización del Patrimonio Cultural, cuando es sabido que las grandes obras de la humanidad –desde el punto de vista principalmente artístico- son, en gran parte, fruto de la iniciativa privada y de la libertad de expresión tolerada o no, por el poder político y hasta de la disidencia política, moral, religiosa y desde esta perspectiva se reconocería al Estado y su administración como creadores o promotores monopólicos de la cultura, relegando a los ciudadanos a una posición de mero celador de la gran cultura del pasado. Igualmente, la autora al negar el derecho de propiedad privada sobre el Patrimonio Cultural y no afirmar su propiedad pública, sino que parece convertir a los bienes protegidos en una especie de *res nullius*, cuya conservación se condiciona a la capacidad económica y voluntad política del Estado y por otro lado, la ventaja económica, social o moral que pueda significar para el sujeto co-administrador, realizar el esfuerzo que significa la protección de un bien sin ostentar su propiedad.

---

<sup>401</sup> ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario. *El Patrimonio histórico . Destino público y valor cultural*. Thomson - Civitas, Madrid, 1992. pp. 128.

<sup>402</sup> ALONSO IBÁÑEZ. *El Patrimonio histórico . Destino público y valor cultural. Op. Cit.* pp. 131.



El problema, radica más allá del simple comportamiento del sujeto propietario frente al objeto apropiable de interés cultural. El valor del Patrimonio Cultural, está formado en la lógica colectiva, en el interés colectivo, en un pueblo, una nación o la especie humana, además de no poder explicarse, sino desde la moralidad colectiva, que difícilmente se traduce en mercancía y por su lado, el derecho de propiedad moderno. Es un concepto que precisamente abomina de lo colectivo, al haber sido diseñado para excluir a los demás integrantes de una colectividad de disfrutar del objeto.

Es innegable, en este momento de la historia, que el Patrimonio Cultural, no puede constituir una excepción en la valoración de los bienes desde la perspectiva del mercado. El Patrimonio Cultural, en tanto patrimonio<sup>403</sup> constituye capital. El punto de debate se encuentra en qué tipo de capital.

Pierre Bourdieu identifica (respecto del capital como base de dominación) cuatro tipos de capital: cultural, social, económico, y simbólico. El capital cultural, se encuentra vinculado a los recursos de carácter distintivo; el social Bourdieu<sup>404</sup> lo asocia a la capacidad de establecer relaciones sociales a partir de la pertenencia a determinados grupos; el capital económico se refiere al poder del dinero, y el capital simbólico, es definido como “el capital económico o cultural en cuanto conocido y reconocido<sup>405</sup>”. El valor del Patrimonio Cultural, entonces, puede comprenderse, como lo exponen Sori y Tubaldi<sup>406</sup>, dentro del capital simbólico.

Desde la perspectiva de la generación de riqueza, el Patrimonio Cultural constituye en sí mismo un factor de incremento de la riqueza. Para ejemplificar Sori expone el hecho de que la marca identitaria *made in Italy* garantiza “*qualità elevata garantisce elevati livelli di prodttività e reddito pro capite, grazie, essenzialmente alla straordinaria disponibilità di capitale simbolico (cultura, arte, paesaggio) che l'Italia ha accumulato durante il*

---

<sup>403</sup> Jurídicamente, patrimonio está conformado por “el conjunto de bienes y obligaciones de contenido económico de que es titular esta persona, (...) (resaltando que en el derecho de los contratos esta noción) no tiene utilidad práctica, pues no se puede disponer por contrato como un todo único de la totalidad del patrimonio. ZURRILLA, Ángeles *et altri*. *Los bienes y el patrimonio*. En CARRASCO, Angel (Dir.). *Derecho Civil*. Tecnos, Madrid, 2004. pp. 239.

<sup>404</sup> BOURDIEU, Pierre. *Le capital social*. En *Actes de la recherche en sciences sociales*, núm. 31. Maison des sciences de l'homme, Paris, 1980. pp. 4.

<sup>405</sup> BOURDIEU, Pierre. *Las cosas dichas*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2000. pp. 64.

<sup>406</sup> SORI, Ercole *et altri*. *Capitale simbolico e beni artistici in Italia (XI-XX secolo) quaderni monografici di proposte e ricerche*, nro. 37. Crace, Trento, 2012. pp. 11.

*lunghissimo arco temporale*<sup>407</sup>". Se demuestra, que el Patrimonio Cultural, forma parte importante de la estructura del mercado capitalista, otorgando a su propietario una especial reputación positiva, que resulta una ventaja comparativa, a la cual no puede accederse desde la lógica del capital exclusivamente económico. Sori utiliza el caso de las ventajas colectivas que tiene el pueblo italiano, por ser titular de una gran cantidad de Patrimonio Cultural, pudiéndose extrapolar a la visión privada y peruana en el restaurante la Huaca Pucllana, ubicado en uno de los centros comerciales y turísticos de la ciudad de Lima, que se dedica al negocio de la alimentación, pero, al mismo tiempo se encuentra ubicado a lado de la Huaca Pucllana, construida en el siglo V de nuestra era y que está formada por una construcción monumental de adobe pequeño de la época preincaica, siendo que lo más resaltante en el éxito de este negocio es el carácter único de sus instalaciones, que no podrían repetirse por otro capitalista por mucho capital económico que invierta.

En resumen, debemos diferenciar entre *Patrimonio Cultural*, que fundamentalmente se refiere a todos los frutos y huellas resultantes de la actividad humana en la tierra; *Patrimonio protegido*, que es un subconjunto de elementos del Patrimonio Cultural, que por su contenido, resultan trascendentes para la civilización y la ideología contemporáneas y finalmente en la motivación que lleva al hombre contemporáneo a valerse de legislación internacional para conservar objetos con valor cultural (casi siempre histórico), inclusive con más tenacidad que objetos contemporáneos más eficientes, hecho sin antecedentes de igual magnitud en otras épocas.

Esta tesis precisamente pretende que esa motivación, es una oda y una elegía al trabajo, idea que se plasma de una manera muy nítida en el Paisaje Cultural Industrial y Minero, "la mina es un paisaje de paradójicas dimensiones, (...) paisaje de dolor, esfuerzo, sufrimiento, muerte. La mina como antesala del infierno (...). Donde se desecha toda esperanza. Paisaje de invención, de maquinarios, de artilugios, de estrategias, de procedimientos

---

<sup>407</sup> Calidad elevada garantiza elevados niveles de productividad e ingreso per cápita gracias, esencialmente a la extraordinaria disponibilidad de capital simbólico (cultura, arte, paisaje) que Italia ha acumulado durante el tiempo (Traducción del autor). SORI, Ercole *et altri*. *Capitale simbolico e beni artistici in Italia (XI-XX secolo)*. Op. Cit. pp. 23.

mágicos<sup>408</sup>". En cierta manera, el Patrimonio Cultural, protegido y no, es una metáfora constante de la humanidad y su lucha por la existencia en una permanente sala de máquinas, elaborando estrategias, fabricando magia, tratando de huir de la única certeza que la humanidad nos regala, la certeza de la muerte. Y donde los frutos del trabajo, son probablemente, el único documento cierto de nuestra existencia.

### **2.3. Algunas definiciones y legislación relevante respecto de Patrimonio Cultural en la legislación española.**

#### **2.3.1. Ley española.**

Haremos una breve referencia de la legislación española cuya definición de Patrimonio Cultural probablemente radique en el Título Preliminar de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985, calificando al Patrimonio Histórico Español como el "principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea", complementando luego, dentro del artículo primero, que dicho patrimonio está integrado por "los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico". Los legisladores, insisten en la denominación Patrimonio Histórico Español, que a decir de Magán busca "romper con la equiparación de los bienes (del Patrimonio Cultural) con aquellos estrictamente de carácter histórico, artístico o histórico artístico, pasando estos a ser una más de las categorías que conforman el Patrimonio Histórico Español<sup>409</sup>", paralelamente

---

<sup>408</sup> SOBRINO SIMAL, Julián. *El Patrimonio Industrial y Minero*. En UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA (Coord.). *Patrimonio Histórico y desarrollo territorial*. UNIA, Sevilla, 2009. pp. 51.

<sup>409</sup> MAGÁN PERALES, José. *La circulación ilícita de Bienes Culturales*. Lex Nova, 2001. pp. 39.

a la opinión de Barrero, que señala que en este caso la nomenclatura Histórico, es perfectamente equiparable con el de Cultural<sup>410</sup>.

### 2.3.1.1. Legislación constitucional.

La legislación sobre patrimonio histórico, aparece inauguralmente en las constituciones europeas a partir de la posguerra de la primera guerra mundial. "Por un lado, algunas Constituciones abordaron el tema desde un punto de vista sustantivo que se aproximaba, sin llegar a configurarlo explícitamente, a la fijación de un derecho subjetivo al acceso y disfrute de los bienes culturales. Otras constituciones, por el contrario, trataban el Patrimonio Histórico desde una perspectiva más formal, concretamente en el marco de la distribución de competencias entre el Estado central y las unidades territoriales infraestatales<sup>411</sup>" El artículo 44 de la Constitución Española de 1978 en su primer numeral, señala que: Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. Al ser este uno de los primeros momentos en los cuales se hace una mención al derecho de la cultura, podemos ver que en este artículo y que conecta directamente con el preámbulo de dicha Carta Magna se encamina directamente a un "derecho de prestación que implica una previa acción positiva del Estado, a fin de que los ciudadanos puedan ejercitarlo (...) tiene las garantías reales propias de los principios previstos en (...) la Constitución: un principio de vinculación finalista de la actividad de los poderes públicos aunque sin la posibilidad de exigibilidad inmediata ante los tribunales<sup>412</sup>".

De esta manera podemos ver que a partir de este artículo se construye toda la acción legislativa de protección del Patrimonio Cultural dentro del sistema legislativo español. A partir de esto último, conviene revisar, aunque brevemente, la fundamentación fáctica que da razón a la singularización constitucional del Patrimonio Cultural, ante lo cual podemos observar que "El

---

<sup>410</sup> BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 200.

<sup>411</sup> GARCIA FERNÁNDEZ, Javier. *Estudios sobre el derecho del Patrimonio histórico.* Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid 2008. pp. 80.

<sup>412</sup> GARCIA FERNÁNDEZ. *Estudios sobre el derecho del Patrimonio histórico. Op. Cit.* pp. 80.

elemento que envuelve y unifica jurídicamente los muy variados bienes materiales o inmateriales que constituyen el Patrimonio Histórico en su cualidad intrínseca de ser portadores de unos valores conectados a la historia de la civilización, de los que constituyen testimonio materiales que pueden ser disfrutados por los ciudadanos. Esta última cualidad de disfrute colectivo atraviesa toda su estructura jurídica de modo que se superpone a su dimensión dominical específica, sea pública o privada, impregna sus formas de utilización y legitima las medidas de tutela que pueden dictar los poderes públicos y que pueden conllevar servidumbres para sus titulares<sup>413</sup>.

Es relevante también lo apuntado por Abad Liceras<sup>414</sup> señalando que la Constitución española no le otorga competencia exclusiva sobre la administración del Patrimonio Cultural a ninguna entidad pública “el Estado mantendrá sus competencias sobre el patrimonio Cultural común y también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester de esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias”. Motivo por el cual, las competencias administrativas se dividen entre el “Estado y las Comunidades Autónomas<sup>415</sup> a través de las

---

<sup>413</sup> GARCIA FERNÁNDEZ. *Estudios sobre el derecho del Patrimonio histórico. Op. Cit.* pp. 80.

<sup>414</sup> ABAD LICERAS, José. *La protección del patrimonio inmobiliario histórico en el Ordenamiento jurídico vasco.* IVAP, Bilbao, 2002. pp. 26.

<sup>415</sup> Constitución española,

#### **Artículo 148**

Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

1.16. Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

#### **Artículo 149**

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1.28. Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.

previsiones contempladas (...) sin perjuicio de la estimación (...) respecto de la estimación al Estado del deber de potenciar el servicio a la cultura, facilitando su comunicación con las Comunidades Autónomas<sup>416</sup>”.

### **2.3.1.2. Ley 16/1985 del 25 de junio. Ley de protección del Patrimonio Histórico Español.**

Es bueno comenzar esta parte resaltando que la mencionada norma tiene más de veinte años de vigencia, por lo tanto, hay cuestiones que deben advertirse, principalmente en lo que respecta a la atribución de competencias entre el Estado y las comunidades Autonómicas. Sin embargo, revisaremos algunos tópicos importantes, iniciando por la taxonomía que hace de los bienes tutelados clasificándolos en: Bienes de interés cultural, que son aquellos de mayor relevancia jurídica y debe inscribirse en el Registro de Bienes de Interés Cultural. Bienes inventariados que gozan de singular relevancia por lo que acceden al Inventario General, sin llegar al Registro. Bienes valiosos, que a partir de un determinado monto, adquieren ciertas cargas legales tanto para el propietario como para el poseedor.

En el artículo 1.2<sup>417</sup> de la Ley de Patrimonio Histórico Español, se señala que: “integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y el bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

El artículo 15º señala que son monumentos aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de

---

<sup>416</sup> ABAD LICERAS, José. *La protección del patrimonio inmobiliario histórico en el Ordenamiento jurídico vasco. Op. Cit.* pp. 26.

<sup>417</sup> **Artículo 1**

2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico y antropológico.

escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social. Al respecto, Barrero señala que “ esta Ley intenta dar una definición más precisa (...) estableciendo de un lado , de qué tipo de inmuebles concretos es predicable tal carácter, y determinando, de otro, cuáles son los específicos intereses, que les hacen adquirir tal condición; una opción normativa que no puede decirse en sí misma mala o errónea, si no fuera porque la definición legal, lejos de aclarar el concepto de monumento, contribuye notablemente a enturbiarlo (...) de un lado porque con los términos empleados en la norma no se acierta a comprender muy bien (...) cuál es la base física de esta categoría jurídica; de otro porque la Ley (...) carece de suficiente precisión en la determinación de aquellas notas o caracteres que hacen a un determinado inmueble digno de una calificación de tal naturaleza<sup>418</sup>”

- Jardín histórico es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el ser humano de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos sensoriales o botánicos. “El valor estético, en primer lugar, de indudable similitud y parentesco con el artístico, integraría en el Patrimonio Histórico aquellos jardines que presentan un interés de tal naturaleza<sup>419</sup>”.

- Conjunto histórico es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es conjunto histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado. La más importante entre sus pares, la denomina Barrero, señalando que marca el tránsito de la protección individualizada a la protección a áreas más

---

<sup>418</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 210.

<sup>419</sup> BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 215.

extensas<sup>420</sup>, tratando de vincular la protección del Patrimonio a una estructura física que represente en sí misma la evolución de la comunidad humana, con lo que, se quiere hacer referencia, sin duda, a la forma en que los

“distintos elementos que componen esos núcleos que se incardinan o integran en el territorio, de tal modo que se haría con éstos referencia a lo que en el ámbito de la arquitectura se conoce por *trama urbana*, una concreta forma de disposición y uso del espacio, (...)un nuevo entendimiento en suma, de los conjuntos históricos con el que queda superada la arcaica concepción de éstos, (...) en cuyo ámbito se les identificaba con un mero núcleo o agrupación de edificaciones<sup>421</sup>”.

- Sitio histórico, es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del ser humano, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.

“Sitios históricos serían (...), los lugares o parajes escenario de sucesos relevantes para el conocimiento de la vida pública de los pueblos o aquellos otros manifestación o aquellos otros manifestación o expresión de una determinada forma de labrar la tierra o de cultivar el campo, lo que les dota de un indudable interés en cuanto testimonio de la actuación de los hombres de otro tiempo<sup>422</sup>”.

- Zona arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas<sup>423</sup>.

---

<sup>420</sup> BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 216.

<sup>421</sup> BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 217.

<sup>422</sup> BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 221.

<sup>423</sup> **Artículo 15**



El artículo 16<sup>424</sup> enuncia otro límite al derecho de propiedad que ha de anteponerse cuando se trata de bienes culturales inmuebles, limitando el otorgamiento de licencias municipales por el plazo que dure su declaración o no como integrante del Patrimonio Cultural. A este respecto resaltamos dos normas peruanas, la primera que es la ley de regularización de edificaciones que durante mucho tiempo sirvió en los procesos administrativos del antiguo Instituto Nacional de Cultura peruano como arma para regularizar edificaciones lesivas al Patrimonio Cultural y el procedimiento especial y transitorio para las licencias de edificación, ampliación o remodelación de establecimientos de hospedaje Ley número 29167 y se encarga de simplificar o permitir el salto de los trámites administrativos necesarios por tiempo

---

**1.** Son Monumentos aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social.

**2.** Jardín Histórico es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos.

**3.** Conjunto Histórico es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.

**4.** Sitio Histórico es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.

**5.** Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.

#### <sup>424</sup> **Artículo 16**

1. La incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse con carácter inaplazable en tales zonas precisarán en todo caso, autorización de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

2. La suspensión a que hace referencia el apartado anterior dependerá de la resolución o caducidad del expediente incoado.

determinado a los propietarios de hoteles y restaurantes de cinco estrellas y cuatro tenedores.

Lo tratado en los artículos 17<sup>0425</sup> y 18<sup>0426</sup> de la LPHE, es un tema que hasta ahora sigue lastimosamente en discusión dentro de la sociedad peruana puesto que no se entiende que un inmueble histórico solamente sea valuable en su contexto. En los anexos se puede ver la fotografía, que muestra el contexto del asentamiento urbano de “El áspero” contemporáneo de Caral, (5000 a.c.) el cual es obra de un grupo humano predominantemente pesquero que florece en la orilla del mar y realiza ahí sus edificaciones ceremoniales y habitacionales, mas su supervivencia sería absolutamente inconcebible sin la existencia del humedal adyacente que proveía de agua dulce y de fibra vegetal, la pregunta es ¿Qué sucedería si tal humedal desaparece por causa de la ampliación de la frontera agrícola, del crecimiento de la ciudad de Puerto Supe o de la construcción de un gran complejo hotelero?, pues la respuesta puede ser variada pero en cualquier caso veríamos que definitivamente el estudio del asentamiento de “El Áspero” como foco civilizatorio de la civilización peruana sería imposible dada su descontextualización.

En la legislación citada, los bienes muebles son susceptibles de ser declarados integrantes del Patrimonio Histórico Artístico Español, es decir, de interés cultural, independientemente de su régimen de propiedad, ahora, como se ha estado mencionando esta declaración además de los respectivos reconocimientos técnicos o turísticos, significa la aparición inmediata de cargas al derecho de propiedad de quien lo detente. A este respecto y de acuerdo a lo que nos interesa en la función calificadora del registrador,

---

<sup>425</sup> **Artículo 17**

En la tramitación del expediente de declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico deberán considerarse sus relaciones con el área territorial a que pertenece, así como la protección de los accidentes geográficos y parajes naturales que conforman su entorno.

<sup>426</sup> **Artículo 18**

Un inmueble declarado Bien de Interés Cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento previsto en el artículo 9º, párrafo 2º, de esta Ley.

deberá observarse “El cumplimiento de los requisitos y limitaciones impuestos por la legislación especial, los cuales también le son aplicables<sup>427</sup>”.

Este tipo de limitaciones al derecho de propiedad, son consecuencia de una serie de variaciones del derecho de propiedad antecedente cuyo más importante se halla en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, documento en el cual, a pesar de reconocerse la inviolabilidad de la propiedad y su condición de derecho fundamental, se reconoce su pasibilidad a ser limitada por situaciones que tengan su origen en el interés colectivo y/o estadual. Este tipo de limitaciones, da origen a una serie de circunstancias especiales, dentro del ámbito urbanístico en si propio en tanto sea adecuadamente considerada esta circunstancia en el Registro Público. “La incoación de un procedimiento de interés cultural de un bien inmueble, ya produce importantes efectos en el ámbito urbanístico como es el de suspensión de las correspondientes licencias de municipales de parcelación edificación o demolición en las zonas afectadas así como los defectos de las ya otorgadas<sup>428</sup>”.

En el artículo 19<sup>o</sup> <sup>429</sup> se pueden ver limitaciones de distinta naturaleza: prohibición de realizar obras que altere el inmueble, prohibición de colocar en

---

<sup>427</sup> CONCHEIRO FERNÁNDEZ, Jaime. *La inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad. Su regulación actual*. Dijusa, Madrid, 2000. pp. 605.

<sup>428</sup> CONCHEIRO FERNÁNDEZ, Jaime. *La inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad. Op. Cit.* pp. 651.

<sup>429</sup> **Artículo 19**

1. En los Monumentos declarados Bienes de Interés Cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Será preceptiva la misma autorización para colocar en fachadas o en cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, así como para realizar obras en el entorno afectado por la declaración.

2. Las obras que afecten a los Jardines Históricos declarados de interés cultural y a su entorno, así como la colocación en ellos de cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, necesitarán autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

3. Queda prohibida la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos declarados de interés cultural. Se prohíbe también toda construcción que

fachadas o en cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo y por último la prohibición de construir dentro de lo denominado jardín arqueológico. En la legislación peruana existen más o menos las mismas limitaciones, sin embargo tanto el tipo de legislación inmobiliaria del país como la deficiente y corrupta gestión la hacen prácticamente imposible de cumplir, por último las trasgresiones de este tipo se castigan principalmente con multas que en muchos casos, son imposibles de recaudar<sup>430</sup>.

El artículo 20<sup>431</sup> establece también claros límites de la propiedad privada sobre el Patrimonio Cultural, inclusive limitaciones preventivas otorgando al

---

altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación.

<sup>430</sup> Al respecto señalaremos que en la principal oficina del Ministerio de Cultura (antiguo Instituto Nacional de Cultura) que está en la ciudad del Cusco, no existe ninguna oficina que tenga como atribución, ejecutar las sanciones administrativas que se interpongan por parte de dicha autoridad a los infractores.

<sup>431</sup> **Artículo 20**

1. La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de, otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la existencia previa de planeamiento general.

2. El Plan a que se refiere el apartado anterior establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que sean aptos para ello. Igualmente contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas. También deberá contener los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas.

3. Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones.

4. Desde la aprobación definitiva del Plan a que se refiere este artículo, los Ayuntamientos interesados serán competentes para autorizar directamente las obras que desarrollen el planeamiento aprobado y que afecten únicamente a inmuebles que no sean Monumentos ni Jardines Históricos, ni estén comprendidos en su entorno, debiendo dar cuenta a la

propio municipio capacidad para actuar preventivamente hasta obtener la certeza técnica y legal para poder actuar con conocimiento de causa. Se establecen Cargas mediante las cuales los propietarios solamente podrán instalar servicios públicos, utilizar espacios y decorar fachadas exclusivamente de acuerdo a lo dispuesto por la autoridad correspondiente. La labor de protección del patrimonio Cultural es muy difícil de cumplir si se considera que representa la defensa de la inamovilidad en el tiempo de los inmuebles, frente a la búsqueda de provecho de los mismos de parte de los propietarios que siempre resulta arduo y es infrecuente hallar puntos medios. El artículo 22<sup>432</sup> toca un tema bastante polémico. En principio, observa la prohibición de edificar o remover terreno en zona declarada Patrimonio Cultural sin autorización del organismo pertinente. Pero también se prohíbe tajantemente, la colocación de publicidad comercial. Esta prohibición, no admite lugar a autorización o equivalente, pero ¿que pasa cuando la administración se contradice?, recordaremos que hace unos años en un comercial de cerveza una empresa peruana rompió una de las partes integrantes representativas del Parque de machupicchu, esta empresa realizó las acciones para dicho comercial a pesar de la negativa de la administración del Instituto Nacional de Cultura Cusco y con la complacencia de la central de Lima. Entonces la legislación que trata de privatizar la mayor cantidad posible de patrimonio y proteger lo menos posible, no hace mucho mas ni para castigar ni para reducir.

---

Administración competente para la ejecución de esta Ley de las autorizaciones o licencias concedidas en el plazo máximo de diez días desde su otorgamiento. Las obras que se realicen al amparo de licencias contrarias al Plan aprobado serán ilegales y la Administración competente podrá ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al Organismo que hubiera otorgado la licencia en cuestión, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística sobre las responsabilidades por infracciones.

<sup>432</sup> **Artículo 22**

1. Cualquier obra o remoción de terreno que se proyecte realizar en un Sitio Histórico o en una Zona Arqueológica declarados Bien de Interés Cultural deberá ser autorizada por la Administración competente para la protección de dichos bienes, que podrá, antes de otorgar la autorización, ordenar la realización de prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la presente Ley.

2. Queda prohibida la colocación de cualquier clase de publicidad comercial, así como de cables, antenas y conducciones aparentes en las Zonas Arqueológicas.

En el caso tratado en el artículo 37<sup>0433</sup> relativo al interés social, coincidimos con Gonzáles al decir que “el interés social es una noción unitaria, aunque variable con el tiempo y las circunstancias, pero que se encuentra integrado por una serie de asuntos, cuestiones o simplemente intereses en particular que desbordan el límite intersubjetivo del interés individual impuesto por el Derecho Civil<sup>434</sup>”, en este caso el interés personal e individual esta rebasado por el interés estatal de protección del Patrimonio Cultural, sin embargo, hay que tener en cuenta que para esto debe ser política de estado proteger el patrimonio histórico de la nación puesto que para realizar una expropiación necesariamente se ha de contar con una ley del Congreso de la República, debemos precisar que a pesar de estar en el capítulo dedicado a las limitaciones de la propiedad la expropiación no es una limitación en si misma “sino la negación de la propiedad en cuanto produce una privación forzosa de este derecho por acto de autoridad<sup>435</sup>”.

El artículo 38<sup>0436</sup>, resulta una especial característica del estatuto propietario sobre Patrimonio Cultural, observa una limitación o mejor dicho una carga al

---

<sup>433</sup> **Artículo 37**

1. La Administración competente podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de interés cultural.

2. Igualmente podrá actuar de ese modo, aunque no se haya producido dicha declaración, siempre que aprecie la concurrencia de alguno de los valores a que hace mención el artículo 1° de esta Ley. En tal supuesto la Administración resolverá en el plazo máximo de treinta días hábiles en favor de la continuación de la obra o intervención iniciada o procederá a incoar la declaración de Bien de Interés Cultural.

3. Será causa justificativa de interés social para la expropiación por la Administración competente de los bienes afectados por una declaración de interés cultural el peligro de destrucción o deterioro, o un uso incompatible con sus valores. Podrán expropiarse por igual causa los inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la declaración de interés cultural o den lugar a riesgos para los mismos. Los Municipios podrán acordar también la expropiación de tales bienes notificando previamente este propósito a la Administración competente, que tendrá prioridad en el ejercicio de esta potestad.

<sup>434</sup> Cit. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Curso de derechos reales*. Jurista editores, Lima, 2003, pp. 403 En GONZALES, Gorki. *Las acciones de interés público*. V .V. A. A.

<sup>435</sup> GONZALES BARRÓN. *Curso de derechos reales*. Op. Cit. pp. 432.

<sup>436</sup> **Artículo 38**

derecho de enajenar que es uno de los componentes del derecho de propiedad. Se agrega la preferencia del Estado como comprador del bien ofertado llegando a inhabilitar la venta si no es esta adecuadamente realizada conforme a ley.

El artículo 39<sup>o</sup> representa una norma muy importante de carácter técnico, hay que tener en cuenta que es necesario proteger el patrimonio de la depredación y además de cierto tipo de protección como la que se ve realizada con objetivos principalmente económicos sin comunicarlo, ni respaldarse en las autoridades competentes. Podemos ver que además existe un impedimento de reconstruir sin autorización el bien, hecho que también constituye limitación al derecho de propiedad.

En el artículo 42<sup>o437</sup> podemos ver una limitación de no hacer, bajo la premisa de sospecha de existencia de Patrimonio Cultural donde hallado vestigio de

---

1. Quien tratara de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General al que se refiere el artículo 26, deberá notificarlo a los Organismos mencionados en el artículo 6<sup>o</sup> y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español.

2. Dentro de los dos meses siguientes a la notificación referida en el apartado anterior, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en su caso, el de remate en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago.

3. Cuando el propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente, la Administración del Estado podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos bienes puedan ser ejercidos en idénticos términos por los demás Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. No obstante, el ejercicio de tales derechos por parte de la Administración del Estado tendrá carácter preferente siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal.

5. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen.

#### <sup>437</sup> **Artículo 42**

1. Toda excavación o prospección arqueológica deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente, que, mediante los procedimientos de inspección y control

manera casual. Se Prohíbe realizar excavaciones y otros análogos inclusive tratándose del propietario del inmueble, claro que la prohibición no es exclusiva a quien ejerce propiedad, sino que se hace extensiva y general, pero hacemos la mención, dado que estamos revisando referencias al derecho de propiedad.

En el artículo 44<sup>0438</sup>, hay varios indicadores que bien pueden tomarse en cuenta. Dada su naturaleza, primero definir qué es un bien de dominio

---

idóneos, comprobará que los trabajos estén planteados y desarrollados conforme a un programa detallado y coherente que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad e interés científico.

2. La autorización para realizar excavaciones o prospecciones arqueológicas obliga a los beneficiarios a entregar los objetos obtenidos, debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una Memoria, al Museo o Centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural y científica. En ningún caso será de aplicación a estos objetos lo dispuesto en el artículo 44.3 de la presente Ley.

3. Serán ilícitas, y sus responsables serán sancionados conforme a lo dispuesto en la presente Ley, las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente.

#### <sup>438</sup> **Artículo 44**

1. Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.

2. Una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público.

3. El descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción.

4. El incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo privará al descubridor y, en su caso, al propietario del derecho al premio indicado y los



público y hacer la distinción entre bien de uso público y bien de dominio público, “La confusión doctrinaria en la denominación de bienes de uso público o de dominio público, de un lado nació por la discrepancia al distinguir los elementos y del concepto de dominio y de uso público desprevénidamente, en los bienes destinados al uso público no debe hablarse de dominio público, porque no se trata de una propiedad o derecho de dominio, sino de un uso común, regulado por leyes especiales, teniendo en cuenta el interés general. Quien tiene el dominio de un bien, puede usarlo disfrutarlo y venderlo como a bien tenga, de acuerdo con las leyes que regulan la materia, fenómeno que no sucede en los bienes destinados al uso público<sup>439</sup>”.

Cabe aquí aclarar que para la doctrina cualquier clase de bien sea este público o privado puede declararse como de interés público “así sea de carácter privado pues la propiedad debe cumplir una función social<sup>440</sup>”. Tenemos la máxima expresión del carácter social de la propiedad sobre el Patrimonio Cultural.

La protección del Patrimonio Cultural (Patrimonio histórico artístico) inmueble español, al igual que en el peruano, radica principalmente en el establecimiento de límites de la propiedad que para Huerta “no constituyen restricciones a su contenido normal, sino que configuran precisamente dicho contenido en cada caso concreto como elemento intrínseco del propio derecho<sup>441</sup>”, sin embargo a pesar de lo dicho en varias oportunidades los cánones de la propiedad son permeados en su núcleo, hasta reconfigurar dicho derecho en función de su utilización colectiva.

---

objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan.

5. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural. No obstante, el hallazgo deberá ser notificado a la Administración competente en un plazo máximo de treinta días.

<sup>439</sup> PENAGOS, Gustavo. *Los bienes de uso público*. Ediciones Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá, 1998. pp. 4.

<sup>440</sup> PENAGOS. *Los bienes de uso público*. Op. Cit. pp. 35

<sup>441</sup> HUERTA TROLEZ, Antonio. El derecho real. El derecho de propiedad. en DELGADO, JUAN (coord.). *Instituciones de derecho privado*. Thomson - Civitas, Madrid, 2002, pp. 81.

### **2.3.1.3. Real Decreto 111/1986, de desarrollo parcial de la ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español.**

Este texto normativo, está orientado a reglamentar lo dispuesto por la LPHE, de donde podemos remarcar algunos conceptos que son de interés para nuestra investigación.

En primer término, este Real Decreto menciona la incidencia de órganos colegiados en la aplicación de la LPHE, dichos órganos colegiados son: El Consejo del Patrimonio Histórico<sup>442</sup>, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español<sup>443</sup> y los demás

---

#### <sup>442</sup> **Artículo 3.**

En particular, son funciones del Consejo del Patrimonio Histórico:

1. Conocer los programas de actuación, tanto estatales como regionales, relativos al Patrimonio Histórico Español, así como los resultados de los mismos.
2. Elaborar y aprobar los Planes Nacionales de Información sobre el Patrimonio Histórico Español a que se refiere el artículo 35.1 de la Ley 16/1985.
3. Elaborar y proponer campañas de actividades formativas y divulgativas sobre el Patrimonio Histórico Español.
4. Informar las medidas a adoptar para asegurar la necesaria colaboración en orden al cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por España que afecten al Patrimonio Histórico Español.
5. Informar sobre el destino de los bienes recuperados de la exportación ilegal a que se refiere el artículo 29 de la Ley 16/1985.
6. Emitir informe sobre los temas relacionados con el Patrimonio Histórico Español que el Presidente del Consejo someta a su consulta.
7. Cualquier otra función que en el marco de la competencia del Consejo se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria.

#### <sup>443</sup> **Artículo 8.º**

Corresponde a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, en relación a dichos bienes:

- a) Dictaminar las solicitudes de permiso de exportación de los bienes a que se refiere el artículo 5.2 de la Ley 16/1985 con excepción de los bienes afectados por el artículo 32, apartados 1 y 2, de dicha Ley y durante el plazo que en dicho precepto se indica.
- b) Informar las solicitudes de permiso de salida temporal del territorio español prevista en el artículo 31 de la Ley 16/1985 con igual excepción que en el párrafo anterior.

órganos colegiados que se determinen.

Paralelamente a lo mencionado, relevante desde el punto de vista administrativo, esta norma<sup>444</sup> reglamenta las restricciones al derecho de

---

c) Informar la permuta de bienes muebles de titularidad estatal que el Gobierno proyecte concertar con otros Estados, a que se refiere el artículo 34 de la Ley 16/1985.

d) Fijar el valor de los bienes exportados ilegalmente a los efectos de determinar la correspondiente sanción.

e) Valorar los bienes que se pretendan entregar al Estado en pago de la deuda tributaria y realizar las demás valoraciones que resulten necesarias para aplicar las medidas de fomento que se establecen en el título VIII de la Ley 16/1985.

A tal fin podrá solicitar informe de peritos y de las instituciones consultivas a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley 16/1985. Para efectuar la tasación los miembros de la Junta y los peritos que ésta designe tendrán acceso al bien para su examen. En el caso de bienes muebles la Junta podrá acordar su depósito en un establecimiento oficial.

f) Valorar los bienes que el Ministerio de Cultura proyecte adquirir con destino a bibliotecas, archivos y museos de titularidad estatal cuando éstos carezcan de sus propios órganos de valoración e informar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la Administración del Estado, en los términos previstos en este Real Decreto.

g) Cualquier otra función que se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria.

<sup>444</sup> **Artículo 40.**

1. Quien tratare de enajenar un bien que haya sido declarado de Interés Cultural, o que tenga incoado expediente para su declaración, o esté incluido en el Inventario General, deberá notificarlo al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente encargado de la protección del Patrimonio Histórico Español y al Ministerio de Cultura, declarando el precio y las condiciones en que se proponga realizar la enajenación. En la notificación se consignará el Código de identificación del bien o, en su caso, el número de anotación preventiva.

1.bis. En los supuestos de inmuebles situados en conjuntos históricos afectados por expedientes de declaración de interés cultural, la obligación de notificación se circunscribe a los que reúnan las condiciones señaladas en el artículo 61.2 de este Real Decreto.

2. Los subastadores, con un plazo de antelación no superior a seis semanas ni inferior a cuatro, deberán notificar a los citados organismos las subastas públicas en las que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español, mediante la remisión de los datos que figurarán en los correspondientes catálogos.

3. La determinación de la Comunidad Autónoma que, a los efectos de este capítulo, ha de ser notificada, se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Cuando se trate de Bienes de Interés Cultural o incluidos el inventario General, será la correspondiente al lugar de ubicación del bien que conste en el Registro General o en el Inventario General a que se refieren los artículos 21 y 24, respectivamente.

b) En el caso de bienes que tengan incoado expediente para su declaración de Interés Cultural o su inclusión en el Inventario General será la que ha incoado dicho expediente.

propiedad privada, que constituyen referente fundacional en la construcción del Estatuto Propietario reglamentado sobre bienes de Patrimonio Cultural.

#### **2.4. Patrimonio Cultural como una metáfora del trabajo.**

Esta tesis, trata de demostrar que lo trascendental en la constitución del Patrimonio Cultural como institución jurídica es el reconocimiento del trabajo humano. Hemos podido ver Machupicchu y la evolución de su concepción en la sociedad a lo largo de su existencia, nos hemos acercado a alguna doctrina y legislación relevantes que nos han mostrado su innominación en el derecho, con lo cual, es menester, buscar consideraciones más profundas que nos permitan sostener nuestro argumento.

Kojève, en su *Dialéctica del amo y del esclavo* de Hegel<sup>445</sup> diseña que “la cultura nace de la lucha y de la oposición, es en y por la lucha que la cultura humana será realizada” entendiéndose la lucha como voluntad de reconocimiento subjetivo. De esta manera y habiendo aceptado que quien transforma la realidad a través del trabajo es el esclavo hegeliano, nos ubicamos en la lógica de que quien crea la cultura es él mismo. A partir de esta premisa, nos acercamos a una carga aún inexplorada de contenidos trascendentes desarrollados por Walter Benjamin<sup>446</sup>,

---

c) Respecto a los demás bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español será la de ubicación del bien en el momento en que se efectúe la subasta.

4. La Comunidad Autónoma competente podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto sobre los bienes referidos en los términos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 16/1985.

<sup>445</sup> KOJÈVE, Alexandre. *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*. La Pléyade, Buenos Aires, 1982. pp. 90.

<sup>446</sup> Fustel de Coulanges le recomienda al historiador que quiera revivir una época que se quite de la cabeza todo lo que sabe del curso ulterior de la historia. Mejor no se podría identificar al procedimiento con el que ha roto el materialismo histórico. Es un procedimiento de empatía. Su origen está en la apatía del corazón, la acedia, que no se atreve a adueñarse de la imagen histórica auténtica, que relumbra fugazmente. Los teólogos medievales vieron en ella el origen profundo de la tristeza. Flaubert, que algo sabía de ella, escribió: “Pocos adivinarán cuán triste se ha necesitado ser para resucitar a Cartago’. La naturaleza de esta tristeza se

“la reflexión de Benjamin se refiere también al reverso bárbaro de la medalla brillante y dorada de la cultura, ese botín que pasa de vencedor a vencedor, como el candelabro de siete brazos, la *Menorah* del Templo de Jerusalén, en el mismo alto relieve del Arco de Tito. En lugar de oponer la cultura (o la civilización) y la barbarie como dos polos mutuamente excluyentes o como etapas diferentes de la evolución histórica - dos leitmotiv clásicos en la filosofía de las luces – Benjamin las presenta dialécticamente como una unidad contradictoria<sup>447</sup>”.

La tesis de Benjamin, llama la atención poderosamente respecto del Patrimonio Cultural como objeto de interés regulatorio y del manejo de su estatuto propietario. La perspectiva de Benjamin, resulta congruente con el concepto de cultura o creación de cultura de Hegel<sup>448</sup> a partir de la llamada dialéctica del amo y del esclavo, en donde, no existe amo capaz de crear cultura, sino mas bien es el esclavo que al trabajar la materia crea cultura, porque cultura es la transformación que el hombre obra sobre su entorno a través del trabajo.

A partir de lo expuesto, se desprende como principal concepto subyacente conformador del concepto Patrimonio Cultural, el trabajo humano, que como

---

esclarece cuando se pregunta con quién empatiza el historiador historicista. La respuesta resulta inevitable: con el vencedor. Y quienes dominan en cada caso son los herederos de todos aquellos que vencieron alguna vez. Por consiguiente, la empatía con el vencedor resulta en cada caso favorable para el dominador del momento. El materialista histórico tiene suficiente con esto. Todos aquellos que se hicieron de la victoria hasta nuestros días marchan en el cortejo triunfal de los dominadores de hoy, que avanza por encima de aquellos que hoy yacen en el suelo. Y como ha sido siempre la costumbre, el botín de guerra es conducido también en el cortejo triunfal. El nombre que recibe habla de bienes culturales, los mismos que van a encontrar en el materialista histórico un observador que toma distancia. Porque todos los bienes culturales que abarca su mirada, sin excepción, tienen para él una procedencia en la cual no puedepensar sin horror. Todos deben su existencia no sólo a la fatiga de los grandes genios que los crearon, sino también a la servidumbre anónima de sus contemporáneos. No hay documento de cultura que no sea a la vez un documento de barbarie. Y así como éste no está libre de barbarie, tampoco lo está el proceso de la transmisión a través del cual los unos lo heredan de los otros. Por eso el materialista histórico se aparta de ella en la medida de lo posible. Mira como tarea suya la de cepillar la historia a contrapelo. BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. U.A.C.M. México, 2008. pp. 32

<sup>447</sup> LOWY, Michael. *AVISO DE INCENDIO: Una lectura de las Tesis sobre el concepto de la historia*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002. pp. 87

<sup>448</sup> HEGEL, Georg. *Fenomenología del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1966. pp.33.

señala Hannah Arendt junto a su producto artificial, “concede una medida de permanencia y durabilidad a la futilidad de la vida mortal y al efímero carácter del tiempo humano<sup>449</sup>”. Está claro que, en concordancia con Benjamin y muchos otros, nos referimos al trabajo como un acto heroico y trágico al mismo tiempo, el trabajo como creador de belleza y Patrimonio Cultural. En *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, Berman relata la historia de la construcción de San Petersburgo en el Imperio Ruso, desde la perspectiva de los constructores. Pedro I dispuso la construcción de San Petersburgo, porque decidió que Rusia necesitaba “tener un nuevo comienzo, sobre una tabla rasa<sup>450</sup>” y que para alcanzar ese objetivo era necesario construir una de las grandes metrópolis europeas de su tiempo en el medio de un pantanal. La historia recuerda a Pedro el Grande de Rusia como uno de las grandes personalidades de la humanidad, seguramente esta entronización en los altares de la historia tiene alguna justificación más allá de los metarrelatos, sin embargo, el reconocimiento como Patrimonio Cultural, está vinculado con el trabajo y sacrificio de sus constructores,

“Pedro ordenó que todos los albañiles de todo el Imperio ruso, se trasladaran al emplazamiento de la nueva construcción y prohibió construir en piedra en cualquier otro lugar; ordenó a un considerable número de nobles que no sólo se trasladaran allí, sino también que construyeran castillos. De lo contrario perderían sus títulos, finalmente, en una sociedad de siervos donde la gran mayoría de las personas eran propiedad de terratenientes nobles o del Estado, Pedro tenía poder sobre una fuerza de trabajo prácticamente infinita. Obligó a esos cautivos a trabajar sin respiro (...) Los sacrificios humanos fueron inmensos: en tres años la nueva ciudad había devorado un ejército de unos 150 000 trabajadores –destrozados físicamente o muertos – y el Estado hubo de acudir constantemente al interior de Rusia en busca de más hombres<sup>451</sup>”.

---

<sup>449</sup> ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Paidós, Buenos Aires, 2009. pp.22.

<sup>450</sup> BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. La experiencia de la modernidad. Siglo XXI, Buenos Aires, 1989. pp. 178.

<sup>451</sup> BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Op. Cit. pp.179.

Este relato puede considerarse como una constante en la edificación de los grandes monumentos físicos de la humanidad, tanto en Egipto cuanto en México, en el Perú prehispánico, como en la España imperial, que fueron inspiración, mesiánica, religiosa, nacionalista o de cualquier otra índole de los ostentadores de poder político, pero que en profundidad, existen gracias a la colectividad humana, al trabajo de los esclavos hegelianos que construyen la historia con sus brazos y su vida, cuyos relatos la historia recién comienza a descubrir.

El Patrimonio Cultural, es un intento de identificación del ser humano consigo mismo y con su rol histórico de transformador del medio, conmemora la dialéctica trágica y heroica que Benjamin describe “desde el paraíso sopla una tempestad que se ha aferrado a sus alas, es tan fuerte que ya no puede cerrarlas. La tempestad lo empuja irresistiblemente hacia el futuro, al cual le da la espalda, mientras que frente a él las ruinas se acumulan hasta el cielo. Esa tempestad es lo que llamamos progreso<sup>452</sup>”.

Nos referimos también, para estar más cerca de nuestro objeto primigenio de estudio, al poema, *Alturas de Machu Picchu*, del chileno Pablo Neruda<sup>453</sup>, que describe con maestría y belleza este punto de vista, refiriéndose a la construcción americana de piedra, como uno de los picos de la cultura universal, “Macchu Picchu.

Alta ciudad de

de piedra, espuma de los cóndores. Alto arrecife de la aurora humana” y que sin embargo lo conecta dentro de una dialéctica de cultura y de vitalidad colectiva, destacando la fortaleza y trascendencia vital de sus constructores, “Aquí los pies del hombre descansaron de noche junto a los pies del águila, en las altas guaridas carniceras, / y en la aurora  
pisaron con bo  
trueno la / niebla enrarecida, y tocaron las tierras y las piedras / hasta reconocerlas en la noche o la muerte”.

El Patrimonio Cultural, es un concepto surgido a la sombra de la

<sup>452</sup> BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. UACM, México D.F., 2008. pp. 52

<sup>453</sup> NERUDA, Pablo. *Alturas de Macchu Picchu*, Ediciones de Librería Neira, Santiago, 1948. pp. 16.

desacralización de las sociedades posmodernas y pensado en los funerales de Dios y del individuo, buscando el hombre encontrarse a si mismo desde una perspectiva nihilista, tratando de reconocerse transformador de su entorno, reivindicando el vehículo que lo ha conducido con éxito entre sus pares biológicos en el accidente de la existencia: el trabajo.

La protección al Patrimonio Cultural, resulta una superación de la moderna idea de progreso, que busca su consolidación jurisdiccional en la posmodernidad, dado que es un concepto que valora cuestiones no medibles económicamente. Dentro de los treinta y dos principios teórico prácticos para la investigación del Patrimonio y su interrelación con la gestión sostenible del mismo, expuestas por Criado-Boado y otros<sup>454</sup> se ha sostenido que el Patrimonio Cultural cumple una serie de funciones como: constituir identidad en el presente, es decir, que refuerza la idea de pertenencia y colectividad; el Patrimonio Cultural en el futuro funcionará como agente de cohesión social, es el resultado de una serie de procesos sociales e históricos y que solamente podrá valorarse conociendo y comprendiéndose esos procesos hasta lograr su sentido original; el Patrimonio Cultural, nos aproxima a la historia de otras realidades humanas, sosteniendo que la existencia de estas señales, es prueba y recordatorio que otros mundos son posibles, porque existieron otros mundos; es naturaleza y artificialeza, paisaje y cultura, las humanidades se vinculan a través de él; paisaje y cultura son naturalmente complejos, debiendo tomarse en cuenta al considerar su valor, su función como conectores de pasado y presente; se considera el Patrimonio como una manera de conocimiento y reconocimiento del otro (de la alteridad), hecho que viene a constituirse en una especie de remedio artificial para la negación de la alteridad que la modernidad subjetiva contiene.

---

<sup>454</sup> CRIADO BOADO, Felipe *et alri*. *Las humanidades en la actualidad, el patrimonio como ejemplo*, En *La Investigación sobre Patrimonio Cultural*, Instituto de Recursos Naturales y Agro biología de Sevilla, Sevilla, 2008. pp. 10.



## 2.5. El Patrimonio Cultural Como Ideología.

A pesar de lo expuesto, el Patrimonio Cultural representa dos caras de una misma moneda, Civilización y Barbarie se confunden en un mismo concepto, para decantarse de acuerdo a la verdad que los detentadores del poder (por tanto, propietarios de la verdad como Nietzsche la entendía), estatuyan de acuerdo a su ideología dominante. El Patrimonio Cultural no ha nacido como una categoría posmoderna, es más, su orientación muchas veces fue la de construir identidades nacionales y nacionalismos, tal como lo describe Ávalos de Matos al referirse a la primera de Ley Patrimonio Cultural peruana propiamente dicha,

“La protección de los monumentos históricos y artísticos, en todas sus formas –obras de la mano del hombre o de la naturaleza– encuadra evidentemente en la conservación del patrimonio nacional. El monumento histórico y la obra de arte representan al mismo tiempo valores culturales, estéticos y económicos. ¿Cómo no incluirlos en el patrimonio de una Nación civilizada? El monumento, en efecto, no siempre consiste en un simple monolito, o en las ruinas de un poblado deshabitado. Las ruinas de Chanchán o Machu Picchu se hallan bajo la tutela del Estado, como también lo están los simples conchales de las playas de la costa y las casas habitación con fundamentos incaicos del Cuzco<sup>455</sup>”.

La naturaleza del Patrimonio Cultural como reivindicador de la diversidad, encuentra en la estética posmoderna un afianzador para convertirse en el paradigma mundial que conocemos, aunque, paralelamente es utilizado como arma ideológica del capitalismo, hasta hace poco, enfrentado con el comunismo soviético, utilizando la lógica que Žižek explica:

“Para funcionar, la ideología dominante tiene que incorporar una serie de rasgos en los cuales la mayoría explotada pueda reconocer sus auténticos anhelos. En otras palabras, cada universalidad hegemónica tiene que incorporar por lo menos dos contenidos

---

<sup>455</sup> ÁVALOS DE MATOS Rosalía *et alri*. *Las antigüedades peruanas y su protección legal*. *Op. Cit.* pp. 363.

particulares: el contenido particular autentico y la distorsión creada por las relaciones de dominación y explotación<sup>456</sup>”.

En este caso, el Patrimonio Cultural es parte de todo un sistema de contenidos del entonces llamado mundo libre y democrático, que entre otras cosas, prometía la libertad de expresión, la democracia electoral y el respeto a la diversidad, pero que una vez obtenida la victoria ideológica, renuncia a la diversidad entre humanos que la posmodernidad proponía, para abrazar una lógica totalizadora globalizante

“la forma ideal de la ideología de este capitalismo global es la del multiculturalismo, esa actitud que -desde una suerte de posición global vacía- trata a cada cultura local como el colonizador trata al pueblo colonizado: como *nativos*, cuya mayoría debe ser estudiada y *respetada* cuidadosamente.<sup>457</sup>”

Evidentemente, la ideología dominante, en tanto poder, no admite imparcialidades –que siempre resultan un tomar partido- hecho que lleva a convertir la diversidad prometida, en una puesta en escena para transformar las diferencias humanas y culturales, en aquello que es lo único que el capital admite y entiende: mercancía<sup>458</sup>”, siempre tomando en cuenta que todo objeto en la sociedad capitalista sirve para ser intercambiado, vendido o comprado en el mercado.

El Patrimonio Cultural resulta un replicante<sup>459</sup> de la idea del fin de la historia,

---

<sup>456</sup> ŽIŽEK, Slavoj *et altri*. *Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional*. Paidós, Madrid, 1998. pp.137.

<sup>457</sup> ŽIŽEK, Slavoj *et altri*. *Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional*, 1998. pp. 158.

<sup>458</sup> Desde la perspectiva de Marx en *El Capital* “La mercancía es, en primer lugar, un objeto exterior, una cosa que merced a sus propiedades satisface necesidades humanas del tipo que fueran. La naturaleza de esas necesidades, el que se originen, por ejemplo, en el estómago o en la fantasía, en nada modifica el problema”. MARX, Karl. *El Capital, Tomo I*. Editorial Progreso, Moscú, 1989. pp.14.

<sup>459</sup> Utilizamos este término en el sentido en que es utilizado por el escritor Philip K. Dick en su libro *Do Androids Dream of Electric Sheep?* En donde un replicante es un tipo de vida artificial, que se asemeja casi perfectamente a cualquier humano en aspecto tanto físico como conductual además de ignorar él mismo su condición artificial y cuya única diferencia respecto de los humanos es la capacidad de sentir empatía, hasta que se crea un modelo tan perfecto de androides que pueden sentirla y se produce el dilema moral: si la imitación es tan buena ¿Es realmente una imitación? ¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?

el debate de la posthistoria radica principalmente en la perspectiva y proyecciones de esta categoría filosófica,

“la culminación del tiempo histórico, como plena realización del Sentido supone la clausura del tiempo, determina consecuentemente, la forclusión<sup>460</sup> de la historia concreta, la denegación de la empiricidad supeditada a y ordenada por esa otra Historia, trascendental, cuyo metarelato brinda su *Sentido* último a la historia de los historiadores –y, con ella, a la acción humana<sup>461</sup>”.

Entendiéndose asimismo que

“si puede hablarse de posthistoria en un sentido foucaulteano, esta remitiría al abandono sin medias tintas del paradigma historicista, de ese operador trascendental que es la Historia entendida como *espera de un Sentido que nos espera*, como gran relato lineal de la progresiva consumación de ese encuentro definitivo con el Sentido. Es por ello que la post-historia en sentido foucaulteano supone la total apertura de la temporalidad, si no de hecho (en virtud de la existencia de los dispositivos), al menos de derecho (en virtud de la contingencia de dichos dispositivos, aunque la mentada contingencia no siempre implique endeblez). Esta total apertura de la temporalidad determina, a su vez, esa atención minuciosa a la historia real, a las transformaciones en plural, tan propia de la obra foucaulteano<sup>462</sup>.”

Utilizamos la palabra replicante, porque si bien es cierto, contiene las características, peculiaridades y posibilidades sobre las cuales hemos reflexionado, también es una idea construida ideológicamente para favorecer la economía de mercado a través de una inclusión de una diversidad cultural, que pueda ser diversa en lo humano pero unívoca en el mercado y funciona

---

<sup>460</sup> Es un concepto lacaniano utilizado para designar el mecanismo específico que opera en la psicosis, en el cual se produce el rechazo de un significante fundamental, expulsado del universo simbólico del sujeto.

<sup>461</sup> MAUER, Manuel. *Foucault y Kojève, Posthistoria e hiperhistoricidad*. En Revista Latinoamericana de Filosofía, Vol. XXXVI No 2, Primavera 2010, pp. 274.

<sup>462</sup> MAUER, Manuel. *Foucault y Kojève, Posthistoria e hiperhistoricidad*. Op. Cit. pp. 276

de manera similar a la idea de fin de la historia que cobra gran sentido como categoría histórico – filosófica de inclusión, a la manera de Vattimo, cuando dice que la historia es como los dialectos, sin embargo, se disuelve en sí misma cuando trata de ser esgrimida como arma ideológica y mucho más cuando debe explicar fenómenos no fragmentarios sino totalizadores por fuerza, como el atentado contra el *World Trade Center* que inauguró siglo XXI.

La categoría Patrimonio Cultural resulta casi un espejismo, enfrentada a la realidad Patética que David Harvey describe como desacumulación (la sociedad devorando a los suyos según Pepe Escobar<sup>463</sup>) en la cual la integración y la socialización están siendo corroídos por la desintegración y la de-socialización generalizada. Se debate entre muchos antagonismos, principalmente entre el posmoderno y su estética de la diversidad -que fomentó su existencia- y la lógica belicista (de los Estados Unidos de Norteamérica en tanto principal potencia mundial) de la posguerra fría que ha descubierto que necesita convertirse en totalizadora (globalizadora) dentro de un mundo de multipolaridad nuclear preapocalíptica<sup>464</sup>, donde la lucha termina siendo como ya decía Huntington, de civilizaciones

“en el mundo de la posguerra fría, las banderas son importantes, y también otros símbolos de identidad cultural, entre ellos las cruces, las medias lunas, e incluso los modos de cubrirse la cabeza, porque la cultura tiene importancia, y la identidad cultural es lo que resulta más significativo para la mayoría de la gente. Las personas están descubriendo identidades nuevas, pero a menudo también viejas, y caminan resueltamente bajo banderas nuevas, pero con frecuencia también viejas, que conducen a guerras con enemigos nuevos, pero a menudo también viejos<sup>465</sup>”.

No podemos referirnos al Patrimonio Cultural como una categoría ontológicamente angélica. Además de lo que se ha dicho, el Patrimonio

---

<sup>463</sup> ESCOBAR, Pepe. *A Post History Strip Tease*, 2013. s/f. <http://www.atimes.com/atimes/World/WOR-01-260413.html>

<sup>464</sup> Término acuñado por el profesor argentino José Pablo Feinmann.

<sup>465</sup> HUNTINGTON, Samuel. *El choque de civilizaciones*. Paidós, Buenos Aires, 2001. pp. 36.

Cultural es trágico, reivindicativo y también iconoclasta y mercantil, representa una parte importante de la cultura contemporánea, por lo tanto, de la barbarie contemporánea expresada como instrumentalidad universalizadora, convirtiendo la búsqueda de trascendencia colectiva que hemos mencionado en una pantomima para proyectar falsedades fácilmente convertibles en mercancía constituyendo una “escisión constitutiva, en la cual la negación de una identidad particular transforma a esta identidad en el símbolo de la identidad y la completud como tales<sup>466</sup>” motivaciones que nos llevan a aceptar completamente la licitud del debate sobre la propiedad del Patrimonio Cultural, que es incompatible en su construcción doctrinal con la propiedad moderna, pero por otro lado tiene en su genealogía un importante componente cosificador que fácilmente lo convierte en mercancía.

En este orden de cosas, podemos afirmar que el derecho contemporáneo establece una estrategia tutelar que se asienta principalmente en la diversidad cultural global, a partir de la cual, se eligen los bienes que serán protegidos, tomando en cuenta su grado de infrecuencia y de irrepetibilidad, pero principalmente su imposibilidad de subsistir invariables en el mundo con la simple gestión económica otorgada a los bienes comunes, sino que su subsistencia depende casi exclusivamente de una gestión supervisada por el Estado.

---

<sup>466</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional*. Op. Cit. pp. 74.

### Capítulo III

#### Derecho de propiedad sobre bienes del Patrimonio Cultural

La consideración final de este trabajo, una vez sentada nuestra posición sobre la ontología del Patrimonio Cultural, radica en la relación entre Patrimonio Cultural y derecho de propiedad. Más allá de los evidentes deslices en el manejo político y de la administración que representa al Estado peruano, el caso Machupicchu ha mostrado una serie de incompatibilidades entre el derecho de protección al Patrimonio Cultural y el ejercicio y alcances de la propiedad privada.

Decidimos enfocar el problema desde la perspectiva histórica y comparar ambas instituciones por las características ideológicas que las inspiraron en el momento de su aparición. Consideramos, que la mejor manera de enfocar el tema es a partir de la multiplicidad de estatutos propietarios que tiene la ventaja de invertir el enfoque subjetivo del derecho de propiedad, para objetivarlo y otorgarle una formación legislativa especializada. Como advertimos *supra*, hemos utilizado principalmente las legislaciones española y peruana, porque a pesar de las nomenclaturas utilizadas son harto similares entre sí, además de estar ambas en mucha concordancia con las disposiciones de la UNESCO, aclarando que en esta parte de la

investigación, no se pretende resolver un caso en concreto, sino de ofrecer al lector una percepción general del tratamiento de la propiedad sobre el Patrimonio Cultural en los sistemas de tradición codificada. Existen muchas coincidencias entre las legislaciones sobre Patrimonio Cultural, porque todas (las de países que firmaron) están basadas en la Convención de la UNESCO. En este orden de pensamiento, utilizamos paralelamente las legislaciones peruana y española, deteniéndonos con más amplitud en una u otra, cuando la calidad legislativa así lo requiera.

### **3.1. El Ejercicio Del Derecho De Propiedad Sobre Bienes De Interés Cultural**

#### **3.1.1. Obligaciones De Hacer.**

El deber de conservación que obliga a todo dueño de algún bien de interés cultural, no es un deber en sí mismo, establecido en abstracto, sino que constituye todo un conjunto de acciones que coadyuvan a construir lo que llamamos la protección eficaz y enmarcado principalmente dentro de una política de límites y cargas de la propiedad, destacando las siguientes:

- Obligación de conservar, mantener y custodiar.- La conservación del Patrimonio Arqueológico no es un tema nuevo, podemos observar como en el año 1933, uno de los intelectuales peruanos más influyentes de la época, hace algunas reflexiones respecto de la intangibilidad de los mismos “El Patrimonio Arqueológico tendría que ser considerado como universal, (...) Solamente una organización de alcance internacional sería capaz de salvar las reliquias del pasado e impulsar investigaciones cuyos requerimientos humanos y físicos escapan a las posibilidades de cualquier gobierno. (...) Debían mantenerse los principios acordados en la Convención de Nueva Delhi, es decir un convenio internacional que considerase que el acervo arqueológico de más de mil años de antigüedad o el material procedente de los tiempos pre históricos debía ser patrimonio de la humanidad, protegido por leyes internacionales<sup>467</sup>” Desde entonces y hasta ahora la preocupación

---

<sup>467</sup> VALCÁRCEL VIZCARRA . *Memorias. Op. Cit.* pp. 299.

es esencialmente la misma con algunas pequeñas variaciones como que ahora existe un rol mucho más activo de parte del Estado a partir principalmente de las dos últimas constituciones, mas sin embargo este sigue siendo igualmente rebasado en su capacidad dada la indefensión que aun se observa aún vista la gran fuente de ingresos que reporta la condición de foco civilizatorio del Perú. “La Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de la UNESCO de 1972, y ratificada por el Perú el 24 de febrero de 1982, constituyendo por tanto norma legal del país, se definió como Patrimonio Cultural a los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia<sup>468</sup>”.

El artículo 36º de la Ley de Patrimonio Histórico Español señala que Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes, de donde se desprende que el deber de conservación es el deber más trascendente, equiparable a un deber matriz, que podría señalarse como una declaración de inicio de todas las responsabilidades que la normatividad le atribuye al propietario de un inmueble de interés cultural. A este respecto Anguita<sup>469</sup> hace dos observaciones que conducen a esclarecer el contenido de esta obligación y su factibilidad en el sistema jurídico: la primera es ¿En qué consiste la conservación y cuál es su contenido legal? La respuesta que nos da Anguita es que la legislación no debería definir como dos cuestiones distintas, conservar de un lado y de otro como obligaciones distintas el uso, conservación, rehabilitación y otros sino mas bien englobar estas obligaciones en una sola. Al respecto, y en concordancia con las nuevas tendencias de la conservación podemos señalar que el uso cotidiano del

---

<sup>468</sup> COLOMA PORCARI, Cesar. *Los monumentos históricos del Perú y las normas que los declaran*. ILCD, Lima, 1999. pp. 9

<sup>469</sup> ANGUITA VILLANUEVA, Luis. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Dykinson, Madrid, 2005. pp. 109.



Patrimonio Cultural inmueble en los casos de tratarse de elementos vivos, como ciudades (Salamanca, Paris, Roma, Cusco, Quito, México o cualquier otra) es una cuestión trascendental en el mantenimiento del mismo, puesto que se ha señalado la importancia de mantenerlos como patrimonio vivo, capaz de generar cultura e historia a diferencia de la doctrina clásica con la cual se corre el riesgo de convertir las zonas históricas en gigantescos museos o grandes mercados de *souvenirs*. De la misma manera Anguita se plantea la ausencia de una directa disposición que conduzca a la administración pública a observar reglas claras que las obliguen como tales a observar reglas de protección del Patrimonio Cultural.

- Obligaciones de utilización del bien conforme a los valores que aconsejan la conservación, Esta obligación está comprendida en el artículo 36.2 de la LPHE que señala la utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejen su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Podemos colegir, en este caso la normativa de utilización que debe imponerse a los propietarios de bienes que forman parte del Patrimonio Cultural, porque si bien es cierto la utilización de éstos se encuentra más o menos limitada por las legislaciones especializadas, atendiendo a su especialidad y a su trascendencia, es cierto también, que debe fomentarse su utilización, puesto que en caso de no utilizarse, existirían dos posibilidades, la primera es que se abandone su uso, hecho que puede acarrear dos consecuencias graves, la primera, la natural destrucción de los bienes principalmente inmuebles cuya consecuencia de falta de uso son conocidas y la segunda, el paso a propiedad de la administración estatal, hecho que podría resultar perjudicial en atención a la importancia del inmueble puesto que es de nosotros conocido que el Estado a pesar de ser el protector de una gran cantidad de bienes de trascendencia cultural, siempre resulta debilitado en recursos ante las demandas técnicas que esta responsabilidad exige.

- Obligación de respetar las aportaciones de todas las épocas en restauraciones, Resulta evidente por varios motivos, el hecho que restaurar los bienes de interés cultural es una acción necesaria para conseguir una

plena conservación de los mismos, en tanto consideremos el hecho que los esfuerzos y la política legislativa que impulsan la protección del Patrimonio Cultural, son de corta data, por lo que, vienen de una historia incierta expuestos al implacable paso del tiempo y la consiguiente degradación física. El artículo 39 de la LPHE establece: *1. Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General a que alude el artículo 26º de esta Ley. Los bienes declarados de interés cultural no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de la Ley. 2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas. 3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedarán debidamente documentadas.*

Resulta necesario resaltar la normatividad técnica que obliga a los investigadores, de dejar intacto un porcentaje del objeto de la investigación con la finalidad de que pueda ser tratado en la posteridad por técnicos que posean mayor información, así como mejores recursos técnicos para evaluar el bien.

### **3.1.2 Obligaciones De No Hacer.**

**a. Actividades sometidas a autorización.** “Los BIC (Bienes de Interés Cultural) no pueden ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los organismos competentes. (...) Al referirse a tratamiento se

hace mención, en términos generales, a las distintas actividades que implican la realización de obras tendentes a su conservación<sup>470</sup>”.

Tanto en la legislación española como peruana, lo que se busca, es unificar criterios de tratamiento entre la administración y el propietario privado, tratando de conducir la administración un derrotero razonable de protección del inmueble, yendo la ley peruana inclusive en el artículo 21.d de la ley 28296, hasta a establecer la obligación del propietario de facilitar la intervención de la administración (Ministerio de Cultura) cuando éste lo considere pertinente en razón del interés del bien.

- Cambio de uso.- El uso que se le da a un bien, determinará de manera trascendental su conservación o no, en el sentido que de este dependerá el nivel de cuidado que se le imprima a dicha utilización, por tanto, en el Perú la legislación administrativa referente al cambio de uso exige la presentación de una certificación especial otorgada por la administración competente denominado CIRA - Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos o tratándose de inmuebles que pertenecen al Patrimonio Cultural de la Nación, se les otorgará licencia previa presentación de un plan debidamente aprobado por la institución designada. Consideramos que el cambio de uso, no necesariamente resulta una institución decisivamente nociva para los intereses de la conservación del bien cuyo uso se pretende cambiar, mas bien, puede inclusive propender a su mejor preservación dejando de estar en el abandono y pasando a tener utilidad en la vida económica lo cual lo hace especialmente valioso y permite la sostenibilidad de la conservación.

Es importante, destacar los criterios que resalta Anguita<sup>471</sup> de la LPHE, los cuales radican en no poner en peligro los valores que inspiran la conservación, evitar el uso incompatible con sus valores, perturbar el cumplimiento de la función social.

- Restauraciones.- Sin duda la restauración es una acción especializada básica para posibilitar el cumplimiento de la obligación de conservación de un

---

<sup>470</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit.* pp. 137.

<sup>471</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit.* pp. 118.

bien de interés cultural, principalmente cuando es de naturaleza histórica. La Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (peruana) peruana declara en su título preliminar la condición de Interés Social y de Necesidad Pública de restaurar los bienes integrantes del Patrimonio Cultural que así lo precisen.

El artículo 39.3 da a la protección de las intervenciones restauradoras de todos los tiempos: *Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedarán debidamente documentadas.* De la misma manera señalaremos el la necesidad de obtener autorización de la administración para poder eliminar el aporte en materia de restauración de intervenciones anteriores, al lo que agregamos la anotación de Anguita <sup>472</sup> señalando que la mencionada autorización de supresión debe tener carácter excepcional, que los elementos a suprimir degraden evidentemente el bien, observar la necesidad de dicha eliminación para una mejor interpretación histórica del bien y la documentación final de las partes suprimidas.

Exclusivamente de los bienes de interés cultural.- Esta diferenciación se ha tomado por razones principalmente metodológicas, de la legislación española, siendo que la ley peruana no la observa, puesto que las separa mas minuciosamente y de acuerdo a cada bien en particular.

**b. Realización de obra interior o exterior que afecte a un monumento.-** El artículo 19<sup>o</sup> de la LPHE, señala que En los Monumentos declarados Bienes de Interés Cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Será preceptiva la misma autorización para colocar en fachadas o en cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, así como para realizar obras en el entorno afectado por la declaración.

---

<sup>472</sup> ANGUIITA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit* pp. 121.

Coincidimos con Anguita<sup>473</sup> cuando señala la necesidad de, afilar un poco el borde de la legislación y especificar el concepto directamente, porque , incluso obras de restauración especializada, afectan directamente a la misma, por lo que podría establecerse la obligatoriedad de la solicitud de autorización ante cualquiera actividad, sin embargo, esta decisión podría devenir equivocada y hasta lesiva del derecho de propiedad yendo más allá de los límites establecidos por norma.

A este respecto la normatividad peruana, al centralizar todo trámite al respecto en el Ministerio de Cultura – hasta hace poco Instituto Nacional de Cultura-, clasifica muy variadamente las actividades que pueden realizarse con y sin el permiso de la administración, mediante un sistema de catastro que secciona los monumentos de acuerdo a su importancia, vulnerabilidad y viabilidad, observamos que hay lugares en los cuales no se puede pintar una fachada de un color distinto del preestablecido, hasta zonas con un nivel de prohibición muy bajo y que pasan por la viabilidad del paisaje.

**c. Realización de obras que afecten a los jardines históricos.** El art. 19.2 de la LPHE establece: Las obras que afecten a los Jardines Históricos declarados de interés cultural y a su entorno, así como la colocación en ellos de cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, necesitarán autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Es acertado el comentario de Anguita según el cual hay que atenerse a la regla de que “el dominio se presume libre, siendo la carga la excepción<sup>474</sup>” en el sentido que una legislación excesivamente persecutoria podría devenir inaplicable, hecho que sucede ya en el Perú, que por una norma de declaración de intangibilidad del valle del río Vilcanota denominado valle Sagrado de los Incas, la capacidad de administración se desborda, haciendo imposible de cumplir esta ley, convirtiéndola en irracional e inviable.

**d. No pueden otorgarse licencias urbanísticas para la realización de obras que conforme a lo previsto en la LPHE, requieran cualquier autorización administrativa hasta que ésta haya sido concedida.-** El Art.

---

<sup>473</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit .* pp. 123.

<sup>474</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit* pp. 125.

20<sup>o</sup> <sup>475</sup> y el artículo 21<sup>o</sup> de la LPHE, señalan el derrotero, del camino administrativo que ha de seguir un expediente para obtener su aprobación y poder iniciar su desarrollo, este no puede ser patente hasta no existir un Plan especial de Protección que señale las características de protección y la permisibilidad de construcción en la zona así como la vulnerabilidad de su paisaje. Paralelamente a esta situación hay que señalar que en el Perú existe una gran fisura entre este tipo de protección y la construcción del derecho de propiedad inmobiliaria iniciado como política de Estado a principios de la década de 1990, en el sentido que los plazos que existen son muchas veces imposibles de cumplir dada su especificidad técnica por lo que promueven la destrucción de zonas protegidas, esto sumado a iniciativas legislativas que ponen cotos administrativos para la celeridad de esta norma, como las ya comentadas.

---

<sup>475</sup> **Artículo 20**

1. La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa del planeamiento general.
2. El Plan a que se refiere el apartado anterior establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que sean aptos para ello. Igualmente contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas. También deberá contener los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas.
3. Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones.
4. Desde la aprobación definitiva del Plan a que se refiere este artículo, los Ayuntamientos interesados serán competentes para autorizar directamente las obras que desarrollen el planeamiento aprobado y que afecten únicamente a inmuebles que no sean Monumentos ni Jardines Históricos ni estén comprendidos en su entorno, debiendo dar cuenta a la Administración competente para la ejecución de esta Ley de las autorizaciones o licencias concedidas en el plazo máximo de diez días desde su otorgamiento. Las obras que se realicen al amparo de licencias contrarias al Plan aprobado serán ilegales y la Administración competente podrá ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al Organismo que hubiera otorgado la licencia en cuestión, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística sobre las responsabilidades por infracciones.

**e. Demolición de un inmueble.-** El art. 24.2 de la LPHE dice: En ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble, sin previa firmeza de la declaración de ruina y autorización de la Administración competente, que no la concederá sin informe favorable de al menos dos de las instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 3º. Definitivamente las regulaciones considerarán como última ratio la demolición de un inmueble perteneciente al acervo cultural de un país y de hecho en muchos casos la declaración de ruina es bastante discutible, sobre todo cuando se trata de inmuebles prehistóricos de interés arqueológico. De hecho, en la legislación peruana el trámite para proceder a la demolición formal de un inmueble es tan complicado que de hecho en casos extremos, se prefiere la remoción de condición de integrante del Patrimonio Cultural para así proceder a la demolición posterior, hecho que puede comprobarse en lo sucedido con la iglesia de la ciudad de Pisco, la cual tras el terremoto de dos mil diez hubo quedado inhabitable, representando peligro latente de derrumbe, motivo por el cual la administración decidió remover la condición de Patrimonio Cultural de la misma para proceder a su posterior demolición.

### **3.1.3 Prohibiciones.**

El de las prohibiciones, es un sistema bastante complejo y vasto y en la legislación peruana se establecen de acuerdo a complicados baremos preestablecidos de acuerdo a las especificidades de cada zona protegida. En la legislación española se agrupan en algunos artículos específicos: Colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los monumentos declarados de interés cultural recogido en el artículo 19.3 de la LPHE, *Queda prohibida la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos declarados de interés cultural. Se prohíbe también toda construcción que altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación.*

“Esta prohibición presenta dos claros fundamentos: por un lado la existencia de los mismos conlleva la realización de algún tipo de obra en ellos y para adosarlos que puede derivar en un deterioro del BIC. Para una adecuada conservación es incompatible con objetos extraños a los Monumentos y Jardines Históricos<sup>476</sup>”.

Es claro entonces el límite del derecho de la propiedad en esta prohibición, haciendo la salvedad de señalar que la práctica matiza esta prohibición en el sentido que se permite casi cualquier publicidad o instalación que cumpla con las exigencias de la administración técnicamente establecidas, de acuerdo al contexto del paisaje, hecho por lo cual la prohibición se traslada más a una exigencia de formato publicitario.

Se prohíbe la separación de su entorno. El artículo 18º de la LPHE, establece que inmueble declarado Bien de Interés Cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social y en todo caso, conforme al procedimiento previsto en el artículo 9., párrafo 2 de esta Ley.

“Los inmuebles parecen dotados por definición de esta característica: La inseparabilidad de su entorno. Pero la técnica y la experiencia han demostrado lo posible que es arrancar un inmueble de su entorno y moverlo donde más le convenga al hombre, eso sin hacer mención a la movilidad de los inmuebles por destino. Ejemplos de mastabas, templos egipcios, castillos, iglesias... están en la mente de todos. De ahí que las leyes de patrimonio histórico artístico recojan esta prohibición<sup>477</sup>”.

La legislación peruana no tiene un articulado que se ocupe directamente de esta situación, sin embargo, la generalidad de la norma puede cooperar a prescribir la movilidad de cualquier inmueble integrante del Patrimonio Cultural, aunque esta no haya sido una usanza cotidiana en la historia,

---

<sup>476</sup>ANGUITA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit.* pp. 142.

<sup>477</sup>ANGUITA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit.* pp. 144.



cuando se refiere a inmuebles peruanos. Reconstrucción de los bienes inmuebles.

El artículo 39.2 de la LPHE señala que en el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas. Esta regulación,

“aparece encuadrada dentro de las actividades de tratamiento y entre ellas las encargadas a conservar, consolidar y rehabilitar, evitando los intentos de reconstrucción. La reconstrucción es una actividad prohibida en cuanto, por lo general, conlleva, más prejuicios que beneficios a la hora de apreciar el valor cultural de estos bienes<sup>478</sup>”.

La misma normativa establece excepciones, una cuando se utilicen en ella partes originales y pueda probarse su autenticidad y cuando se añadan materiales o partes indispensables para la estabilidad o mantenimiento del inmueble. Respecto de la legislación peruana, observamos que la restauración, actividad comprendida en la primera excepción contemplada a esta regulación, no solamente constituye una excepción, sino que la normativa la declara un interés nacional. Es claro que la restauración tiene sus propios límites y está estrictamente vigilada por la administración, siendo que no se puede realizar alguna sin equipo técnico especializado y la correspondiente autorización. 2.4. Registro de bienes integrantes del Patrimonio Cultural.

## **3.2. Registro de Bienes integrantes del Patrimonio Cultural**

### **3.2.1. Calidad registral de los inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural en el Perú.**

Como se sabe el Patrimonio Cultural tiene diversas formas y puede ser mueble, inmueble o inmaterial, a este respecto lo que nos preocupa en la

---

<sup>478</sup> ANGUITA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 148.

presente es la situación del Patrimonio inmueble, la relación de propiedad que sobre el existe, su naturaleza, las cargas al derecho de propiedad y su situación registral.

Según la definición clásica los bienes se clasifican en muebles e inmuebles, el suelo es por definición y por excelencia un bien inmueble y con el las edificaciones que en la superficie se constituyan. La legislación peruana divide el suelo en rústico que es aquél destinado a la “explotación agrícola y/o pecuaria<sup>479</sup>” y urbano que es el que cuenta con los servicios generales propios de la ciudad, “ Tener los servicios propios de la ciudad (Dato físico), Haber sido habilitado conforme a ley (Dato jurídico)<sup>480</sup>”.

A decir de Gunther Gonzáles “desde hace más de medio siglo, nuestra legislación comenzó a regular la situación jurídica de los predios eriazos, entendiendo por tales aquellos que no son cultivables por defecto o exceso de agua y que tampoco tienen un uso urbano<sup>481</sup>” y es ahí donde podemos hallar algunas complicaciones puesto que se considera terreno eriazo al Patrimonio Arqueológico, lo que resulta un inconveniente en el tratamiento registral del Patrimonio dada la ausencia de una adecuada asignación de una categoría especializada para el status registral del Patrimonio Cultural, puesto que uno de los datos descriptivos que identifica la finca es su naturaleza, sea eriaza, rústica o urbana<sup>482</sup>.

La *praxis* peruana le da al Patrimonio Cultural la categoría de eriazo, estableciendo que forman parte de esta categoría “las tierras no cultivadas por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos, excepto, las lomas y praderas con pastos naturales dedicados a la ganadería; las tierras de protección, es decir las que no reúnen las condiciones ecológicas mínimas y las que constituyen Patrimonio Arqueológico de la Nación<sup>483</sup>” Resultando insuficiente esta calificación, a pesar de la anotación que se haga de su condición de integrante del Patrimonio Cultural, puesto que a nuestro entender, desnaturaliza el principal objetivo que es la protección dado que en

---

<sup>479</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*. Jurista editores, Lima, 2005. pp. 183.

<sup>480</sup> GONZALES BARRÓN. *Derechos Reales*. *Op. Cit.* pp. 287.

<sup>481</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de derecho registral inmobiliario*. Jurista editores, Lima, 2004. pp. 292.

<sup>482</sup> GONZALES BARRÓN. *Tratado de derecho registral inmobiliario*. *Op. Cit.* pp. 292

<sup>483</sup> RIVERA, Raúl *et altri*. *Temas de derecho registral*. Gráfica horizonte, Lima, 1999. pp. 81.

sentido estricto un terreno erizado es aquel que “en su condición natural no es objeto de ningún tipo de aprovechamiento económico, comprendiendo en ello los desiertos, los arenales, las montañas etc.<sup>484</sup>”.

Como es conocido por todos en la actualidad, el Patrimonio Arqueológico es una muy buena fuente de ingresos tanto para el fisco, como para la sociedad en forma de la millonaria industria del turismo. Es entonces posición del autor que debe crearse una nueva categoría predial que incluya el especial tratamiento que exige el Patrimonio Arqueológico, que en la mayoría de las ocasiones, está unido a la protección del patrimonio natural. Existe un sector de la doctrina que pretende incluir el Patrimonio Cultural como inmueble rústico pero existen varias contradicciones en esta consideración<sup>485</sup>.

Como se ha visto, un inmueble rústico tiene una protección y una habilitación orientadas a mantener su utilidad para la sociedad, la cual está expresada en actividades productivas agrícolas, forestales y pecuarias, entonces la norma le otorga una determinada intangibilidad y seguridad a los denominados terrenos, justamente para asegurar a la sociedad una suficiente provisión de los resultados de las mencionadas utilidades. Aquí descubrimos un problema, como ya se ha visto la protección al Patrimonio Cultural se realiza mediante cargas y limitaciones a la propiedad, una de ellas es justamente la absoluta prohibición de realizar dichas actividades (la prohibición mas bien se refiere a que no se puede otorgar cambio de uso, es decir volver urbano un sitio rural, por que si se practicaba la agricultura desde tiempos inmemoriales puede seguirse haciendo mucho más en los casos de andenes que están contruidos con fines netamente agrícolas) dentro de los polígonos territoriales delimitados para la protección de los mencionados inmuebles, entonces nos encontramos ante una seria contradicción.

---

<sup>484</sup> GONZALES BARRÓN. *Tratado de derecho registral inmobiliario. Op. Cit.* pp. 293.

<sup>485</sup> En este caso se puede considerar baladí el hecho de hacer digresiones al respecto, mas hay que tomar en cuenta la real importancia de la naturaleza de los inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural puesto que de esta consideración nacerá la posibilidad de cargar o no a dichos inmuebles con los límites y cargas a la propiedad correspondientes.

### 3.2.2. Registro del Patrimonio Cultural inmueble.

Varios de los límites del derecho de la propiedad que hemos comentado, no cuentan con trascendencia registral (Deber de conservación, deber de facilitar acceso a investigadores y otros), sin embargo, dentro de los bienes de Patrimonio Cultural inmobiliario, nos interesan los inscribibles.

La legislación española especializada se ocupa del tema registral en el Art. 12º LPHE que establece que *cuando se trate de monumentos y jardines históricos, la administración competente instará de oficio la inscripción gratuita de la declaración en el Registro de la Propiedad*, “la inscripción de monumentos y jardines, a la vista del art. 12º, tiene carácter obligatorio. Se trata pues, de una excepción –una de las escasísimas excepciones al carácter voluntario de la publicidad registral<sup>486</sup>”. Este señalamiento de obligatoriedad, constituye un caso especialísimo dentro de la legislación registral y del sistema registral que se caracteriza por la voluntariedad del acceso de los propietarios privados al registro.

Paralelamente, podemos citar la Ley Número 29090, De Regularización De Habilitaciones Urbanas Y De Edificaciones peruana que crea la figura de la aprobación automática de la licencia de construcción por parte de las municipalidades, que obligatoriamente deberán otorgar Licencias de Construcción, por aprobación automática, con la sola presentación de un expediente y sin una necesaria revisión y calificación técnica previa, para saber que se está permitiendo construir. Sin embargo, en materia de Patrimonio Arqueológico consideramos, que se ha avanzado respecto de la anterior Ley 27157 (antigua Ley peruana de regularización de edificaciones), la cual hasta cierto punto de su vida jurídica propició atropellos al Patrimonio Arqueológico regularizando edificaciones construidas sobre tal, experiencia que tuve la oportunidad de apreciar el año 1999 en que fui practicante de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Cultura, respecto de muchos expedientes sobre todo del centro histórico del Distrito de Barranco. Esta norma define como una de las maneras de edificación la

---

<sup>486</sup> PAU PEDRÓN, Antonio. *Cuatro Ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005, pp. 22.

puesta en valor histórico monumental; obra que comprende, separada o conjuntamente, trabajos de restauración, recuperación, rehabilitación, protección, reforzamiento y mejoramiento de una edificación. Es decir declara la existencia oficial de la fábrica y de la puesta en valor de un monumento, claro está que dicha edificación al ser privada deberá contar además con los requisitos que el Ministerio de Cultura impone.

El Ministerio de Cultura, deberá remitir a la municipalidad distrital, provincial y a la Superintendencia nacional de los Registros Públicos – SUNARP, el listado de bienes inmuebles y ambientes considerados como Patrimonio Cultural monumental y arqueológico, para los fines a que se contrae el artículo 29º de la Ley 28296. Esta parte de la norma resulta excelente como un deber ser, sin embargo, deviene utópica considerando las posibilidades y el estado en el que el Ministerio de Cultura maneja hasta ahora sus archivos, considerando inclusive la doble inscripción que en su momento existió en Machupicchu <sup>487</sup>, es necesario recomendar que se hagan los trabajos necesarios y sobre todo se tome la decisión política de establecer un catastro conjunto entre el Ministerio de Cultura y la SUNARP.

- El art. 36º de la LPHE señala que la *administración competente podrá conceder una ayuda con carácter de anticipo reintegrable que en caso de bienes inmuebles será inscrita en el Registro de la Propiedad*. La poco acertada delimitación que hace la ley entre el Registro Especial y el Registro de la Propiedad tiene una manifestación concreta en la previsión de que se inscriban en el Registro de la Propiedad las ayudas reintegrables ¿para qué? ¿qué eficacia tienen frente a tercero? La constancia registral puede hacer pensar que dejan afecto el bien como garantía de reintegro, pero evidentemente no es así. La inscripción de la ayuda no atribuye a la administración concedente ninguna garantía real.

- El art. 38º de la LPHE dice que *los registradores de la propiedad y mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la*

---

<sup>487</sup> Durante un breve período existió una doble inscripción que dio paso a la anulación de uno de los títulos, precisamente el que declaraba la propiedad del Estado sobre Machupicchu, la inscripción en el asiento 1-c de la ficha Número 17699 del Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos del Cusco, resultó nula en cuanto a que no existe ninguna norma legal y menos título alguno que le haya otorgado la propiedad del predio al Estado (Ver informe del Estudio Trazegnies y Uría en anexo)

*propiedad o cualquier derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen.* “Las declaraciones a efectos del tanteo y del retracto a favor de la Administración del Estado y sus requisitos de forma y tiempo<sup>488</sup>” Esta obligación a los Registradores de la propiedad está estrechamente enlazada con una institución harto comentada dentro del sistema de propiedad a que da lugar el Patrimonio Cultural, señalando el deber de comunicación a la administración de la enajenación de un bien del Patrimonio Cultural, pero resalta más la figura del ejercicio al derecho de tanteo<sup>489</sup> que tiene la administración además del derecho de retracto<sup>490</sup>

“que entrará en juego en aquellos supuestos en los que se hubiera enajenado un bien del Patrimonio Histórico al margen de las exigencias normativas que rigen tales operaciones, presupuesto de hecho que faculta a la administración para adquirir el bien ilegalmente transmitido, resolviendo la venta realizada en tales condiciones<sup>491</sup>”.

La legislación española es un poco más abundante respecto de los derechos de retracto y tanteo, está mas o menos organizado de manera que

“quien se proponga enajenar un Bien de Interés Cultural o un bien incluido en el inventario deberá notificarlo a los organismos competentes (...); dentro de los dos meses siguientes a la notificación la Administración podrá hacer uso del derecho de tanteo, obligándose al pago (...); cuando el propósito de enajenación no se hubiese notificado correctamente, la Administración podrá ejercitar el retracto en el plazo de seis meses a contar de la fecha en que tenga

---

<sup>488</sup> PAU PEDRÓN. *Cuatro Ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español. Op. Cit.* pp. 21.

<sup>489</sup> Derecho de Tanteo: Es un derecho de adquisición preferente mediante el cual, el Estado, está facultado para adquirir, con preferencia sobre cualquier otra persona, un bien integrante del Patrimonio Cultural, que va a ser enajenado por su propietario a un tercero por el mismo precio que ésta abonaría. El propietario está obligado a comunicar al Estado su intención de vender así como las condiciones en las que quiere hacerlo.

<sup>490</sup> Derecho de Retracto: El Estado tiene derecho a subrogarse en el lugar del comprador, adquiriendo el bien integrante del Patrimonio Cultural, que fue objeto del contrato de compraventa en las mismas condiciones que el comprador, en cuya posición se subroga, satisfaciendo el mismo precio más los gastos necesarios habidos en la compraventa.

<sup>491</sup> BARRERO RODRÍGUEZ. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico. Op. Cit.* pp. 491.

conocimiento fehaciente de la enajenación; los derechos de tanteo y retracto de la Administración del Estado son preferentes a los de las Comunidades Autónomas siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un museo, archivo o biblioteca estatal –con lo que queda sin determinar la preferencia entre retrayentes cuando se trata de bienes inmuebles<sup>492</sup>”.

Una importante reflexión respecto del derecho de retracto es la realizada por Pau Pedrón<sup>493</sup> en el sentido de la titularidad de los derechos de adquisición preferente. Ha señalado que el problema en si propio no es de orden estrictamente legislativo sino mas bien práctico al momento de atribuir los derechos de tanteo y retracto sobre un bien determinado. Ante estas observaciones ha establecido algunos criterios de titularidad para discriminar los derechos:

“1. Las comunidades autónomas son titulares de esos derechos cuando se trata de bienes incluidos en sus respectivos registros o inventarios. 2. El Estado (central) lo es respecto de los bienes, cualquiera que sea su ubicación, que no estén incluidos en Registros o inventarios autonómicos. 3. Aunque estaría subsumido en la regla anterior, al Estado le corresponde el ejercicio de estos derechos en las Comunidades Autónomas sin competencias sobre Patrimonio Histórico. 4. El Estado es igualmente titular de esos derechos cuando se trata de bienes adscritos a servicios públicos gestionados y cuando el ejercicio de estos derechos de adquisición preferente implique defensa (de los bienes adquiridos)<sup>494</sup>”.

El artículo 16º del Reglamento de la LPHE dice que será título suficiente para efectuar la inscripción la certificación administrativa expedida por la autoridad encargada de la protección del bien inmueble en la que se transcriba la declaración del monumento o Jardín Histórico. A este respecto y en concordancia con la obligación de inscripción podemos considerar algunas situaciones,

“la ley prevé la inscripción de la declaración de Bien de Interés Cultural. Frente a otros casos de obligatoriedad, antes citados, no se

<sup>492</sup> PAU PEDRÓN. *Cuatro Ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español. Op. Cit.* pp. 39.

<sup>493</sup> PAU PEDRÓN. *Cuatro Ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español. Op. Cit.* pp. 39.

<sup>494</sup> PAU PEDRÓN. *Cuatro Ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español. Op. Cit.* pp. 43.

impone la inmatriculación obligatoria del inmueble sino la inscripción obligatoria de la declaración. Ahora bien, como la inscripción presupone la inmatriculación, parece que la administración actuante deberá promover, cuando sea necesario, la inmatriculación<sup>495</sup>".

La legislación peruana de la misma manera impone la obligación de inscribir los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación ante los organismos competentes por parte de los propietarios privados, sin embargo, se establece también la condición de interés nacional al proceso de inscripción de bienes del estado que tengan esta condición, siendo que debido a la cantidad de estos y a la reciente claridad legislativa al respecto, se constituye una novedad en el país. De acuerdo a la disposición contenida en el artículo 13º del la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación el Artículo 2008º del Código Civil Peruano, establece los registros existentes, modificado posteriormente por la Ley 26707 donde no se establece un registro especializado en bienes culturales pero ni siquiera de su calidad de Patrimonio Cultural.

El principio de tracto sucesivo desarrollado en el Art. 2015º del código civil peruano señala que ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane. La inscripción registral, es un acto meramente declarativo que otorga publicidad y seguridad jurídica formal a un acto jurídico y no constitutivo de derecho; solamente podrá inscribirse calidad de Patrimonio Cultural de los bienes arqueológicos inmuebles cuando estos estén debidamente saneados, es decir, que se conozca las Partidas Registrales completas y actualizadas donde obre inscrito el derecho de propiedad del Estado o propiedad privada. El hecho de la inscripción e inmatriculación de los inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural representa una seria complicación, que no debería serlo tanto, principalmente, en virtud de la protección constitucional de que goza el Patrimonio Cultural junto a su protección en casi todos los niveles de protección internacional.

Podemos aclarar este tema con la experiencia de la Sub Dirección de Catastro del Ministerio de Cultura peruano, que en cumplimiento de sus

---

<sup>495</sup> PAU PEDRÓN. *Cuatro Ensayos sobre el Patrimonio Cultural Español. Op. Cit.* pp. 39.



objetivos, posteriormente a la identificación y registro de los bienes inmuebles (zonas, sitios, parques arqueológicos), procede a elaborar expedientes técnicos, que de ser aprobados en la Sede Central mediante Resolución Directoral Nacional, serán declarados Patrimonio Cultural de la Nación. Dicha condición del inmueble, de acuerdo a la misma Resolución, deberá ser inscrita en Registros Públicos y cuando el bien así lo amerite, ser también inscrito como propiedad del Estado representado por el Ministerio de Cultura.

La trascendencia de la inscripción en los Registros Públicos de los Bienes Declarados Patrimonio Cultural de la Nación, radica en que protege jurídicamente el inmueble, evitando que las personas naturales o jurídicas intenten realizar cambios que lo afecten total o parcialmente argumentando desconocimiento de la condición de integrante del Patrimonio Cultural.

El saneamiento físico legal de los inmuebles es requisito para proceder a las evaluaciones de los proyectos de inversión pública que tienen por finalidad efectuar la puesta en valor de los inmuebles de propiedad del Estado. En cuanto a la delimitación de sitios, zonas y parques Arqueológicos podemos decir que a partir de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura, está a cargo del Registro Nacional Patrimonial Informatizado de Bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, centralizando el ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación, en el marco de un sistema de protección colectiva del Patrimonio a partir de su identificación, y registro del bien. El Ministerio de Cultura a la fecha tiene delimitados aproximadamente 110 Sitios, Zonas y Parques arqueológicos en diferentes ámbitos de la región, los cuales a partir del año 2006 están siendo objeto paulatinamente de saneamiento físico legal.

Es importante señalar que el artículo 13º de la Ley peruana, manifiesta que el Ministerio de Cultura es el titular para solicitar la inscripción del bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación ante la oficina registral en cuya jurisdicción se encuentre el bien, responsabilizándolo de la propia labor de inscripción (e inmatriculación).

El Ministerio de Cultura que ostenta la representatividad del Estado en lo que se refiere a la propiedad de Bienes arqueológicos, se ha visto en la necesidad de implementar la actividad de saneamiento de estos bienes, labor que se viene cumpliendo tratando de compatibilizar la necesidad de

formalización de las zonas con el deber de conservar el Patrimonio Cultural de la Nación, para cuyo fin se ha desarrollado la actividad en mérito al Decreto Supremo número 130/2001/EF que posibilita el saneamiento técnico legal de los bienes de propiedad estatal. De esta manera la Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco, consiguió en 2008 inscribir por primera vez válidamente tanto la calidad de Patrimonio Cultural como la propiedad del Estado representado en este caso por el Ministerio de Cultura de las zonas arqueológicas de: Zona Arqueológica de Ollantaytambo inscrita como propiedad del estado y en su calidad de Patrimonio Cultural de la Nación. Z. A. *Tarawasi* – Limatambo. Z. A. *Qotakalli* – Cusco. *Ollantaytambo* (Como parte integrante del P. A. de Ollantaytambo). *Rosapata Vitcus* y *Yuraqrumi Vilcabamba*, (Parte integrante del P. A. de Vilcabamba). Z. A. *Wayna Taukaray* Cusco. *Pikillaqta* – Lucre (Parte integrante del P. A. de Pikillaqta) Grupo arqueológico de *Raqchi* (Parte integrante del P. A. de Raqchi), Grupo arqueológico de *Pisaq* (Parte integrante del P. A. de Pisaq), Z. A. de Saqsaywaman (Parte integrante del P. A. de Saqsaywaman). Z.A. de *Moray Maras*.

### **3.3. Sujeto y objeto de propiedad sobre El Patrimonio Cultural**

A pesar de los avances en cuanto a la propiedad en las democracias liberales, la propiedad sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural es un tema aún bastante controvertido, exhibiendo varias aristas que deberán tenerse en cuenta.

#### **3.3.1. Bien Integrante del Patrimonio Cultural como objeto de propiedad.**

En principio, la propiedad privada sobre Patrimonio Cultural es una cuestión innegable en la práctica y con respaldo en la legislación internacional, además de existir desde antiguo sobre casi todo el Patrimonio no declarado. Hay que tener en cuenta que el Patrimonio Cultural, no siempre es trascendente exclusivamente por sí mismo, sino que más bien es parte de una unidad formal y estructural conformada por todo el entorno paisajístico. En todo caso, la situación de dichos bienes es principalmente responsabilidad

del Estado, independientemente de la situación de propiedad que estos tengan,

“Los bienes culturales son una clasificación especial dentro de los bienes considerados como parte del dominio público del Estado; si bien es cierto que el Estado en muchos casos es propietario de los bienes culturales, también es verdad que en otros cumple un papel de tutela o una labor de celador, esto es que los particulares pueden ser dueños de dichos bienes pero afectos a un destino de trascendencia histórica por ser a la vez Patrimonio de la Nación, que se erige en una poderosa limitación de la propiedad<sup>496</sup>”.

### **3.3.1.1. Características De los bienes integrantes del Patrimonio Cultural.**

Contemporáneamente, se considera que un bien cultural se caracteriza y valúa por reunir en sí mismo todos o alguno de los valores que inspiran la legislación. García García<sup>497</sup> considera que estos valores son 1. Interés artístico, “es una idea (cuya determinación) es difusa (para el derecho) (...) la consideración de lo que ha de considerarse artístico, dependerá de lo que en cada momento se entienda como arte”, este punto es muy importante para entender que la protección del Patrimonio Cultural, está directamente relacionada con la ideología de un tiempo en concreto, dicha ideología determinará lo bello, lo feo, lo bueno y lo malo. 2. Interés histórico, en este punto “lo histórico parece identificarse con aquellos acontecimientos políticos o sociales que desde un punto de vista distanciado en el tiempo resultan más relevantes para entender el devenir de las distintas sociedades y civilizaciones” Barrero, ha señalado que particularmente para la legislación española, lo histórico equivale a lo cultural, sin embargo, observamos que esta forma de concebir lo cultural, relega al Patrimonio Cultural a una categoría constituida fundamentalmente por elementos del pasado, hecho que resulta profundamente restrictivo para la función que proyecta cumplir en el presente, negando la posibilidad de proteger manifestaciones

<sup>496</sup> VASQUEZ RÍOS, Alberto. *Derechos Reales*. San Marcos, Lima, 2003. pp.100.

<sup>497</sup> GARCÍA GARCÍA, María. *La Conservación De Los Inmuebles Históricos a través de Técnicas Urbanísticas y Rehabilitadoras*. Aranzadi, Navarra, 2000. pp. 30 a 32.

contemporáneas o la proyección de manifestaciones ancestrales a la realidad contemporánea. 3. Interés paleontológico, “la relevancia de tal concepto para el mundo del derecho, devendría inexistente de no ser por suponer la concreción del valor histórico, que define la pertenencia a un patrimonio específico dotado de protección por el ordenamiento jurídico. 4. Interés arqueológico, “supone una dimensión más de la historicidad que preside la noción de Patrimonio Histórico y que tiene en los hallazgos que permiten conocer las civilizaciones pasadas, uno de sus fundamentales puntos de referencia”. 5. Interés etnográfico, “permite incluir en el ámbito del Patrimonio Histórico, todos aquellos bienes que sean útiles para (el estudio y descripción de razas o pueblos)”. 6. Interés científico, posibilidad de que los “bienes que sean relevantes desde el punto de vista científico y a su vez sean susceptibles de contribuir al conocimiento de la civilización humana puedan integrarse en el Patrimonio Histórico como manifestación de la historicidad inmanente a los mismos”. 7. Interés técnico, “se trata al igual que ocurría con el interés científico, de aproximar las manifestaciones técnicas, a través de las cuales los hombres han solventado las distintas necesidades de la vida cotidiana”.

Estos lineamientos, sirven como derrotero para definir legislativamente qué objetos conforman Patrimonio Cultural y cuales no. Sin embargo, de ninguna forma puede pretenderse que estos elementos puedan configurar definición alguna del Patrimonio Cultural.

### **3.3.1.2. Patrimonio Cultural Como Objeto Apropiable**

Es importante atender a la categoría de objeto apropiable o bien, en este caso, utilizando la postura clásica de Ferrara, que establece que el objeto de los derechos reales, en sentido estricto, “es toda entidad apta para satisfacer un interés económico, que tenga existencia autónoma y que sea susceptible de vinculación autónoma con un individuo<sup>498</sup>”. Teniendo en cuenta también el constante crecimiento de la definición en la jurisprudencia internacional podemos citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso

---

<sup>498</sup> FERRARA, Francesco. *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, en Revista de derecho privado, Madrid, 1950. pp. 3.

Ivcher Bronstein contra el Estado peruano, que consideró que: “los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor<sup>499</sup>”.

Entendemos al bien en tanto cosa, asumiendo de esta manera la reflexión de Heidegger<sup>500</sup> según la cual una obra de arte (que aquí equiparamos con Patrimonio Cultural) es una cosa acabada, porque es tratada como tal, vendida, comprada transportada, almacenada, sin embargo, va más allá de ser una mera cosa, al mismo tiempo, es una alegoría y al mismo tiempo es un símbolo.

Sirve a nuestra reflexión, considerar la trascendencia creciente del concepto bien dentro de la relación propietaria,

*“è indubbio che il bene sta ad indicare il punto di riferimento oggettivo delle situazioni e vicende giuridiche soggettive. Infatti se la cosa può esaurirsi nell'essere semplicemente un frammento di cosmo, il bene è sempre una entità in rapporto a un soggetto e ai suoi interessi e bisogni, è sempre – necessariamente – entità relazionale<sup>501</sup>”.*

Mucha de la legislación surgida en la segunda mitad del siglo XX, ha tenido una fuerte influencia de la teoría de la doble titularidad, que le otorga al bien un doble soporte: Material, enfocado a la cosa en sí y por otra parte

---

<sup>499</sup> CIDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

<sup>500</sup>“La alegoría y el símbolo nos proporcionan el marco dentro del que se mueve desde hace tiempo la caracterización de la obra de arte. Pero ese algo de la obra que nos revela otro asunto, ese algo añadido, es el carácter de cosa de la obra de arte. Casi parece como si el carácter de cosa de la obra de arte fuera el cimiento dentro y sobre el que se edifica eso otro y propio de la obra”. HEIDEGGER, Martin. *Caminos del bosque*. Alianza Editorial, Madrid, 2010. pp. 11.

<sup>501</sup> Es indudable que el bien indica el punto de referencia objetivo de las situaciones del derecho patrimonial casi en contrapunto (y a veces en contraposición) con las posturas jurídicas subjetivas, de hecho, si la cosa puede agotarse siendo simplemente un fragmento del cosmos, el bien es siempre una entidad en relación a un sujeto y a sus intereses y necesidades, es siempre –necesariamente– una entidad relacional. GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, anno LXCI, Fasc. 4. Giuffrè Editore, Milano, 2012. pp.1060.

inmaterial o moral que refiere al valor no patrimonial del bien<sup>502</sup> perspectiva que ha sido soslayada por la inclusión de los Bienes Culturales en el ámbito de influencia de la función social del derecho de propiedad. Sin embargo, la lógica de la doble titularidad mantiene alguna influencia en la legislación peruana, siendo la más evidente, aquella contenida en el artículo 6º de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación<sup>503</sup>, que como hemos visto, otorga la propiedad sobre inmuebles arqueológicos al Estado, configurando una contradicción entre función social de la propiedad por un lado y confiscación por otro.

En cuanto al tema que nos ocupa, lo importante es la coincidencia entre Patrimonio Cultural y su objetivización dentro de la relación propietaria, es decir, la difícil dilucidación que supone convertir una entidad (simple fragmento del cosmos) cuyo valor está más allá del económico y utilitario tal como lo establece la UNESCO “*The cultural and natural heritage is among the priceless and irreplaceable assets, not only of each nation, but of humanity as a whole*”<sup>504</sup>, que la modernidad previó, en un objeto propietario. El papel del objeto en el derecho de propiedad ha ido desarrollándose y ganando terreno conforme el desarrollo del derecho de propiedad moderno. EL objeto en el derecho de propiedad se ha desarrollado desde su inicio

---

<sup>502</sup> “Apoyarse en la doctrina ayudaría a reconocer las dos titularidades que Máximo Severo Giannini establece sobre los elementos que conforman el bien cultural: Titularidad privada: Elemento material – Soporte físico o cosa. Titularidad estatal – valor cultural al servicio de la función social. Tommaso Alibrandi y Pier Giorgio Ferri, siguiendo a Giannini, afirman que el sustrato inmaterial, representado por el valor cultural, está vinculado al interés público y el aspecto material cuya subjetividad está representada por el carácter económico que adquiere el objeto, está vinculado estrechamente al derecho de propiedad. Esta doble conformación es la que origina los conflictos del destino, uso y administración de los bienes culturales. Por lo tanto, se puede colegir que es el punto de partida del clásico conflicto entre propiedad pública y privada.” ARISTA, Adriana. *Artículo 21º de la Constitución Política del Perú*. En GUTIERREZ, Walter (dir.). *La Constitución comentada artículo por artículo Tomo I*. Gaceta jurídica, Lima, 2006. pp. 508

<sup>503</sup> Artículo 6.- Propiedad de bien cultural inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación (...) 6.1 Todo bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación de carácter prehispánico es de propiedad del Estado, así como sus partes integrantes y/o accesorias y sus componentes descubiertos o por descubrir, independientemente de que se encuentre ubicado en predio de propiedad pública o privada. Dicho bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación tiene la condición de intangible, inalienable e imprescriptible, siendo administrado únicamente por el Estado.

<sup>504</sup> El Patrimonio Cultural y Natural pertenece a la categoría de bienes invaluable e irremplazables no solo de cada nación, sino de la humanidad en su conjunto (Traducción del autor). UNESCO. *Operational guidelines for the implementation of the World Heritage Convention*. UNESCO-WHC, Paris, 2005. pp. 2.

como un elemento unidimensional e inanimado, podría decirse que ha pasado a convertirse en el protagonista del derecho de propiedad. Grossi grafica este hecho, cuando se refiere al primer código civil italiano de la unidad, de 1865,

*“Il bene (en este código) appartiene a la realtà esterna, ma non ha contrassegni strutturali, economici, sociali. E una realtà neutra, amorfa, di cui l’ordenamento generale si disinteressa, pago unicamente di asserire che un carattere giuridicamente tipizzante gli proviene solamente dalla proiezione su di esso della volontà del proprietario<sup>505</sup>”*

y cierra reflexionando sobre lo que llama la Revolución Copernicana de Finzi, de ver la relación persona – cosa de arriba para abajo,

*“affermando la primazia del bene sul soggetto proprietario, valorizzando la cosa nella sua intrínseca natura materiale di bene, cioè in una sua specificità e peculiarità derivanti dalla sua diversità di índole strutturale (...) dalla quale scaturiva anche la sua specificità e peculiarità di índole economica<sup>506</sup>”,*

esta reflexión nos lleva a pensar respecto de la cosificación del Patrimonio Cultural, en cuanto material, al contradecirse con su naturaleza invaluable desde la perspectiva económica y que resulta una contradicción casi insalvable en el tránsito de fragmento del cosmos a objeto de propiedad

*“la cosa a qui perduto la neutralità del frammento muto del cosmo, non è più una sorta di vaso vuoto, ma è, al contrario, carica di*

---

<sup>505</sup> El bien pertenece a la realidad externa pero no tiene marcas estructurales, económicas, sociales. Es una realidad neutra, amorfa, de la cual el ordenamiento general se desinteresa, asegurándole únicamente un carácter tipificante que proviene únicamente de la proyección de la voluntad del propietario (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1063

<sup>506</sup> Afirmando la primacía del bien sobre el objeto propietario, valorándola en su intrínseca naturaleza material de bien, es decir en su especificidad y peculiaridad derivadas de su diversidad d índole estructural (...) de la cual emana también su especificidad y peculiaridad de índole económica (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1070.

*contenuti economici (è la res frugífera di cui parlano fittamente i giuristi agraristi) ed ha un suo messaggio típico che la impone alla volontà degli individui<sup>507</sup>,*

esta afirmación, nos deja la certeza que la condición de Patrimonio Cultural de un bien será determinante en una futura relación propietaria y que el antieconomicismo valorativo que caracteriza al Patrimonio Cultural exige un tratamiento y una densidad tan especializados, que sólo podrán ser comprendidos desde las propiedades y nunca desde la propiedad.

La Conferencia Mundial de la UNESCO sobre el Patrimonio Cultural, celebrada en México en el año 1982, apunta que

“El Patrimonio Cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan sentido a la vida, es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo; la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas”.

Desde esta perspectiva, la fundamentación teleológica de la protección al Patrimonio Cultural, encuentra su respaldo, en valores absolutamente disímiles y contradictorios con los valores que inspiran la protección de la propiedad liberal cuyo modelo por motivos prácticos deberá ser superado. “La propiedad es una síntesis de poderes, que no tienen un contenido preciso y que repugna toda definición de su contenido, de forma tal que su abstracción llega a ser total<sup>508</sup>” a diferencia del Patrimonio Cultural que resulta inconmensurable económicamente y que a pesar de su tiempo de existencia, puede calificarse como una categoría de pensamiento *posmodernoide*.

---

<sup>507</sup> La cosa ha perdido la neutralidad del fragmento mudo del cosmos, no es más una suerte de envase vacío, al contrario, es una carga de contenidos económicos (la *res frugifera* de la que hablan profundamente los ius-agraristas) y tiene su propio contenido típico que la impone a la voluntad de los individuos (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1070.

<sup>508</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *De la propiedad a las propiedades*. Op. Cit. pp. 519.



Consideramos además que legislativamente existe un desarrollo trascendental de lo que conocemos como Patrimonio Cultural que reclama estadios ideológicos de desarrollo,

“el origen del Monumento Histórico puede encontrar sus fuentes en épocas relativamente recientes, Françoise Choay ubica en los inicios del renacimiento el cuño de este concepto. Es entonces cuando se desarrolla el culto a las ruinas de la antigüedad clásica. El monumento se convierte en la memoria. Esta memoria se encuentra ahí para recordar un pasado prestigioso aún visible en los vestigios antiguos. Una verdadera filiación aparece en la cual, las obras presentes deben inspirarse. El monumento no se considera en su dimensión funcional sino por su estética<sup>509</sup>.”

Cabe establecer, que la legislación Propietaria contemporánea y positivista, puede en el mejor de los casos ser compatible con la primigenia percepción del Patrimonio Histórico Artístico, sin embargo resulta completamente incompatible, con la posmoderna concepción de Patrimonio Cultural que juega un papel trascendente de cohesionador social ante la desacralización de las sociedades. Muerto Dios, muerto el hombre y con la historia en crisis absoluta, el Patrimonio Cultural, “aparece hoy como una respuesta y baluarte frente a los grandes atentados de nuestro tiempo. El Patrimonio constituye un asidero claro que responde a los desafíos de una modernidad galopante, desprovista de hitos o referencias, le da sentido y nos remite a formas antiguas aceptadas y a sistemas reconocidos. El sentimiento de desarraigo, resentido fuertemente en las aglomeraciones y grandes ciudades, configurado por una aceleración de desplazamientos invita a un regreso al pasado<sup>510</sup>”.

---

<sup>509</sup> ICOMOS et altri. *La representatividad en la lista del Patrimonio Mundial, Santiago de Querétaro, México Diciembre 12 – 16, 2003*. Conaculta, México D.F. 2003. pp. 10

<sup>510</sup> ICOMOS et altri. *La representatividad en la lista del Patrimonio Mundial...* pp. 11.

### 3.3.1.3. Sujeto Y Propiedad Liberal.

En el presente texto se menciona en varias ocasiones al sujeto propietario, que se ha encontrado, desde su aparición, en el centro de la relación propietaria y ha sido protagonista desde entonces del desarrollo jurídico en occidente. Este sujeto propietario, también ha evolucionado y actualmente es bastante distinto de aquél que conquistó derechos en la revolución francesa,

*“La società che usciva dalla Rivoluzione, dunque risultava assai semplificata, composta non più da ceti, ordini e corporazioni, ma da due poli speculari: la Nazione, intesa come momento politicamente unitario di un insieme di soggetti e l'individuo. Quest'ultimo, che sotto il profilo giuridico diveniva dunque titolare di diritti e libertà, cittadino, soggetto unico che veniva posto, dinanzi a la legge, su un profilo economico, la nuova veste, anch'esa emblematicamente unitaria, del proprietario moderno<sup>511</sup>”*,

consolidando de esta manera al propietario burgués triunfador de la Revolución Francesa como sujeto de derecho por definición en la legislación moderna, hasta que la llegada del productor-empresario de la primera Revolución Industrial, eclipsó la presencia del individuo propietario al centro de la sociedad burguesa liberal.

*“Un nuovo soggetto economico, che nel corso degli anni avrebbe affiancato il proprietario, fino a contendergli il primato e a minacciarne il ruolo di esclusivo rappresentante dell'individualismo borghese. Era il produttore-imprenditore che il diritto per lungo tempo, avrebbe ignorato<sup>512</sup>”*

---

<sup>511</sup> La sociedad que salía de la Revolución se había simplificado mucho, ya no estaba compuesta de clases, órdenes y corporaciones, sino de dos polos espectaculares: la nación entendida como momento políticamente unitario de varios sujetos y *el individuo*. Este último que bajo el perfil jurídico se convirtió en titular de derechos y libertad, ciudadano, sujeto único que estaba delante de la ley desde el perfil económico, el nuevo ropaje también emblemáticamente unitaria del propietario moderno (Traducción del autor). MAZZARELLA, Ferdinando. *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*. En *Materiali per una storia della cultura giuridica Anno XXXVI, Nro. 1, giungno*. Il mulino, Bologna, 2004. pp. 38.

<sup>512</sup> Un nuevo sujeto económico, que con el curso de los años se había unido al propietario, hasta disputarle la primacía y a amenazar su rol de exclusivo representante del individualismo

Este fenómeno de evolución del sujeto burgués en el Estado liberal, ha ido desarrollándose influenciado en su concepción, por fenómenos históricos como la constitucionalización, el no reconocimiento del sujeto productor y su posterior reconocimiento, la crisis del individualismo con la aparición de los Estados del socialismo real o los nacionalismos como el fascismo italiano, hasta configurar el individuo propietario contemporáneo, que forma parte de un sistema imperante que despoja al Estado de su exclusividad legislativa en atención al mercado y que pone a la economía antes del derecho en orden de prelación, promoviendo un sistema legislativo y político *“congeniale agli interessi dell'imprenditore, protagonista egemone dell'organizzazione economica contemporanea”*<sup>513</sup>.

Esta lógica del propietario-empresario como figura central de la estructura jurídica burguesa contemporánea, nos lleva a reflexionar brevemente sobre la institución de la propiedad como herramienta de administración de la riqueza material en el mundo. Según estudios publicados por el *World Institute for Development Economics Research (WIDER)*<sup>514</sup> de la Universidad de las Naciones Unidas en Helsinki, que por vez primera investigan de manera detallada la distribución del ingreso, de la riqueza y su evolución hasta el año 2000, el 10% de la población mundial es propietario del 85% de la riqueza mundial y que el 50% de la humanidad debe conformarse con el 1% de ella. El derecho de propiedad, contemporáneamente, sirve como sistema de garantía para que dicha proporción de repartición de la riqueza permanezca inmóvil.

### **3.4. Modernidad Propietaria Y Posmodernidad Del Patrimonio Cultural.**

#### **3.4.1. La Propiedad Y La Modernidad**

No aspiramos de ninguna forma a postular una teoría generalizadora del Derecho de propiedad, ya lo dice Mariano Alonso, “sobre la propiedad (...) se

---

burgués. Era el productor empresario que el derecho había ignorado por largo tiempo (traducción del autor). MAZZARELLA, Ferdinando. *Percorsi dell'individualismo giuridico. Op. Cit.* pp. 38.

<sup>513</sup> Acorde con los intereses del empresario, protagonista hegemónico de la organización económica contemporánea (traducción del autor). MAZZARELLA, Ferdinando. *Percorsi dell'individualismo giuridico. Op. Cit.* pp. 70.

<sup>514</sup> <http://www.wider.unu.edu/>

han escrito tantas páginas, que podría formarse una buena biblioteca. La afirmación más general es la insuficiencia manifiesta de la regulación codificada para resolver los problemas actuales<sup>515</sup>”, nuestra intención es analizar sus características desde una perspectiva histórica para descubrir sus compatibilidades e incompatibilidades con el Patrimonio Cultural.

Paolo Grossi ha señalado que

“ningún discurso jurídico está tan empapado del bien y del mal, tan sazonado por visiones maniqueas como aquél que se refiere a la relación hombre bienes. Porque son tan grandes los intereses en juego que inevitablemente las opiniones económico jurídicas vienen defendidas por las corazas no corrosibles de las connotaciones éticas y religiosas<sup>516</sup>”.

Entendemos la propiedad como una categoría básicamente jurídico-economicista que relaciona al ser humano con el objeto apropiable desde una perspectiva principalmente material conforme el modelo seguido en la “Europa continental y que reproducen los pueblos americanos (...) impuesto por el triunfo de la Revolución francesa de 1789 (...) que permiti(tió) configurar la propiedad como un derecho subjetivo fundamentado en la naturaleza de la persona humana<sup>517</sup>”, la propiedad liberal se fundamenta en la relación entre el propietario con el objeto apropiable, como una “*facultad o poder* que tiene un individuo sobre una cosa, siendo, será además el corolario de libertad o el instrumento para su ejercicio<sup>518</sup>”.

No creemos que el Derecho de propiedad pueda estudiarse o analizarse aislado de la perspectiva histórica, social y política de una sociedad. Pretender sintetizarlo en sustancia pura es un exceso de optimismo positivista, cuando no un saludo militante e ideológico al más potente e incontestable de los derechos que la burguesía instauró al acceder al poder.

---

<sup>515</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La propiedad en el Código Civil*. En. DIOS, Salustiano de *et altri* (coord.). *Historia de la Propiedad en España, siglos XV-XX*. Servicio de Estudios del colegio de Registradores, Madrid, 1999. pp. 473.

<sup>516</sup> GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Thomson - Civitas, Madrid, 1992. pp.11.

<sup>517</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad*, En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Número XXXI. UCV, Valparaíso, 2008. pp.495.

<sup>518</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *De la propiedad a las propiedades*. Op. Cit. pp.497.

Una de las definiciones codificadas más célebres del Derecho de propiedad es la recogida en el Código Civil francés en su artículo nro. 544<sup>o</sup>, *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* – La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta sin otra limitación que la establecida por la ley. Como podemos percibir, este artículo, entre otros, tiene el objetivo de poner en el centro del universo al sujeto propietario, “hasta el punto de afirmarse que ha resultado la piedra angular de todo el edificio del derecho privado levantado por el *Code* francés<sup>519</sup>”. Esta codificación, logra poner a la propiedad en un lugar que nunca antes había tenido “garantiza la libertad de la burguesía en todos sus ámbitos de actividad social y económica y se pone un bastión inexpugnable frente a las ingerencias del Estado que debe abstenerse de intervenir en la esfera dominical del ciudadano<sup>520</sup>”. Básicamente es el génesis del Derecho de propiedad que funciona modélicamente en casi todos los ordenamientos jurídicos del orbe, no observa una finalidad exclusivamente reglamentaria o normativa, sino, que funciona como garante del poder, de la nueva clase gobernante y sus intereses. Mariano Alonso<sup>521</sup>, resalta cinco principios de la propiedad burguesa que resultan fundamentales para comprender el fenómeno: a. “Liberar a la propiedad de las cargas señoriales y vinculaciones para transformarla en derecho exclusivo del ciudadano, poco importan las obligaciones o deberes que incumben al propietario, lo que importa es afirmar su plena *re in potestas*”, vemos que uno de los objetivos de la propiedad burguesa es el de abrir el acceso a la propiedad, casi sin ningún otro impedimento que no sea económico. b. “Al convertir la propiedad en un derecho absoluto e ilimitado, los poderes políticos no pueden interferir impunemente el goce y la disposición consustanciales al derecho de propiedad”, que es básicamente el mecanismo de protección de la igualdad y de la ciudadanía frente al poder constituido, que, por poderoso que sea y por atribuciones que tenga, no puede amenazar el derecho de propiedad. c. “La

---

<sup>519</sup> ALONSO PÉREZ. *La propiedad en el Código Civil*. Op Cit. pp. 486.

<sup>520</sup> ALONSO PÉREZ. *La propiedad en el Código Civil*. Op Cit. pp. 486.

<sup>521</sup> ALONSO PÉREZ. *La propiedad en el Código Civil*. Op Cit. pp. 487.

propiedad como derecho *qui appartient a tout citoyen de jouir et de disposer a son gré de ses biens – un droit inviolable et sacré*<sup>522</sup>, se predica de los individuos o ciudadanos, no por principio de los grupos o colectividades” se puede ver en este texto, otra de las características de la propiedad burguesa, la repugnancia a la titularidad colectiva sublimando la individualidad y subjetividad propietaria. d. “El propietario sólo está controlado por la Ley, que es expresión de la soberanía nacional, e incluso la Ley se abstiene de intervenir para que el dueño ejerza sus poderes a beneplácito, con tal de que no incurra en un uso prohibido por la norma” ya lo dice Mariano Alonso, en el mismo texto “la propiedad, en el pensamiento de los codificadores franceses, constituía la medida de todas las situaciones en que podían hallarse los particulares” reflexión muy potente, que nos hace pensar en el núcleo inicial de la propiedad y en su carácter casi inenmarcable dentro de algún sistema jurídico por su carácter omnímodo.

“Pero el puesto central que tiene el propietario en el sistema del *Code*, no es una gratuidad sin correspondiente. Era la atribución de un ordenamiento jurídico que apostaba por un uso dinámico, eficiente, valorizador de la propiedad, de una movilización de todas las energías disponibles, por lo que el prototipo del propietario no era un burgués, gaudiente, indolente o tesorizador, sino aquél del burgués dinámico, activo, inclinado también al riesgo, pero, sobre todo, atento a incrementar valores y patrimonios<sup>523</sup>”,

texto que nos ilustra la lógica propietaria de la clase burguesa, tener para tener más, exigir del Estado y de los demás la libertad de acumular propiedad ilimitadamente con la finalidad de poder seguir acumulando propiedad, sin mayor obligación por parte del propietario. Está claro, que este modelo de propiedad adolece de graves deficiencias de inclusión y garantías de acceso a la misma además de convertirse en un concepto fetiche de la burguesía.

El desencuentro entre Patrimonio Cultural y Propiedad es, en cierta manera, el desencuentro entre posmodernidad y modernidad, reflexión a la que nos

---

<sup>522</sup> Que pertenece a todo ciudadano de disfrutar y disponer según su voluntad de sus bienes – un derecho inviolable y sagrado (Traducción del autor).

<sup>523</sup> ALONSO PÉREZ. *La propiedad en el Código Civil*. Op Cit. pp. 487.

aventuramos, aún a pesar del desacuerdo con el término, de quienes, como Octavio Paz, niegan la posibilidad de objetividad de los estudiosos, en la misma manera que en la Edad Media, las personas no podían saber que se hallaban en la Edad Media, ni definir las características de su pensamiento o tendencias filosóficas. A despecho de tan razonable razonamiento, decidimos arriesgarnos a afirmar la posmodernidad, principalmente por que asistimos al replanteamiento del modo de pensar moderno.

Heidegger<sup>524</sup>, ha señalado que lo característico de la ciencia moderna es la representación del mundo a través de las matemáticas, a lo que podemos agregar lo dicho por Touraine

“Durante mucho tiempo la modernidad sólo se definió por la eficacia de la racionalidad instrumental, por la dominación del mundo que la ciencia y la técnica hacían posible. En ningún caso se debe rechazar esa visión racionalista, pues ella es el arma crítica más precisa contra todos los holismos los totalitarismos y los integristas. Pero esta visión no da una idea completa de la modernidad e incluso oculta su mitad: el surgimiento de sujeto humano como libertad y creación (...) no hay figura única de la modernidad, sino dos figuras vuelta la una hacia la otra y cuyo diálogo constituye la modernidad: la racionalización y la subjetivación<sup>525</sup>.”

Nos encontramos en posición de señalar, que el derecho de propiedad como lo conocemos ahora y como lo regulan nuestras legislaciones, tiene un basamento ontológico eminentemente moderno. Nos arriesgamos a esta aseveración inspirados por Diez-Picazo<sup>526</sup> cuando señala que el derecho de propiedad es el resultado de la Revolución Liberal y utilizando un método

---

<sup>524</sup> HEIDEGGER, Martin. *Caminos del Bosque*. Alianza, Madrid, 1996. pp.87.

<sup>525</sup> TOURAINE, Alan. *Crítica de la modernidad*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1994. pp. 205.

<sup>526</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las relaciones jurídico reales del registro de la propiedad, la posesión*. Thompson-Civitas, Navarra, 2007. pp. 58

propuesto por Sergio Aguilar – Álvarez y Héctor Zagal Arreguín<sup>527</sup> de la Universidad Autónoma de Centro América, donde se señala que la modernidad puede definirse tomando en cuenta tres constantes.

**- La primacía del sujeto;**

“La modernidad es el descubrimiento del sujeto. Nótese que *sujeto* no es sinónimo de *persona* ni de *hombre* (...) El hombre moderno concibe dicotómicamente el ser, porque sujeto y mundo son –dicen- cosas distintas. La modernidad aísla al hombre al convertirlo en sujeto puro, autónomo y hermético: sólo puede conocerse la realidad desde el punto de vista subjetivo<sup>528</sup>”

estamos frente a un sujeto que puede transformarse perfectamente en un sujeto de Derecho de propiedad, para quien la modernidad ha preparado todo sus sistemas de pensamiento y acción,

“la nueva civilización, (moderna) unidimensional, anquilosada en su perenne terrenalidad, estable en apariencia sobre una sola base sustentadora, absolutamente simple y lineal, no ofrece problemas al intérprete: sólo hace cuentas con quien tiene y se dedica con afán en su pobreza de valores, a crearse otros nuevos (...) La propiedad individual encuentra de esta manera un nicho bien provisto dentro del orden natural de las sociedades políticas y el propietario, por la sola posesión de sus bienes sufre una palingenesis que lo separa de los mortales y lo coloca entre los modelos. El culto de tener en una civilización tan insensible a la consagración como la individualista, reemplaza a viejas vocaciones extraterrenas, constituye una ética nueva y se traduce en una teología de tener, con gran abundancia de ritos y celebrantes. Si a esto se agrega que la operación cultural va acompañada por una eficaz operación política que atribuye al Estado

---

<sup>527</sup> AGUILAR-ALVAREZ, Sergio. *DIONISOS, ¿Moderno o Posmoderno?*, En AGUILAR-ALVAREZ, Sergio (coord.). *Postmodernidad: preguntas, debates y perspectivas*, Abya Yala , Quito, 1998, pp. 45.

<sup>528</sup> AGUILAR-ALVAREZ, Sergio *et altri*, *DIONISOS, ¿Moderno o Posmoderno?*, Op. Cit. pp. 46



la garantía de las riquezas a quien legítimamente las posee, esto es, que hace suyos los intereses de los ricos, se comprende que la idea de propiedad como derecho natural y del propietario como ciudadano por excelencia eche raíces firmísimas<sup>529</sup>”.

Estamos entonces frente a una lógica del sujeto propietario, que desde una perspectiva ideológica burguesa ha construido todo un sistema jurídico social, organizando la sociedad de una manera que permita garantizar este derecho moderno como la base del Derecho civil, constituyéndose en atributos del sujeto propietario, como uso, disfrute y disposición y los caracteres de la propiedad: derecho real, derecho absoluto, derecho exclusivo y derecho perpetuo. Sin embargo y dentro de esta lógica, existe la contradicción entre ser un derecho absoluto y admitir restricciones a lo que Avendaño nos responde, “comparativamente con otros derechos reales, la propiedad es absoluta. Ningún otro derecho real confiere todas las facultades juntas. Pueden estar restringidas, pero están juntas<sup>530</sup>”. A este respecto, cabe poner en duda la eficiencia del derecho subjetivo, como ha dicho Orestano<sup>531</sup>, la percepción de los derechos privados, entre ellos el de la propiedad, desde el punto de vista subjetivo (en función del individuo) siempre resulta insuficiente;

*“al centro, signore e domino, il soggetto, alias l'individuo, concepito come persona libera e cosciente, rafforzato anche ideologicamente dalla sua posizione logica nella struttura del sistema intorno a lui costruito; tutti i problemi della capacita risolti in altrettanti attributi necessari della sostanza del soggetto (...) una tale formulazione*

---

<sup>529</sup> GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de Propiedad*. Ariel Derecho, Barcelona, 1986. pp. 21.

<sup>530</sup> AVENDAÑO, Jorge. *Definición de Propiedad*. En GUTIÉRREZ, Walter (dir.). *Código Civil Comentado, Tomo V, Derechos Reales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011. pp. 139.

<sup>531</sup> Al centro, señor y dueño, alias el individuo, concebido como persona libre y consciente, reforzado ideológicamente en su posición lógica dentro de la estructura des sistema construido entorno a el, todos los problemas de la capacidad y otros atributos necesarios de la sustancia del sujeto resueltos (...) Una formulación tal permitía reportar al sujeto un gran número de situaciones, pero dejaba abiertas una serie de problemas fundamentales, primero las relaciones entre el derecho, pero también las relaciones entre derecho subjetivo y acción, aquellos de los derechos de la propia persona o los de la posibilidad o menos de los derechos sin sujeto (Traducción del autor). ORESTANO, Riccardo. *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*. Jus, Milano. 1960. pp 150.

*permetteva di riportare al soggetto un numero grandissimo di situazioni, ma lasciava aperta una serie di problemi fondamentali: anzitutto quello dei rapporti tra diritto ma pure quello dei rapporti fra diritto soggettivo e azione, quello dei diritti sulla propria persona, quello della possibilità o meno dei diritti senza soggetto.”*

Estamos entonces frente a la abolición del Derecho subjetivo como estuvo concebido en su principio,

*“l’espressione diritto soggettivo in oggi ha perso il suo significato originario legato al razionalismo settecentesco e interamente costruito in funzione della difesa dei valori assoluti dell’uomo, un uomo non socialmente impegnato nella società del suo tempo”<sup>532</sup>*

sin embargo esta abolición no es un cambio radical ni pretende ser una abolición de los derechos que conforman el Derecho de propiedad, consideramos, que más bien pretende ser una radicalización de este derecho en el sentido de hacer más efectivas las consecuencias de su ostentación, alejándose de aplicaciones especialmente poco prácticas que obedecen principalmente a orientaciones ideológicas *“se quindi si vuole superare l’ostacolo, non si può negarlo o aggirarlo, ma bisogna riesaminarlo proprio nelle sue origini e nei suoi antecedenti, che non sono logici, ma storici, che non sono tecnici, ma ideologici.”*<sup>533</sup>

#### **- Primacía de la razón;**

“Unida a la primacía del sujeto está la idea de la infinita fuerza de la razón. La pretensión de exactitud, consecuencia de la generalización del método matemático, acompaña a esta visión de la racionalidad humana, que pretende que todas las disciplinas se puedan traducir a

---

<sup>532</sup> ALPA, Guido *et altri*. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. Edizioni Cedam, Padova. 1980. pp. 157.

<sup>533</sup> Si se quiere superar el obstáculo no se puede negarlo o evitarlo, es necesario re examinarlo en su propio origen y en sus antecedentes que no son lógicos sino históricos y no son técnicos sino ideológicos (Traducción del autor). ALPA, Guido *et altri*. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. *Op. Cit.* pp. 156.

códigos matemáticos (...) El moderno tiene terror al misterio, porque no se resigna a perder el dominio racional del mundo. Más tarde esa razón se convirtió en una razón meramente instrumental contrapuesta a la razón contemplativa (...) La modernidad no contempla, transforma. La verdad no es la teoría (teoría viene de theos, Dios), sino pura terrenalidad<sup>534</sup>.

En este sentido, Gunther Gonzáles, señala que

“el derecho se convierte en una ciencia racional, cuyo modelo son las matemáticas y su fin la exactitud. El hombre sería un ente racional –y así se le define en forma reductiva-, y el conocimiento humano sería una actividad intelectual puramente racional (en sentido estricto). El objeto final de todo conocimiento es contemplar el mundo en su totalidad, como sistema único y cerrado y sobre el cual siempre es posible emitir juicios verdaderos, para toda la eternidad, que serían adecuados a su representación. En tal contexto, no puede haber una verdadera filosofía del derecho que indague sobre el contenido justo, ya que la justicia es un valor metafísico, no alcanzable por la razón y en tal condición alejado de la ciencia<sup>535</sup>”.

Nos encontramos ante una encrucijada respecto de la ontología del derecho de propiedad,

*“La connessione tra proprietà e libertà, infatti, finisce con il presentarsi oggi non tanto come un punto di forza, ma come il vero punto critico del pensiero liberale. Se la libertà e funzione dei beni in proprietà, il problema chiave, ineludibile, rimane quello redistributivo<sup>536</sup>”*

---

<sup>534</sup> AGUILAR-ALVAREZ, Sergio *et altri*, *DIONISOS, ¿Moderno o Posmoderno?*, Op. Cit. pp. 47.

<sup>535</sup> GONZALES, Gunther. *Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo Liberal y codificado de Propiedad*. Op. Cit. pp. 48.

<sup>536</sup> La conexión entre propiedad y libertad, de hecho, termina ahora no tanto como un punto de fuerza, sino como un verdadero punto crítico del pensamiento liberal. Si la libertad es función del bien en propiedad, el problema clave e ineludible radica en la redistribución (Traducción del autor). RODOTA, Stefano. *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata*. Il mulino, Bologna, 1990. pp. 16.

Ahora, tenemos una visión unívoca y monumental de la propiedad desde la perspectiva moderna, positivista y formalista, hecho que consideramos, tiene una posible simplificación, en diversificar las intensidades de propiedad “En los tiempos más recientes ha encontrado especial acogida la tesis que puede denominarse de la pluralidad de propiedades o de los estatutos de propiedad. El cuadro tradicional de la definición de propiedad se encontraba sostenido por la referencia a la propiedad inmobiliaria y, en especial, a la propiedad de la tierra. Era tradicional también la exposición de una serie de propiedades especiales, siempre a caballo entre Derecho civil y Derecho administrativo, entre las cuales se situaban la propiedad de las aguas, la de los montes, la de las minas, la llamada propiedad intelectual y la llamada propiedad industrial. Se estudiaba su régimen jurídico, pero sin haber tratado nunca de establecer el punto de sutura entre propiedades especiales y propiedad en general. La doctrina de la pluralidad de propiedades o de los estatutos de propiedad es consecuencia de la creciente intervención del Estado en la actividad económica, que se desarrolla en Europa después de la primera guerra mundial y que se produce tanto en los Estados que continuaban teniendo vestidura liberal como en los Estados fascistas. No es casual que la primera formulación de esta doctrina la realice en la Italia todavía fascista, en el año 1942, Vasalli, aunque fuera una famosa obra de Pugliatti de 1954, la que se constituye siempre en punto de referencia de la discusión. El régimen especial de la propiedad urbana y urbanística y el también especial de la propiedad agraria han parecido terminar por imponerla. Según esta tesis -no hay propiedad sino propiedades- todas las propiedades son especiales y cada una de ellas posee su propio y específico régimen jurídico<sup>537</sup>.”

- **La idea de un progreso ilimitado**; la modernidad, al haber adoptado el progreso como canon primordial en el desarrollo de su pensamiento, adopta esta lógica del desarrollo y del progreso a pesar de todo y de todos sin reservas medidas u observación del entorno.

“Esta razón omnipotente estará acompañada de un progreso *ab*

---

<sup>537</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las relaciones jurídico reales del registro de la propiedad, la posesión*. Thompson-Civitas, Navarra, 2007. Pp. 58

*infinitum*, que tiene su manifestación en la tecnología. La modernidad es hasta cierto punto una desacralización de la providencia<sup>538</sup>,

la legislación que contiene la propiedad contemporánea, está construida a partir de esta lógica de progreso irreflexivo,

“el derecho tradicional no cuestiona al legislador, razón por lo que lo considera ajeno a su ámbito las consideraciones morales (positivismo). Nótese que el juicio está basado exclusivamente en la norma y su validez (forma), sin darle relevancia alguna a lo plausible o racional del mandato (contenido). Sin embargo, el formalismo jurídico tiene hasta cuatro expresiones: la concepción legalista de la justicia (legalismo), la teoría normativa del derecho (normativismo), la concepción de la ciencia jurídica como dogmática pura (jurisprudencia de los conceptos) y la interpretación del derecho como simple operación lógica<sup>539</sup>”.

Coincidentemente, asistimos a lo señalado por Fred Hirsch en su célebre *Social Limits to Growth*<sup>540</sup>, libro aceptado por cierto liberalismo, donde sugiere que en una sociedad urbana evolucionada, el Derecho de propiedad no se considera como un Derecho subjetivo, o más aún como un Derecho natural, sino que debe ser enfocado desde una perspectiva de eficiencia y armonía social, eso significa que aún para el liberalismo económico la propiedad es un sistema de contenidos que son materia de permanentes y profundas variaciones, hecho que consideramos no tiene suficiente reflejo en el sistema jurídico que mantiene la formalidad y la lógica primigenias, casi inamovibles. Sin considerar que el informe que inspira al libro de Hirsch, publicado en 1972 por Universe Books, de Nueva York, *Los límites del crecimiento, informe al Club de Roma*, muestran que el concepto de enriquecimiento y por lo tanto la lógica propietaria, sufren y deben sufrir radicales variaciones en función de la propia supervivencia de la sociedad, pudiendo observar además

---

<sup>538</sup> AGUILAR-ALVAREZ, Sergio *et alri*, *DIONISOS, ¿Moderno o Posmoderno?*, Op. Cit. pp. 49

<sup>539</sup> GONZALEZ BARRÓN, Gunther. *Código Civil y reforma*. Jurista Editores, Lima, 2011. pp. 29.

<sup>540</sup> HIRSCH, Fred. *Social Limits to Growth*. London & Henley, Londres, 1977. pp. 185.

que existen profundas coincidencias entre los textos que definen la posmodernidad y las motivaciones de Roma. Traemos a colación las conclusiones extraídas por Federico Mayor Zaragoza<sup>541</sup> :

"1) Si las presentes tendencias de crecimiento en la población mundial, industrialización, contaminación, producción de alimentos y utilización de recursos naturales no se modifican, los límites del crecimiento del planeta se alcanzarían dentro de los próximos 100 años. 2) Es posible modificar estas tendencias de crecimiento y establecer condiciones de estabilidad ecológica y económica de tal modo que se prolongue de forma sostenible en el futuro."

A este nivel, la idea del desarrollo económico desbocado resulta un despropósito, es decir, la modernidad ha terminado al momento en que la humanidad es consciente de los propios límites del crecimiento económico basado casi exclusivamente en la explotación de recursos naturales. Este hecho, definitivamente debe tener una incidencia directa sobre nuestra concepción de propiedad y de apoderamiento que se basa y organiza inspirado en la idea de riqueza de la modernidad, bajo la ilusión de la infinitud del desarrollo y que organiza el sistema jurídico a partir de la lógica del propietario absoluto.

Queda demostrado, que el sistema de propiedad utilizado y legislado ahora, es un sistema que ampara una lógica de propiedad decimonónica que no ha sido lo suficientemente influenciada por el constitucionalismo posterior. Es relevante para la investigación considerar la compatibilidad entre los valores que inspiran la principalísima institución de la propiedad y aquellos que inspiran la protección al Patrimonio Cultural. Por el momento tratamos de establecer que existe un disloque histórico y temporario entre ambas categorías, es decir, en cierta manera, hablar de *Propiedad sobre el Patrimonio Cultural*, resulta anacrónico si se consideran las implicancias y antecedentes del derecho de propiedad y los valores que inspiran al derecho de Protección del Patrimonio Cultural.

---

<sup>541</sup> MAYOR ZARAGOZA, Federico. *Los límites del crecimiento*. En *Temas para el debate* nro. 181. Fundación Sistema, Madrid, 1999. pp. 12.

### 3.4.2. Patrimonio Cultural Y Posmodernidad.

Abordamos el concepto Patrimonio Cultural y le damos la categoría de posmodernoide. Queda claro, que esta categoría es experimental y arriesgada, motivo por el cual, será necesario justificar su uso. El elemento compositivo *oide*, es un cultismo tomado del griego *eidés*, que deriva de la raíz *eidos*, forma, precedido de la vocal de unión *o*. Significa parecido a, en forma de. Posmoderno que en este caso es utilizado como adjetivo y no como sustantivo, denota pertenencia o adhesión a aquello que histórica o ideológicamente se relaciona ontológicamente con la posmodernidad.

Consideramos, en este caso, que el Patrimonio Cultural, es una categoría que debe considerarse posmodernoide, porque a pesar de tener raíces, harto más antiguas que el inicio de la posmodernidad, encierra en sí mismo una serie de consideraciones que permitirían sin mucha posibilidad de riesgo, considerarlo una categoría posmoderna, equiparable a la categoría medio ambiente como tema de discusión científica. Se puede entrever la posmodernidad dentro del Patrimonio Cultural básicamente porque, toda legislación nacional e internacional referida al tema, está redactada desde la lógica de la posmodernidad, a diferencia de sus inicios legislativos en que cada país legislaba Protección del Patrimonio Cultural con reivindicaciones fundacionales, a diferencia de la legislación actual, básicamente orientada a constituir una especie de cultura universal domesticada por la lógica de mercado.

La legislación contemporánea de Patrimonio Cultural tiene un corte inobjetablemente posmoderno, está completamente llena de contenidos, pero huérfana de contenidos, hecho que podemos comprobar, leyendo el artículo número 1<sup>542</sup> de la *Convención sobre protección de patrimonio*

---

<sup>542</sup> 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 carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un Valor Universal Excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,
- Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e

*mundial, cultural y natural*, que como vemos, se esmera en hacer una lista detallada de los elementos que pueden conformar parte del Patrimonio Mundial, pero en ningún caso define al Patrimonio Cultural, haciendo gala de una impecable lógica posmoderna, equiparable con la sonata 4 33 del célebre músico contemporáneo John Cage.

La idea de protección al Patrimonio Cultural no es nueva, *“in realtà l’idea della tutela del patrimonio culturale e assai antica e precede di molto il secolo dei lumi il nostro modo contemporaneo di affrontare il problema<sup>543</sup>”*, en el mismo texto, Rossi-Doria, cita un edicto del Emperador Mayoriano, de Rávena del año 458 antes de Cristo,

*“Noi, reggitori dell’Impero, vogliamo porre un termine a quei disordini, che già da lungo tempo eccitano il nostro malcontento, poiché deturpano l’aspetto venerando della città. Noi sappiamo che qua e là si demoliscono con negligenza degna di punizione, non reprimono questi turpi fatti. Si dice che vi è necessita di materiali per la costituzione di opere pubbliche, e perciò si van recando guasti alla splendida architettura di edifici antichi; e si demoliscono in un luogo opere grandiose, per compiere altrove qualche opera brutta e meschina (...) Ogni magistrato che tanto permittesse, sarà punito con la multa da cinquanta libbre d’oro; ogni ufficiale subalterno que gli obbedisse in opere di demolizione o non gli si opponesse, dopo di essere stato sottoposto alla fustigazione avrà le mani mozzate, perché, invece di vegliare alla conservazione dei monumenti degli antichi, aiuto a la loro profanazione. Dei fabbricanti pubblici, dei quali alcuni si*

---

inte- gración en el paisaje les dé un Valor Universal Excepcional desde el punto de vista de la histo- ria, 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.

<sup>543</sup> En realidad la idea de la tutela del patrimonio cultural es bastante antigua y antecede al siglo de las luces nuestro modo contemporáneo de afrontar el problema (Traducción del autor). ROSSI-DORIA, Bernardo. *La tutela dei beni culturali nell’Italia moderna: La tradizione degli stati pre-unitari, l’unità, la contemporaneità*, En DIOS Salustiano de *et altri* (coord.). *Historia de la Propiedad, Patrimonio Cultural*. Servicio de Estudios del colegio de Registradores, Madrid, 2003. pp. 176.



*arrogarono abusivamente la proprietà, nulla potrà essere alienato di quanto contengono; ma comandiamo invece che ogni cosa sia restituita allo stato e che tutto quanto venne distrutto sia ripristinato nella condizione in cui si trovava<sup>544</sup>.”*

Descubrimos entonces, que la idea de Patrimonio Histórico Artístico es anterior al Siglo de las Luces (Siglo XVIII) previo a la ilustración y anterior a la Revolución burguesa de Francia. Nótese que deliberadamente hemos utilizado el nombre Patrimonio Histórico Artístico y no Patrimonio Cultural, que no son precisamente dos categorías iguales.

“El Patrimonio Histórico está constituido, en principio, por un conjunto de bienes materiales. Como todo bien material, los que forman el Patrimonio Histórico están sometidos a un proceso de degradación física y hasta de destrucción. Por otro lado, el cambio de su titularidad dominical puede comportar en algunos casos, un riesgo de degradación, destrucción o pérdida de algunos de los valores que los definen como valores culturales. Luego como ocurre con frecuencia en el mundo material, los bienes del Patrimonio Histórico necesitan una doble protección: Estrictamente material y jurídica<sup>545</sup>,”

vemos entonces que el concepto de Patrimonio Histórico se constriñe estrictamente a un campo de artificialidad o culturalidad y de antigüedad,

---

<sup>544</sup> Nosotros, regentes del Imperio, queremos poner fin a los disturbios, que desde hace tiempo, promueven nuestro descontento, porque afectan la imagen venerable de la ciudad. Sabemos que en varios lugares, han sido demolidas (estructuras antiguas) con negligencia digna de castigo. Repudiamos estos malos hechos, se dice que se necesita material para la construcción de obras públicas por lo cual perjudican la espléndida arquitectura de los edificios antiguos demoliendo obras grandiosas para construir edificios feos y mezquinos (...) Cualquier magistrado que permita esto será castigado con la multa de cincuenta libras de oro, cada oficial subalterno que obedezca en las obras de demolición y no se opusiese será castigado con la flagelación porque, en lugar de vigilar por la conservación de monumentos antiguos, ayudaron a su profanación. Los constructores que se atribuyan abusivamente la propiedad, no podrán enajenar el contenido, ordenando asimismo que todo cuando ha sido destruido sea repuesto en sus condiciones anteriores (Traducción del autor). En ROSSIDORIA, Bernardo. *La tutela dei beni culturali nell'Italia moderna: La tradizione degli stati pre-unitari, l'unità, la contemporaneità*. pp.178.

<sup>545</sup> GARCIA FERNÁNDEZ, Javier. *Estudios sobre el derecho del Patrimonio Histórico*. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2008. pp. 45.

“si hay obras que han de ser conservadas para disfrute de las generaciones sucesivas, no es por su carácter histórico –el paso de los días o de los siglos no añade ni reduce un palmo a su calidad o a la falta de ella-, sino por su carácter valioso. Y el ámbito de los valores es la cultura. Obras o bienes culturales son obras o bienes valiosos, mientras que las obras o bienes históricos son simplemente antiguos<sup>546</sup>”,

no es difícil colegir que la Protección del Patrimonio Cultural ha evolucionado a partir de una primigenia protección del entorno constructivo y tradicional, a una protección holística de una serie de conceptos que hacen del Patrimonio Cultural un hecho Meta Cultural que incluye el Patrimonio Natural<sup>547</sup>

“es decir, un hecho social mediante el cual ciertos procesos culturales y sus impresiones materiales se legitiman como algo digno de ser estudiado, conservado, inventariado, catalogado y puesto en valor. Por ello mismo, la definición incorpora a lo que, confusamente, se denomina *Patrimonio Natural*, no sólo porque el medioambiente es, siempre, un producto influido por la acción social<sup>548</sup> y que guarda la huella ecológica de la humanidad, sino también porque el medio

---

<sup>546</sup> PAU PEDRÓN, Antonio. *Cuatro ensayos sobre el Patrimonio Cultural español*. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2005. pp. 13.

<sup>547</sup> Bien nos puede servir lo señalado por Descola: De la estratosfera a los océanos pasando por los bosques tropicales, nadie lo ignora en la actualidad, nuestra influencia se hace sentir en todas partes y se admitirá entonces sin esfuerzo que al estar nuestro entorno natural antropizado por todas partes y en grados diversos, su existencia como entidad autónoma ya no es más que una ficción filosófica. DESCOLA, Philippe. *Más allá de la naturaleza y la cultura*. Amorrortu, Madrid, 2011. pp. 80.

<sup>548</sup> “*Ogni ambiente risulta parte di un ambiente più ampio. Ciò sia sul piano naturale, della biosfera, sia sul piano storico-sociale, della antroposfera. A loro volta questi due piani (e i problemi dell’ecologia oggi lo evidenziano con forza) non sono separabili; e si può dire ormai che non esiste un ambiente naturale non coinvolto nel processo storico-sociale. Cada ambiente, resulta parte de un ambiente más amplio, ya sea en el plano natural, o sobre el plano histórico social, e la antropósfera. A su vez estos dos planos (los problemas de la ecología lo evidencian) no se pueden separar y se puede decir entonces, que no existe un ambiente natural que no esté involucrado en el proceso histórico social (Traducción del autor). PONZIO, Augusto. *Storia, identità, comunità di lavoro e diritto all’alterità*. En *Materiali per una storia della cultura giuridica Anno XL, Nro. 2, dicembre*. Il mulino, Bologna, 2010. pp. 493.*

natural alcanza la categorización de Patrimonio a partir de una semantización socio-cultural<sup>549</sup>.

Para Felipe Criado<sup>550</sup>, hay una evolución permanente

“El concepto de Patrimonio ha cambiado mucho. Surge con claridad a inicios del siglo XX, como tantas otras cosas que acompañan a la Modernización occidental. Durante la mayor parte de ese siglo se denominó Patrimonio Artístico, subrayándose de este modo la primacía de una mirada estética y puramente objetual. Sólo en torno a 1980 se transformó en Patrimonio Histórico, cuando se empezó a considerar como producto y reflejo (documento por tanto) de pasadas épocas históricas. Y ya hacia fines de siglo se transforma en Patrimonio Cultural, cuando predomina una visión social, culturalista, plural y diversa de todo lo que constituye el Patrimonio creado por la Humanidad. (...) Sólo una cosa es cierta: ni el Patrimonio ni la Arqueología han terminado de cambiar. Es inherente a ellas, al igual que a cualquier producción humana, seguir cambiando a medida que la sociedad se transforma y se modifican sus valores y preocupaciones.”

La noción de Protección del Patrimonio Cultural, si bien es cierto tiene sus raíces de muy antiguo, ha ido evolucionando conforme el tiempo para constituirse en una categoría posmoderna y adecuarse a los cambios en la concepción de la historia. Es de esta manera un claro indicador de pertenencia a la superación de la modernidad el hecho que promueva la preservación de la historia colectiva, a través de manifestaciones colectivas como el folcklore o las costumbres ancestrales

“¿Qué es, en realidad, lo que se transmite del pasado? No todo aquello que ha ocurrido, sino sólo lo que parece ser relevante. En la escuela, por ejemplo, hemos estudiado mil fechas de batallas, de

---

<sup>549</sup> CRIADO BOADO, Felipe. *Hacia un Patrimonio público gallego: veinte apuntes*, Texto para el Consello da Cultura Galega, digital.csic.es, 2011. pp. 2.

<sup>550</sup> CRIADO BOADO. *Discurso de presentación del laboratorio de Arqueología de Paisaje del IEGPS*, Diciembre 2005.

tratados de paz, o de revoluciones, pero nunca se nos ha hablado de las transformaciones relativas al modo de alimentarse, al modo de vivir la sexualidad, o a cosas parecidas<sup>551</sup>”.

Resulta peligroso declarar el final de la modernidad y con ella, el del *ancient regime* subjetivista, puesto que esta afirmación acarrearía afirmar una serie de contradicciones del derecho de propiedad que no existen. Más bien, creemos como Vásquez Rocca que

“la posmodernidad no es una época que se halle después de la modernidad como etapa de la historia. El *post* de la posmodernidad, a juicio de Gianni Vattimo, es espacial antes que temporal. Esto quiere decir que estamos sobre la modernidad. La Posmodernidad no es un tiempo concreto ni de la historia ni del pensamiento, sino que es una condición humana determinada, como insinúa Lyotard en *La condición postmoderna*<sup>552</sup>”.

Asumimos el Patrimonio Cultural como una categoría facilitadora de la implementación global de microrrelatos de la posmodernidad frente a la propiedad que resulta principalísima componente de un metarrelato de la modernidad que Lyotard llamó el Relato Capitalista “de la emancipación de la pobreza por el desarrollo tecnoindustrial<sup>553</sup>” –ya lo insinúa Grossi,

*“la modernità giuridica è dominata da una concezione esasperatamente soggettiva della proprietà privata. Questa è assai più che un potere o una gamma cospicua di poteri; si è, infatti trasformata in una dimensione dell’individuo, calando nella sfera gelosa dell’interiorità dove sono collocati i valori morali e religiosi e lasciandosi permeare dalla assolutezza che caratterizza quei*

---

<sup>551</sup> VATTIMO, Gianni. *Posmoderno: ¿Una sociedad transparente?* En *En torno a la Posmodernidad*, Anthropos, Barcelona, 2003, pp. 125.

<sup>552</sup> VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo. *La posmodernidad; nuevo régimen de verdad, violencia metafísica y fin de los metarrelatos*. En *Nómadas, Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Vol. 29, nro.1. UCM, Madrid, 2011. pp. 289.

<sup>553</sup> LYOTARD, Jean. *La posmodernidad (Explicada a los niños)*. Gedisa, Barcelona, 1994. pp. 35.

*valori*<sup>554</sup>”.

Si trabajamos algunos de estos principios declarativos, con las características de la posmodernidad y de la crisis de la historia como la conocemos ahora,

“la crisis de la idea de historia entraña la de la idea de progreso: si no hay un curso unitario de las vicisitudes humanas no podrá sostenerse tampoco que éstas avancen hacia un fin, que efectúen un plan racional de mejoras, educación y emancipación. Por otro lado, el fin que según la modernidad regía el curso de los acontecimientos, estaba representado, también él, a partir del punto de vista de un determinado ideal del hombre<sup>555</sup>”.

unidas a algunas de las características reconocidas de lo posmoderno, descubriremos, que la conservación del Patrimonio Cultural, es una muestra clara del replanteo de la historia o del sentido de la historia,

“la crisis actual de la concepción unitaria de la historia, la consiguiente crisis de la idea del progreso, y el fin de la modernidad, no son sólo eventos determinados por transformaciones teóricas (...) en el plano de las ideas. Han ocurrido muchas más cosas y muy diferentes: los llamados pueblos primitivos, colonizados (...) en nombre del recto derecho de la civilización “superior” y más evolucionada, se han rebelado, volviendo problemática, de facto, una historia unitaria, centralizada. El ideal europeo de humanidad se ha ido desvelando como un ideal más entre otros, no necesariamente peores, que no puede, sin violencia, pretender erigirse en la verdadera esencia del hombre, de todo hombre<sup>556</sup>”.

---

<sup>554</sup> La modernidad jurídica está dominada por una concepción exasperantemente subjetiva de la propiedad privada. Esta es mucho más que un poder o una notable gama de poderes, de hecho se transformado en una dimensión del individuo calando en la celosa esfera de lo interno donde se conservan los valores morales y religiosos, dejándose permear por el absolutismo que caracteriza a esos valores (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, Op. Cit. pp. 1062

<sup>555</sup> VATTIMO, Gianni. *Posmoderno: ¿Una sociedad transparente?* Op. Cit. pp. 126.

<sup>556</sup> VATTIMO, Gianni. *Posmoderno: ¿Una sociedad transparente?* Op. Cit. pp. 126.

Tenemos claro, que el surgimiento del Patrimonio Cultural como categoría de interés universal, hecho que queda demostrado con la trascendencia de organizaciones como UNESCO, que introduce el Patrimonio Cultural dentro de la lógica posmoderna: “el contenido de la expresión *patrimonio cultural* ha cambiado harto en las últimas décadas, debido en parte a los instrumentos elaborados por la UNESCO. El patrimonio cultural no se limita a monumentos y colecciones de objetos, sino que comprende también tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados y transmitidas a nuestros descendientes, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculados a la artesanía tradicional”. Cabe entonces el gran encuentro, siendo que la posmodernidad no es una especie de eón posterior a la modernidad; como etapa de la historia para Vattimo<sup>557</sup> es espacial antes que temporal.

Lyotard dice que “el saber postmoderno no es solamente el instrumento de los poderes. Hace más útil nuestra sensibilidad ante las diferencias, y fortalece nuestra capacidad de soportar lo inconmensurable<sup>558</sup>” no es coincidencia, que el término posmodernidad, haya existido primigeniamente en el campo del arte, fortaleciendo nuestra propuesta que afirma que el Patrimonio Cultural es una categoría que ha evolucionado hasta ser compatible con los estatutos de saber de la etapa posmoderna que Lyotard pretende, además, el francés respalda esta postura cuando identifica a la posmodernidad como una edad de cultura, del conocimiento y la información, los cuales se constituyen en medios de poder; época de desencanto y declinación de los ideales modernos; es el fin, la muerte anunciada de la idea de progreso y es precisamente gracias al fin de la idea moderna del progreso, que es posible valorar algo tan poco mercantil como el Patrimonio Cultural. Dentro de esta valoración encontramos elementos que no se ajustan a la lógica del progreso o del mercado, resultando el Patrimonio Cultural aún más posmoderno (si cabe) que la protección del Medio Ambiente (en caso que se

---

<sup>557</sup> VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Gedisa, Barcelona, 1987. pp. 146.

<sup>558</sup> LYOTARD, Jean. *La Condición Postmoderna*. Ediciones Cátedra, Madrid, 1987. pp. 6

los considere independientes uno del otro) que algunos escritores señalan como señal inequívoca de la posmodernidad, en cuanto la reivindicación de éste es absolutamente moral, sin contenido tangible alguno a diferencia de aquél que a pesar de contener una fuerte carga moral, en el fondo tiene una reivindicación muy concreta como la pervivencia de la humanidad.

### **3.4.3. El Derecho De Propiedad Contemporáneo Y Su Relación Con El Patrimonio Cultural.**

La titularidad de la propiedad, ha estado en el centro del debate de la protección del Patrimonio Cultural desde el momento en que se iniciaron los esfuerzos legislativos de su protección y casi puede decirse que constituye la base del debate jurídico, siendo muy poco comentada por las legislaciones de protección. Las legislaciones española y peruana han resuelto el tema, como se ha dicho, a partir de limitaciones al derecho de propiedad, sin embargo

“no se trata de que al amparo de las previsiones del artículo 33.2 de la Constitución (española) se pueda configurar una función social de estos bienes al servicio de toda la comunidad. Se trata de que la configuración de un derecho subjetivo al disfrute del Patrimonio Histórico, tal como se perfila en el artículo 46 del texto constitucional<sup>559</sup>”.

El tema puede resultar fácilmente zanjado si nos remitimos a la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural aprobada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 17<sup>a</sup> reunión celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972, que en su artículo sexto, numeral uno señala “Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya

---

<sup>559</sup> GARCIA FERNÁNDEZ. *Estudios sobre el derecho del Patrimonio Histórico. Op. Cit.* pp. 127.

protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar”. De acuerdo al texto literal de este artículo la UNESCO, le da libertad a los Estados miembros para legislar la titularidad sobre el Patrimonio Cultural de acuerdo a la conveniencia de su legislación interna, es decir, deja perfectamente abierta la posibilidad de privatizar el patrimonio cultural, abandonando esta permisividad, el antiguo Director General de la UNESCO<sup>560</sup> Koichiro Matsuura en su prólogo a la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural,

“De esta manera queda superado el debate entre los países que desean defender los bienes y servicios culturales que, por ser portadores de identidad, valores y sentido, no deben ser considerados mercancías o bienes de consumo como los demás, y los que esperaban fomentar los derechos culturales, pues la Declaración conjuga esas dos aspiraciones complementarias poniendo de relieve el nexo causal que las une: no puede existir la una sin la otra.”

Que como vimos, en un momento muy especial de la historia contemporánea, marca el derrotero de la protección al Patrimonio Cultural, si en la Convención, se manifestaban dudas y libertad respecto de la titularidad de derechos reales sobre Patrimonio Cultural, en el texto citado queda clara la postura y la intencionalidad de la Dirección General, el Patrimonio Cultural es mercancía. Esta reflexión parte del debate respecto de la propiedad de Machupicchu y queremos profundizar en ambos conceptos y su rol social, cultural e histórico para enriquecer la perspectiva legislativa un poco más allá de la opinión de un Director General de la UNESCO, que puede, eventualmente calificarse de superficial.

Contemporáneamente, como hemos visto, asistimos a la sublimación del derecho de propiedad de parte de los sistemas políticos y económicos del orbe, comúnmente se le llama, derecho natural “*Il concetto del mio e tuo è*

---

<sup>560</sup> MATSUURA, Koichiro. Prólogo en *Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural*. UNESCO, Paris, 2002. pp.18.



*cosí naturale all'uomo, come è naturale il concetto di esistenza*<sup>561</sup>”, aunque este concepto sea bastante vacío, básicamente porque hay pocas cosas más artificiales y culturales en el mundo que el derecho positivo, hijo de la artificialidad, no de la naturaleza y porque si la propiedad fuese el derecho invariable que dicen que es, no mutaría de la manera que lo hace de acuerdo a la ideología de la época en que se aplica.

Aunque, como ya hemos dicho, el derecho de propiedad repugna de una definición y resulta arduo, si no imposible, ensayar una teorización que lo abarque, nos satisface la condensación que hace von Tuhr:

“la propiedad consiste en el señorío pleno del propietario sobre la cosa, salvo únicamente los límites que le impongan las disposiciones generales de la ley o los derechos de otras personas sobre la misma cosa. Integra el contenido de propiedad, además del uso efectivo, la facultad de transferir el señorío total o parcialmente, a otras personas. Los demás derechos reales, en comparación con el de propiedad, muestran un contenido limitado anticipadamente, sólo otorgan el señorío de la cosa en una dirección determinada. Su contenido es siempre una parte de aquel señorío que pertenece al propietario en virtud de la naturaleza y comprensión de su derecho<sup>562</sup>”.

En el sentido que la propiedad debe definirse y tratarse en tanto Derecho real y medirse en la categoría de los Derechos reales, donde sí puede fijarse como medida jurídica universal de la que partan todas las realidades, sin llegar a constituirse en el pretendido sostén de la cultura occidental.

Patrimonio Cultural y Propiedad son dos instituciones que tienen ontologías harto distintas, su posible punto de coincidencia parte de dos pilares.

El primero referido al subjetivismo sobre el que recae el Derecho de propiedad, que clásicamente se define como “aquel sujeto que recae directa e indirectamente sobre algún bien determinado, lo que permite obtener

---

<sup>561</sup> El concepto de mio y tuyo es natural para el hombre de la misma manera que lo es el concepto de existencia (Traducción del autor). TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. CEDAM, Padova, 1992. pp. 383.

<sup>562</sup> TUHR, Andreas von. *Derecho Civil. Vol. 1. Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

alguna utilidad de él, sin necesidad de intermediario o de una persona obligada<sup>563</sup>”, es decir, que clásicamente el Derecho de propiedad se considera como un derecho relacional entre sujeto propietario y objeto, “este derecho confiere las facultades, entre otras, de usar y disfrutar del objeto, sacando de él toda la utilidad que sea susceptible de proporcionar mediante el ejercicio directo del titular sobre el objeto<sup>564</sup>”. Al respecto, Gonzáles nos recuerda que la “doctrina clásica sufrió un fuerte embate por parte de la denominada *doctrina obligacionista*, la cual se basa en notas filosóficas de primera importancia y cuyo origen se encuentra en Kant, seguido por Kelsen<sup>565</sup>”. A este respecto citaremos a Kelsen, “si un individuo está jurídicamente obligado a comportarse de cierta manera en relación con otro, el segundo tiene un derecho a la conducta del primero. El derecho de uno no es otra cosa que un reflejo de la obligación del otro. La obligación está implícita en el derecho. Describiendo la obligación estamos describiendo el derecho<sup>566</sup>” a partir de este pensamiento se desarrolla una perspectiva conceptual a partir de la filosofía jurídica, “naturalmente, analizar el derecho de propiedad en términos de modalidades hohfeldianas implica dejar de lado la dicotomía entre derechos reales y derechos personales y entender que no hay derechos que no sean frente a personas. Esta posición, junto con la crítica a la anterior dicotomía, tiene su formulación clásica en Kelsen<sup>567</sup>”. A todo esto Gonzáles, cuya exposición del tema inspira esta opinión, señala que

“es evidente que el derecho regula solamente relaciones entre personas, pero eso no elimina la categoría de derechos reales y su diferencia con las obligaciones. Ambas categorías son instrumentos técnico jurídicos que permiten comprender y explicar el sistema con justicia y seguridad. No son categorías naturales, que se imponen

---

<sup>563</sup> GONZALEZ BARRÓN. *Propiedad y Derechos Humanos, superación del modelo liberal y codificado de propiedad*. Op. Cit. pp. 100

<sup>564</sup> RIGAUD, Louis. *El derecho real. Historia y Teorías. Su origen institucional*. Editorial Reus, Madrid, 1928. pp. 28

<sup>565</sup> GONZALEZ BARRÓN. *Propiedad y Derechos Humanos, superación del modelo liberal y codificado de propiedad*. Op. Cit. pp. 102

<sup>566</sup> KELSEN, Hans. *Introducción a la teoría pura del derecho*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM – APDC, Lima, 2001. pp. 25

<sup>567</sup> ATIENZA, Manuel *et altri. Ilícitos atípicos*. Editorial Trotta, Madrid, 2006. pp. 48

por la naturaleza de las cosas ni verdades dogmáticas que traspasan el tiempo. La condición de *Derecho Real* es una categoría instrumental, de razón práctica, para ciertos fines; por tanto su reconocimiento en el derecho civil no impide que la filosofía la modifique<sup>568</sup>.

En este sentido coincidimos en que el Derecho de propiedad “genera una relación con otras personas, pero sin renunciar a que se trata de un derecho sobre la cosa<sup>569</sup>” considerando en este sentido que el eclecticismo entre ambas posturas, si bien es cierto es viable y recomendable, no puede ser equidistante de ambas, sino mas bien, debe acercarse a la postura intersubjetiva sin perder de vista el papel determinante que ha ganado el objeto apropiable en el desarrollo de la positivización de este derecho. En todo caso, afirmamos que el derecho de propiedad es eminentemente intersubjetivo por referir a la valoración colectiva que se hace de las cosas, resultando inviable en un mundo aislado de la alteridad subjetiva, pero también está irrenunciablemente determinado en su dimensionalidad, intensidad y principalmente en su posibilidad por el objeto apropiable.

El segundo pilar que mencionaremos, está referido al tratamiento del Patrimonio Cultural con una intensidad del estatuto propietario especial, que permita atender a sus numerosas exigencias. Tomando en cuenta que la propiedad sobre Patrimonio Cultural se ha enfocado desde una perspectiva administrativista, que diseña una serie de exigencias a los propietarios de bienes integrantes del Patrimonio Cultural incluyendo al Estado en la relación propietaria en un papel que casi no tiene antecedentes en la historia de la propiedad burguesa, introduciendo especificidades que principalmente radican en las exigencias de preservar el bien y en las restricciones que se imponen al momento de enajenar el bien.

---

<sup>568</sup> GONZALEZ BARRÓN. *Propiedad y Derechos Humanos, superación del modelo liberal y codificado de propiedad. Op. Cit.* pp. 104

<sup>569</sup> GONZALEZ BARRÓN. *Propiedad y Derechos Humanos, superación del modelo liberal y codificado de propiedad. Op. Cit.* pp. 105

### **3.4.4. Orientación y antinomias del Derecho de propiedad contemporáneo.**

#### **3.4.4.1. Función social de la propiedad.**

El derecho de propiedad como observan Salmón y Blanco<sup>570</sup>, ha sido desarrollado en la doctrina, en lo que puede separarse en tres perspectivas; en primer término una “aproximación restringida que lo limita a la no interferencia en el ejercicio de los atributos de la propiedad. Consecuentemente, de esta perspectiva quienes no poseen propiedades, no podrán ejercer este derecho” idea que refleja el clasismo burgués inicial del derecho de propiedad que será paulatinamente superado por oleadas legislativas como la constitucionalización, aunque sin embargo no puede negarse que conserva un grupo de cultores nostálgicos del absolutismo inicial. En segundo término, podemos referirnos al “planteamiento moderado, que expande el asunto de la exclusividad de quienes poseen propiedades, al derecho de todos aquellos que desean acceder a la propiedad. Bajo esta visión, a la no interferencia en el disfrute de la propiedad, se suma la igualdad en el acceso de la misma”, la que se conviene en una alternativa puente entre la descrita y aquel la que establece una “amplia interpretación del derecho de propiedad que implica para el Estado el aseguramiento de que toda persona tenga, en el peor de los casos, el mínimo de bienes indispensables para su subsistencia”.

Conviene señalar la importancia de la variabilidad temporal e ideológica de su definición “la propiedad y su regulación jurídica en gran medida no es más que una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en un periodo determinado sacuden las naciones. De ahí que una definición legal de la propiedad esté siempre influida por el ambiente histórico en que se formula<sup>571</sup>”. Conectando lógicamente, en el lapso comprendido por el inicio de la valuación del Patrimonio Cultural, está marcado por la valoración, de una

---

<sup>570</sup> SALMON GARATE, Elizabeth *et altri*. *El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la CIDH*. En PRIORI, Giovanni (ed.). *Estudios sobre la Propiedad*. Fondo Editorial PUCP, Lima. 2012. pp. 12.

<sup>571</sup> DIEZ-PICAZO, Luis *et altri*. *Sistema de Derecho Civil Volumen III Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Tecnos, Madrid, 1995. pp. 161.

generación relativamente nueva de garantías llamados los derechos Culturales. Es por este motivo que su adaptación con derechos y garantías de mayor antigüedad como el derecho de la propiedad y su respectiva intangibilidad, es una cuestión en constante acomodación.

En concordancia con lo afirmado hasta ahora y en búsqueda de una definición de propiedad que pueda albergar en su seno, una protección creciente del Patrimonio Cultural sin desnaturalizarse podemos utilizar aquella que la señala como una

“situación jurídica que implica el poder más pleno que reconoce un ordenamiento jurídico sobre los bienes (...) situación jurídica y no derecho, porque actualmente la propiedad ya no es sólo un derecho subjetivo, es algo más, es un conjunto unitario y abstracto de facultades, pero también un conjunto de deberes motivados por la pertenencia del hombre a la sociedad<sup>572</sup>”,

que resulta parcialmente funcional, pero insuficiente, a los múltiples problemas de propiedad que genera el Patrimonio Cultural, como su definición real, para establecer la reglamentación especializada que permita su ingreso y pertenencia al mercado inmobiliario.

En cuanto a la Función Social de la Propiedad, notamos una dualidad doctrinal, que percibe en su naturaleza. De un lado, tiene la perspectiva constitucionalista con una óptica colectivista y de otro lado, una mirada mas bien individualista y liberal, que encaja con mayor facilidad con la posible noción posmoderna del Derecho de propiedad.

“Por esta razón no es aventurado afirmar que entre la disciplina civil y constitucional del derecho de propiedad se vive hoy una relación tensa que es necesario salvar. Precisamente para intentar diluir esta tensión un sector considerable de la doctrina estima que el régimen jurídico de la propiedad halla su centro de gravedad en la disciplina constitucional, mientras que el art. 348º del Código Civil (español) desempeña una función de paradigma normativo que rige, residual y subsidiariamente, para aquellas categorías de bienes en las que la

---

<sup>572</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 28.

función social no ha sido concretada todavía por una específica ley ordinaria<sup>573</sup>.

La función social de la propiedad como la vemos, formándose en la actualidad, es una síntesis de muchas posturas desarrolladas a lo largo de la historia del derecho de la propiedad; *Posiciones negativas*, en general se basan en la contradicción terminológica que se aprecia en la misma expresión: la idea de función, como vínculo, repugnaría la idea de derecho como libertad<sup>574</sup>; *la idea de función social como regla moral*, “ampliamente difundida en el llamado pensamiento católico, la idea de que la función social queda circunscrita a la esfera de los deberes morales<sup>575</sup>”; *la función social de la institución*, “voces autorizadas han sostenido que la propiedad llamada a cumplir la función social no es la propiedad en cuanto a derecho subjetivo, sino en cuanto a institución<sup>576</sup>”.

De esta manera podemos inferir, que la función social de la propiedad y su respectiva derivación en límites de la propiedad que sirven para expresarla, no son factibles de definir desde una perspectiva perenne, sino mas bien se trata de cuestiones que van desarrollándose conforme las ópticas legislativas que se acomodan a cada época y sus circunstancias. “No hay una respuesta válida y general a la cuestión del contenido y los límites de la propiedad, porque la relación de tensión ya mencionada debe ser resuelta de nuevo en cada época<sup>577</sup>”

Se ha tratado con bastante frecuencia la categoría Función Social de la propiedad cuya comprensión es básica para entender el sistema de límites del Derecho de Propiedad que se construye para proteger el Patrimonio Cultural. Para el derecho positivo español, en la exposición de motivos del Decreto Ley de Reforma Agraria de Andalucía supone “la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que moraliza su ejercicio;

---

<sup>573</sup> COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la constitución española de 1978*. Bosch, Barcelona, 1997. pp. 227.

<sup>574</sup> MONTES, Vicente. *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*. Civitas, Madrid, 1980. pp. 187.

<sup>575</sup> ANGUITA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 188.

<sup>576</sup> ANGUITA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 189.

<sup>577</sup> WESTERMAN, Harry *et altri*. *Derechos reales Vol. I*. Fundación Cultural del notariado, Madrid, 1998. pp. 311.

ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular”. Desde esta perspectiva, que desde luego no pretende ser totalizadora, sin embargo, es lo suficientemente genérica para tomarse como referencia; cogimos que la función social de la propiedad es un agregado al ejercicio de la propiedad, que permite hacer del ejercicio de este derecho un ejercicio universalizador, como se pretende del uso del Patrimonio Cultural.

Ahora, el derecho de propiedad es un continente de la función social de la propiedad, acogiéndolo como uno de sus componentes, aunque eventual. Que sumado al Contenido esencial de este derecho, construyen el diseño actual del derecho de la Propiedad. Entonces, tenemos la certeza que el Derecho de propiedad contemporáneo, esta constituido básicamente por dos elementos:

- Contenido esencial.
- Función social.

Para el estudio que es de nuestro interés es importante dejar claro que la función social de la propiedad es un elemento que no es inamovible de este derecho, sino que se manifiesta de acuerdo con la naturaleza del bien,

“la función social no es predicable de todos los bienes sino sólo de aquellos que por sus características sociales, culturales, económicas... llevan implícito un valor social que es digno de protección por el ordenamiento jurídico, frente al poder absoluto del titular que podría existir en sentido teórico<sup>578</sup>”.

Hemos hablado de la función social de la propiedad y la hemos localizado como componente incidental del derecho de Propiedad, sin embargo, el núcleo o contenido esencial de la propiedad privada es el que constituye la naturaleza del propio derecho,

“el contenido esencial (del derecho de propiedad) es la facultad del propietario de transformar el bien objeto del derecho en su equivalente económico. Al fin y al cabo la mejor expresión de utilidad

---

<sup>578</sup>ANGUITA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 39.

individual en un derecho patrimonial es su convertibilidad en dinero<sup>579</sup>”.

Respecto de la materialización de la denominada función social en el derecho usual, podemos resaltar la diversificación de objetivos de especialización del tratamiento del derecho de propiedad, según la motivación, la diversificación puede deberse a varios motivos, principalmente la construida a partir de la titularidad del objeto entre privado y público o subjetivo y de la naturaleza propia del bien sobre la cual se proyecta la propiedad de acuerdo a su finalidad o su afección o a la prestación de determinados servicios.

Existen dudas en la doctrina sobre si la función social de los bienes es aplicable sobre los bienes en sí mismos o sobre los derechos que se ejercen sobre los mismos. Anguita Villanueva, trata con certeza este asunto, realizando una distinción que nos parece inadecuada, aunque al final convergamos en acordar la conclusión. Señala como principio de camino una separación entre filosofía pretendidamente marxista que establece con una cita de cita, “sólo los bienes de producción y nunca los de consumo, son los que pueden ser objeto de la función social<sup>580</sup>”. Consideramos que esta definición si bien es cierto es economicista y hasta materialista, no es por lo menos naturalmente marxista, en tanto y en cuanto, la llamada función social, es precisamente una invención jurídica alternativa a la abolición del derecho de propiedad que propugna el marxismo. Sin perjuicio de lo cual, coincidimos con Anguita en la propuesta que señala que la función social recae sobre el objeto de la propiedad puesto que es una agregatura al derecho de propiedad que no busca garantizar la funcionalidad del mismo sino la utilización del mismo, conforme con el derecho que se señala preferencial. A *sensu contrario* “la función social la sostiene el derecho de propiedad privada y no los bienes, porque si variamos de derecho que recae sobre los bienes, la función social varía, aunque dichos derechos recaigan sobre el mismo bien<sup>581</sup>”, respecto de lo cual coincidimos con el citado autor al señalar que los

---

<sup>579</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit.* pp. 39.

<sup>580</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit.* pp. 51.

<sup>581</sup> ANGUIA VILLANUEVA. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Op. Cit.* pp. 51.



límites establecidos en concordancia con la función social se aprecian especialmente cuando se trata de la propiedad por tratarse del mayor derecho que se puede tener sobre un bien.

#### 3.4.4.2. Retos del Derecho de Propiedad contemporáneo.

Resulta imposible acometer una Teoría Universal de la Propiedad, sin embargo, los teóricos más importantes e influyentes del sistema<sup>582</sup> dominante contemporáneo la describen como un valor central de la civilización y pasible de fe<sup>583</sup>.

La propiedad puede ser un producto artificial, tan antiguo como la cultura. Decía Fustel de Coulanges<sup>584</sup> *“Les anciens ont fondé le droit de propriété sur*

---

<sup>582</sup> *The Mont pelerin Society*, grupo de economistas historiadores filósofos reunidos en Mont Pelerin Suiza el año 1947 para discutir las crisis contemporáneas, a iniciativa de Friedrich von Hayek y compuesto entre otros por Ludwig von Mises, Milton Friedman y Karl Popper.

<sup>583</sup> *“The central values of civilization are in danger (...) The position of the individual and the voluntary group are progressively undermined by extensions of arbitrary power. Even that most precious possession of Western Man, freedom of thought and expression, is threatened by the spread of creeds which, claiming the privilege of tolerance when in the position of a minority, seek only to establish a position of power in which they can suppress and obliterate all views but their own. The group holds that these developments have been fostered by the growth of a view of history which denies all absolute moral standards and by the growth of theories which question the desirability of the rule of law. It holds further that they have been fostered by a decline of belief in private property and the competitive market; for without the diffused power and initiative associated with these institutions it is difficult to imagine a society in which freedom may be effectively preserved”.*

“Los valores centrales de la civilización están en peligro (...) La posición de los individuos y los grupos de adscripción voluntaria se ve progresivamente socavada por extensiones de poder arbitrario. Hasta la más preciada posesión del hombre occidental, la libertad de pensamiento y de expresión, está amenazada por el despliegue de credos, que reclamando el privilegio de la tolerancia cuando están en situación de minoría, procuran solamente establecer una posición de poder desde la cual suprimir y obliterar todas las perspectivas que no sean la suya. El grupo sostiene que estos desarrollos se han nutrido de la propagación de una visión de la historia que rechaza toda pauta moral absoluta y por el crecimiento de teorías que cuestionan la deseabilidad del imperio de la ley. Sostiene adicionalmente que se han visto estimulados por la declinación de la fe en la propiedad privada y en el mercado competitivo; por cuanto sin el poder difuso y la iniciativa asociados a estas instituciones, es difícil imaginar una sociedad en la cual la libertad pueda ser efectivamente preservada (Traducción del autor). <https://www.montpelerin.org/montpelerin/mpsGoals.html>.

<sup>584</sup> Los antiguos han fundado el derecho de propiedad sobre principios, que no son más, los de las generaciones presentes, por eso resulta que la normativa que les ha servido es

*des principes qui ne sont plus ceux des générations présentes ; il en est résulté que les lois par lesquelles ils l'ont garanti sont sensiblement différentes des nôtres*". Su historia se pierde en la noche de los tiempos, sin embargo, terminada la guerra fría y con un pensamiento económico unívoco podemos aspirar a una lógica propietaria. Igual que Grossi, Knapp<sup>585</sup> opina que ninguna noción en la historia ha suscitado tanta atención y discusión como la propiedad,

*"la propriété est la notion clé du système juridique de chaque pays, et non seulement cela. La notion juridique de propriété reflète le système économique et social du pays. On ne s'étonne donc pas que les problèmes sociaux, la richesse et la misère le chômage ou le manque de main-d'oeuvre, la paix ou la guerre, touchen en fin de compte la propriété<sup>586</sup>".*

*Sin embargo establece claramente que el derecho de propiedad como lo conocemos, a pesar de haber sufrido muchas transformaciones, principalmente legislativas, no ha cambiado casi nada en su esencia, "au cours de plus de deux millénaires la notion de propriété subit beaucoup de changement. En même temps, la nature de la propriété est resté inchangée<sup>587</sup>",* postura con la cual, esta investigación coincide, más aún cuando se trata del establecimiento de Antinomias (desde el punto de vista epistemológico) irresolubles desde la perspectiva del derecho de propiedad, que ponen al descubierto las contradicciones profundas que han llevado a la

---

considerablemente distinta de la nuestra (Traducción del autor). FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *La Cité Antique*. Hachette, Paris, 1900. pp. 81

<sup>585</sup> KNAPP, Viktor. *Antinomies et métamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose*. En CENDON, Paolo. *Scritti in onore di Rodolfo Sacco, Tomo I*, b A. Giuffrè, Milano, 1994.

<sup>586</sup> La propiedad es el concepto fundamental del sistema jurídico de cada país, y no sólo eso. El concepto jurídico de propiedad refleja el sistema social y económico del país. Por tanto, sorprende que los problemas sociales, la riqueza y la miseria, el trabajo o la falta de mano de obra, la paz o la guerra, tocan en última instancia a la propiedad (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et métamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose*. Op. Cit. pp. 645.

<sup>587</sup> Después de dos milenios la noción de propiedad ha sufrido muchos cambios, en cambio, la naturaleza de la propiedad ha quedado inmóvil (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et métamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose*. Ib. Idem.

crisis a este instituto jurídico que probablemente sea el más importante del derecho occidental.

El derecho de propiedad en el *Civil Law*, a pesar de tener muchos matices, comprende una serie de denominadores comunes vistos por Knapp:

“- *C'est un droit réel. – (...) un droit absolu (...) ce qui signifie que le droit de propriété jouit d'une protection légale erga omnes. – et un droit illimité qui donne au propriétaire une pleine liberté de jouir et de disposer de la chose à son gré ainso que la posséder. – d'ou s'ensuit l'exclusivité du droit de propriété c'est-à-dire le droit du propriétaire d'exclure toute autre personene de la jouissance, de la disposition et de la possession de la même chose*<sup>588</sup>”.

Podemos sintetizar denominadores que podrían llamarse universales en la estructura del derecho de propiedad (por lo menos en lo concerniente al derecho continental) un derecho real, absoluto, ilimitado (o cuasi ilimitado) y exclusivo.

Brevemente, queremos examinar también, la naturaleza del derecho de propiedad, es decir, reflexionar respecto de si el derecho de propiedad es un derecho natural<sup>589</sup> o es un producto social. En este caso una vez más nos manifestamos a favor de lo expresado por Knapp al respecto, considerando, como él, que la propiedad es evidentemente un producto social y que no

---

<sup>588</sup> Se trata de un derecho real. - (...) Un derecho absoluto (...) lo que significa que el derecho a la propiedad goza de protección legal erga omnes. - Y un derecho ilimitado, que le da al propietario plena libertad de gozar y disponer de la cosa a su libertad así como poseerla. De donde resulta la exclusividad del derecho de propiedad, es decir, el derecho del propietario de excluir a cualquier otra persona de disponer, disfrutar o poseer la cosa (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et metamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose. Op. Cit.* pp. 646.

<sup>589</sup> “*Ce que Locke nomme property (qu'il distingue, dans une certaine mesure, de la propriété au sens étroit, sur tel ou tel bien acquis au cours du processus d'appropriation individuelle du bien commun) est que le droit qu'a tout être humain sur ce qui est nécessaire à sa subsistance. Ce droit ou propriété qu'ont tous les hommes sur les biens nécessaires à leur subsistence, lui-même dérivé du droit de chacun d'assurer sa propre conservation*”. Aquello a lo que Locke llama *property* (que él diferencia, de alguna manera de la propiedad en sentido estricto, tal o cual bien adquirido durante el proceso de apropiación individual del bien común) es el derecho que tiene todo ser humano sobre aquello que es necesario para su subsistencia. Este derecho o propiedad que tienen todos los hombres sobre los bienes necesarios para su subsistencia y a su vez deriva del derecho de todos a garantizar su propia conservación (Traducción del autor). TULLY, James. *Locke droit naturel et propriété.* Presses Universitaires de France, Paris, 1992. pp. 24.

puede de ninguna manera ser un derecho natural, en principio porque el derecho natural es una categoría indefinible, *“personne ne sait qu'est c'e que le droit naturel<sup>590</sup>”*, asimismo la propiedad sin límites es un producto absolutamente cultural de la sociedad. Prueba de ello es que la propiedad no se confía a personas fuera de la sociedad *“étant un produit de la société, il previent de la nature même de la société humaine. L'homme ne peut pas vivre sans s'approprier des biens (des valeurs) et sans être protégé en le faisant<sup>591</sup>”*. El derecho de propiedad, ha sido a lo largo de la historia de la humanidad, una herramienta fundamental en la distribución de la riqueza, no se puede pensar en el desarrollo humano, como lo conocemos, sin esta institución porque a pesar de sus muchos vacíos doctrinales, ha conseguido, aunque con éxito muy discutible, cierta estabilidad que ha permitido el desarrollo económico de la sociedad capitalista y el surgimiento de los medios de producción que conocemos y que ahora son prácticamente irremplazables. Ahora, pensar que el derecho de propiedad es parte de uno de los derechos llamados naturales, es un poco más que un exceso, en principio, porque a nuestro concepto, lo que llamamos derecho natural, si bien es cierto ha servido de inspiración para avances sustantivos del derecho como los derechos humanos o la el derecho constitucional, también es cierto que por sí mismo tiene poco valor y su fundamentación es moralizante y totalitaria. No podemos considerar el derecho de propiedad como un derecho natural, sencillamente porque que el derecho natural no existe más y el derecho de propiedad existe y tiene vigor para existir por mucho tiempo, aunque también consideremos que debe desarrollarse y mutar para coincidir con la realidad y para seguir siendo la herramienta principal de la distribución de la riqueza humana.

Hemos dicho que el derecho de propiedad es una herramienta de distribución de riqueza, sin embargo, no es y nunca ha sido, una herramienta justa de distribución de riqueza, puesto que casi siempre ha estado limitado a la

---

<sup>590</sup> Nadie sabe que es el derecho natural (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et metamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose. Op. Cit.* pp. 647.

<sup>591</sup> Siendo un producto de la sociedad, proviene de la naturaleza misma de la sociedad humana, El hombre no puede vivir sin apropiarse de los bienes y sin estar protegido al hacerlo (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et metamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose. Op. Cit.* pp. 647.

protección del propietario y en su momento más evolucionado en la protección de la igualdad del derecho de poseer, sin embargo ha dejado olvidado históricamente legislar por la igualdad de condiciones para acceder a la propiedad. En este sentido y otros, Knapp realiza un gran trabajo de sintetización de las antinomias del derecho de propiedad.

*“La propriété est-elle juste ou injuste? Ou juste et injuste à la fois? (...) voilà la antinomie fondamentale de la propriété, de laquelle se déroulent les autres<sup>592</sup>”* la relación entre el derecho y la justicia siempre ha sido una relación tensa y tirante, aún más si hablamos de un derecho positivista y ritual. A pesar de lo dicho, la justicia sigue siendo el fin ontológico del derecho y el mejor conocido para ir a su encuentro, sin embargo, nos encontramos frente a una cuestión muy difícil de definir. Uno de los motivos por los cuales el derecho de propiedad es tan controversial, es porque su génesis radica en lo supra jurídico, en lo fundamentalmente ideológico, precisamente en aquello que algunos consideran como justicia y otros no.

La propiedad privada, en el siglo XXI no puede ser calificada como justa o injusta, que equivaldría a ser calificada de buena o mala, este tema ha sido materia de discusión durante los siglos XX y XIX y hasta mucho antes, sin conseguir propuestas alternativas coherentes y sustentables. Hemos dicho que la percepción de la propiedad, es básicamente una percepción ideológica antes que jurídica y evidentemente, la opinión vertida en estas páginas tiene voluntaria o involuntariamente una percepción ideologizada de la misma. Y desde este punto de vista, rechaza todo ideal de fundamentación y toda ambición de totalidad adhiriendo a la renuncia de la verdad que Vattimo establece, *“la verdad como absoluta, correspondencia objetiva, entendida como última instancia y valor de base, es un peligro más que un valor<sup>593</sup>”* así como desconfianza de las grandes palabras en concordancia con el pensamiento filosófico la posmodernidad.

---

<sup>592</sup> ¿La propiedad es justa o injusta? O ¿Es justa e injusta a la vez? (...) es la antinomia fundamental de la propiedad, de donde provienen las otras (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et métamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose. Op. Cit.* pp. 647.

<sup>593</sup> Vattimo, Gianni. *Adiós a la verdad. Gedisa, Barcelona, 2010. pp. 29.*

*“Il s’agit premièrement de la liberté de l’exercice du droit de propriété, c’est –à- dire du caractère illimité du droit de propriété (...) Cependant, est- ce vrai? Le droit de propriété est-il vraiment illimité? La reponse est résolument: non. La liberté absolue de tous est une notion contradictoire et même paradoxale<sup>594</sup>”*

uno de los conceptos más explotados y relacionados alrededor de la propiedad es la libertad. La libertad es la reivindicación por excelencia de la Revolución Francesa, última moldeadora clásica del derecho de propiedad. Clásicamente se ha dicho que el derecho de propiedad es la base de la libertad y a partir de este postulado los liberales y neo liberales han hecho todo un festín en honor a la acumulación inequitativa de propiedad, con el respaldo que la libertad y la propiedad le otorgaban. Es claro que la libertad del ejercicio de la propiedad es un tema bastante nebuloso, queda claro que ni en la época más exitosa del derecho de propiedad burgués ha existido un derecho de propiedad verdaderamente ilimitado, siendo además que en la actualidad, éste ha venido recibiendo influencias económicas, políticas, filosóficas y jurídicas que lo han venido morigerando, *“le temps recent a ajouté a ces limites inevitables du droit de propriété encore certaines limites sociales, telle que l’interdiction de l’abus du droit de propriété, la conception de propriété, etc.<sup>595</sup>”*

*“Les hommes sont, dans la société contemporaine, égaux en ce qui concerne leur capacité d’acquérir le droit de propriété, ce qui est le summum ius; ils sont inégaux en ce qui concerne leur chance sociale d’acquérir, ce qui*

---

<sup>594</sup> La primera libertad es el ejercicio del derecho de propiedad, es decir, el carácter ilimitado de la propiedad (...) Sin embargo, ¿ Esto es cierto? El derecho de propiedad es realmente ilimitado? La respuesta sin duda es no. La libertad absoluta de todos es un concepto contradictorio y hasta paradójico (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et metamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c’est la même chose. Op. Cit.* pp. 647.

<sup>595</sup> Los tiempos recientes han añadido a las inevitables limitaciones de la propiedad algunas barreras sociales, como la prohibición del abuso del derecho de propiedad, el diseño de la propiedad, etc. KNAPP, Viktor. *Antinomies et metamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c’est la même chose. Op. Cit.* pp. 649.

*est la summa iniuria*<sup>596</sup> de hecho, una de las antinomias más antiguas del derecho de propiedad, es la que corresponde a la libertad de adquisición de los bienes. Hemos hablado de la antigüedad de esta antinomia, sin embargo, debemos aclarar que esta antigüedad solamente puede alcanzar a la revolución francesa que trajo consigo la idea de ciudadanía y de igualdad ciudadana ante la ley, porque en el momento histórico previo, no se podía hablar de inequidad en la oportunidad social de adquirir la propiedad, en el sentido que la sociedad occidental era una de castas y de clases profundamente desigual y teocrática, por no hablar de monárquica y oscurantista. La antinomia de la adquisición muestra la crisis según la cual las personas podemos adquirir libremente y conservar lo adquirido en el mundo del derecho, hecho que nos hace iguales, sin embargo, no tenemos la mismas posibilidades de adquirir o de acceder a la categoría propietaria en tanto las evidentes diferencias que el mercado ha creado. En este punto, corremos el riesgo de caer en un debate que ha sido fundamental y ha marcado la historia del siglo XX, es precisamente respecto de la propiedad privada o la abolición de la misma como pretendían algunos influyentes filósofos y políticos como Karl Marx o Pierre-Joseph Proudhon. Este debate, en realidad no ha sido zanjado en el campo filosófico o ético de una manera concluyente, sucede que, al ser llevado al campo de la política, ha suscitado una serie de problemas reales en el campo de la materialización jurídica del derecho a la igualdad de oportunidades de adquisición, en más de los casos, se ha otorgado preferencia a igualitarismo frente a otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o de libre tránsito, es decir, se ha aprovechado la búsqueda de igualdad material, para totalitarismos opresivos de la libertad individual. Entonces, ¿se puede legislar de alguna manera que garantice la equidad en la capacidad adquisitiva sin afectar la libertad individual? Esta es una pregunta que no se ha respondido y probablemente tarde muchos siglos en responderse y hemos dejado de lado

---

<sup>596</sup> *Los hombres son, en la sociedad contemporánea, iguales en su capacidad de adquirir el derecho de propiedad, que es el summum ius y son desiguales en términos de oportunidades sociales para la adquisición, summa iniuria* (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et metamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c'est la même chose*. Op. Cit. pp. 649.

las pretensiones omnicomprensivas motivo por el cual no pretendemos lograr, una respuesta final o terminante, solamente tratamos de equilibrar el sentido de la justicia contemporáneo, para proteger el derecho de propiedad, que significa un gran avance dentro de la libertad individual, de sus enemigos naturales e históricos, como el totalitarismo en todas sus dimensiones o el economicismo que niega el derecho civil y la riqueza social, filosófica y humana que encierra, pretendiendo reducirlo a una serie de reglas de mercado, sin la carga profundamente humanista que el derecho trae consigo.

*“Il s’ensuit que l’exclusivité, étant un attribut nécessaire du droit de propriété, est une manifestation de la liberté du propriétaire et de son égoïsme a la fois. Étant donné que l’exclusivité est un attribut de la notion de propriété, tout propriétaire, grand ou petit, riche o pauvre, en jouit. Elle est donc une manifestation de l’égalité légale des propriétaires et de leur inégalité sociale ala fois<sup>597</sup>”*

Esta contradicción entre igualdad legal y desigualdad social que nos aporta el derecho de excluir que tiene el propietario, está estrechamente ligada con la exclusividad de adquisición de la propiedad. Knapp, considera la exclusividad de la adquisición como una antinomia del derecho de propiedad, sin embargo, nosotros declinamos esta consideración, en tanto, existe abundante legislación en los diversos sistemas de propiedad, de protección de la competencia dentro del mercado y esta incluye principalmente aquella que castiga y prohíbe las prácticas monopólicas.

La raza humana es, sin duda, la forma de vida más exitosa dentro de la filogenia terrestre. De esta manera uno de los retos más graves que debe vencer, es sobrevivir a su propio éxito, gran parte del éxito de la humanidad ha sido su capacidad, única en el planeta, de crear cultura y artificialidad. En este contexto, la cultura occidental (que domina los íconos, riqueza,

---

<sup>597</sup> De ello se desprende que la exclusividad es un atributo necesario de la propiedad, es una manifestación de la libertad de propietario y su egoísmo a la vez. La exclusividad es un atributo de la noción de propiedad, que todo propietario grande o pequeño, rico o pobre, disfruta. Es una manifestación de la igualdad legal entre propietarios, pero de desigualdad social a la vez (Traducción del autor). KNAPP, Viktor. *Antinomies et metamorphoses de la propriété ou plus ça change, plus c’est la même chose*. Op. Cit. pp. 651.



bienestar, desarrollo y felicidad) se ha desarrollado como hemos visto, con la idea del desarrollo sin límites<sup>598</sup> hecho que sólo ha podido discutirse<sup>599</sup> con

---

<sup>598</sup> Martin Heidegger, vislumbraba una crítica del capitalismo, afirmando el hombre de la técnica se ha extraviado por completo buscando el dominio del ente y olvidando al ser, el sometimiento de la naturaleza que destruirá el mundo. Entendemos que este comportamiento destructivo del medio ambiente es casi una exclusividad del capitalismo occidental, que se remarca y fortalece en lo que Heidegger llamará tecnocapitalismo. Un texto apócrifo, que circula por los colectivos ecologistas de todo el mundo, escrito por el libretista de televisión Ted Perry en 1970 (y no en 1854), a tribuido al jefe Swamish, de la tribu Seattle en los Estados Unidos de Norteamérica, supuestamente en respuesta de la propuesta del Presidente de aquella nación Franklin Pierce, de comprar los territorios que hoy conforman el Estado de Washington, nos dan una idea de lo que el filósofo alemán explicaría como el olvido del ser para ocuparse de los entes, dentro de una lógica de progreso ilimitado: “El Gran Jefe Blanco de Wáshington ha ordenado hacernos saber que nos quiere comprar las tierras. El Gran Jefe Blanco nos ha enviado también palabras de amistad y de buena voluntad. Mucho apreciamos esta gentileza, porque sabemos que poca falta le hace nuestra amistad. Vamos a considerar su oferta pues sabemos que, de no hacerlo, el hombre blanco podrá venir con sus armas de fuego a tomar nuestras tierras. El Gran Jefe Blanco de Wáshington podrá confiar en la palabra del jefe Seattle con la misma certeza que espera el retorno de las estaciones. Como las estrellas inmutables son mis palabras. ¿Cómo se puede comprar o vender el cielo o el calor de la tierra? Esa es para nosotros una idea extraña. Si nadie puede poseer la frescura del viento ni el fulgor del agua, ¿cómo es posible que usted se proponga comprarlos? Cada pedazo de esta tierra es sagrado para mi pueblo. Cada rama brillante de un pino, cada puñado de arena de las playas, la penumbra de la densa selva, cada rayo de luz y el zumbir de los insectos son sagrados en la memoria y vida de mi pueblo. La savia que recorre el cuerpo de los árboles lleva consigo la historia del piel roja. Los muertos del hombre blanco olvidan su tierra de origen cuando van a caminar entre las estrellas. Nuestros muertos jamás se olvidan de esta bella tierra, pues ella es la madre del hombre piel roja. Somos parte de la tierra y ella es parte de nosotros. Las flores perfumadas son nuestras hermanas; el ciervo, el caballo, el gran águila, son nuestros hermanos. Los picos rocosos, los surcos húmedos de las campiñas, el calor del cuerpo del potro y el hombre, todos pertenecen a la misma familia. Por esto, cuando el Gran Jefe Blanco en Wáshington manda decir que desea comprar nuestra tierra, pide mucho de nosotros. El Gran Jefe Blanco dice que nos reservará un lugar donde podamos vivir satisfechos. Él será nuestro padre y nosotros seremos sus hijos. Por lo tanto, nosotros vamos a considerar su oferta de comprar nuestra tierra. Pero eso no será fácil. Esta tierra es sagrada para nosotros. Esta agua brillante que se escurre por los riachuelos y corre por los ríos no es apenas agua, sino la sangre de nuestros antepasados. Si les vendemos la tierra, ustedes deberán recordar que ella es sagrada, y deberán enseñar a sus niños que ella es sagrada y que cada reflejo sobre las aguas limpias de los lagos hablan de acontecimientos y recuerdos de la vida de mi pueblo. El murmullo de los ríos es la voz de mis antepasados. Los ríos son nuestros hermanos, sacian nuestra sed. Los ríos cargan nuestras canoas y alimentan a nuestros niños. Si les vendemos nuestras tierras, ustedes deben recordar y enseñar a sus hijos que los ríos son nuestros hermanos, y los suyos también. Por lo tanto, ustedes deberán dar a los ríos la bondad que le dedicarían a cualquier hermano. Sabemos que el hombre blanco no comprende nuestras costumbres. Para él una porción de tierra tiene el mismo significado que cualquier otra, pues es un forastero que llega en la noche y extrae de la tierra aquello que necesita. La tierra no es su hermana sino su enemiga, y cuando ya la conquistó, prosigue su camino. Deja atrás las tumbas de sus antepasados y no se preocupa. Roba de la tierra aquello que sería de sus hijos y no le importa. La sepultura de su padre y los derechos de sus hijos son olvidados. Trata a su madre, a la tierra, a su hermano y al cielo como cosas que puedan ser compradas, saqueadas, vendidas como carneros o adornos coloridos. Su apetito devorará la tierra, dejando atrás solamente un desierto. Yo no entiendo, nuestras costumbres son diferentes de las suyas.

Tal vez sea porque soy un salvaje y no comprendo. No hay un lugar quieto en las ciudades del hombre blanco. Ningún lugar donde se pueda oír el florecer de las hojas en la primavera o el batir las alas de un insecto. Mas tal vez sea porque soy un hombre salvaje y no comprendo. El ruido parece solamente insultar los oídos. ¿Qué resta de la vida si un hombre no puede oír el llorar solitario de un ave o el croar nocturno de las ranas alrededor de un lago?. Yo soy un hombre piel roja y no comprendo. El indio prefiere el suave murmullo del viento encrespando la superficie del lago, y el propio viento, limpio por una lluvia diurna o perfumado por los pinos. El aire es de mucho valor para el hombre piel roja, pues todas las cosas comparten el mismo aire -el animal, el árbol, el hombre- todos comparten el mismo soplo. Parece que el hombre blanco no siente el aire que respira. Como una persona agonizante, es insensible al mal olor. Pero si vendemos nuestra tierra al hombre blanco, él debe recordar que el aire es valioso para nosotros, que el aire comparte su espíritu con la vida que mantiene. El viento que dio a nuestros abuelos su primer respiro, también recibió su último suspiro. Si les vendemos nuestra tierra, ustedes deben mantenerla intacta y sagrada, como un lugar donde hasta el mismo hombre blanco pueda saborear el viento azucarado por las flores de los prados. Por lo tanto, vamos a meditar sobre la oferta de comprar nuestra tierra. Si decidimos aceptar, impondré una condición: el hombre blanco debe tratar a los animales de esta tierra como a sus hermanos. Soy un hombre salvaje y no comprendo ninguna otra forma de actuar. Vi un millar de búfalos pudriéndose en la planicie, abandonados por el hombre blanco que los abatió desde un tren al pasar. Yo soy un hombre salvaje y no comprendo cómo es que el caballo humeante de hierro puede ser más importante que el búfalo, que nosotros sacrificamos solamente para sobrevivir. ¿Qué es el hombre sin los animales? Si todos los animales se fuesen, el hombre moriría de una gran soledad de espíritu, pues lo que ocurra con los animales en breve ocurrirá a los hombres. Hay una unión en todo. Ustedes deben enseñar a sus niños que el suelo bajo sus pies es la ceniza de sus abuelos. Para que respeten la tierra, digan a sus hijos que ella fue enriquecida con las vidas de nuestro pueblo. Enseñen a sus niños lo que enseñamos a los nuestros, que la tierra es nuestra madre. Todo lo que le ocurra a la tierra, le ocurrirá a los hijos de la tierra. Si los hombres escupen en el suelo, están escupiendo en sí mismos. Esto es lo que sabemos: la tierra no pertenece al hombre; es el hombre el que pertenece a la tierra. Esto es lo que sabemos: todas las cosas están relacionadas como la sangre que une una familia. Hay una unión en todo. Lo que ocurra con la tierra recaerá sobre los hijos de la tierra. El hombre no tejió el tejido de la vida; él es simplemente uno de sus hilos. Todo lo que hiciera al tejido, lo hará a sí mismo. Incluso el hombre blanco, cuyo Dios camina y habla como él, de amigo a amigo, no puede estar exento del destino común. Es posible que seamos hermanos, a pesar de todo. Veremos. De una cosa estamos seguros que el hombre blanco llegará a descubrir algún día: nuestro Dios es el mismo Dios.

Ustedes podrán pensar que lo poseen, como desean poseer nuestra tierra; pero no es posible, Él es el Dios del hombre, y su compasión es igual para el hombre piel roja como para el hombre piel blanca. La tierra es preciosa, y despreciarla es despreciar a su creador. Los blancos también pasarán; tal vez más rápido que todas las otras tribus. Contaminen sus camas y una noche serán sofocados por sus propios desechos. Cuando nos despojen de esta tierra, ustedes brillarán intensamente iluminados por la fuerza del Dios que los trajo a estas tierras y por alguna razón especial les dio el dominio sobre la tierra y sobre el hombre piel roja. Este destino es un misterio para nosotros, pues no comprendemos el que los búfalos sean exterminados, los caballos bravíos sean todos domados, los rincones secretos del bosque denso sean impregnados del olor de muchos hombres y la visión de las montañas obstruida por hilos de hablar. ¿Qué ha sucedido con el bosque espeso? Desapareció. ¿Qué ha sucedido con el águila? Desapareció. La vida ha terminado. Ahora empieza la supervivencia. PERRY, Ted. *La tierra no pertenece al hombre*. s.f.p. <http://www.ub.edu/hvirt/dossier/seattle.htm>

<sup>599</sup> VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Op. Cit. pp. 27.

eficacia a partir del final del siglo XX. Todo esto incide de manera directa sobre el derecho de propiedad y la exclusividad sobre el bien, hay que considerar que la posmodernidad, no solamente esta caracterizada por la serie de hechos y situaciones filosóficas, sino que principalmente, se caracteriza por el crecimiento de la población y la reducción de la capacidad de producir riqueza básica para la mayoría de las personas dentro de las posibilidades físicas del planeta que llegan a su límite empujadas por el concepto capitalista de mercado. Respecto de la exclusividad, existen muchas excepciones que son de orden social o de interés humano, como en casi todas legislaciones el agua. Sin embargo, la reflexión cabe sobre aquellos bienes de interés universal que no son Patrimonio de la Humanidad y son pasibles de apropiación excluyente, como el Petróleo o los descubrimientos médicos de última generación, me sirve citar una leyenda urbana promovida dentro de la cultura popular de internet, atribuida a un supuesto ministro brasileño, confundíéndolo con un cantante, que sin embargo resulta una reflexión valiosa de la contemporaneidad del valor de la propiedad y lo que conocemos como riqueza<sup>600</sup>.

---

<sup>600</sup> “(...) Como humanista, sintiendo el riesgo de la degradación ambiental que sufre la Amazonia, puedo imaginar su internacionalización, como también de todo lo demás, que es de suma importancia para la humanidad. Si la Amazonia, desde una ética humanista, debe ser internacionalizada, internacionalicemos también las reservas de petróleo del mundo entero. El petróleo es tan importante para el bienestar de la humanidad como la Amazonia para nuestro futuro. A pesar de eso, los dueños de las reservas creen tener el derecho de aumentar o disminuir la extracción de petróleo y subir o no su precio. De la misma forma, el capital financiero de los países ricos debería ser internacionalizado. Si la Amazonia es una reserva para todos los seres humanos, no se debería quemar solamente por la voluntad de un dueño o de un país. Quemar la Amazonia es tan grave como el desempleo provocado por las decisiones arbitrarias de los especuladores globales. No podemos permitir que las reservas financieras sirvan para quemar países enteros en la voluptuosidad de la especulación. También, antes que la Amazonia, me gustaría ver la internacionalización de los grandes museos del mundo. El Louvre no debe pertenecer solo a Francia. Cada museo del mundo es el guardián de las piezas más bellas producidas por el genio humano. No se puede dejar que ese patrimonio cultural, como es el patrimonio natural amazónico, sea manipulado y destruido por el sólo placer de un propietario o de un país. (...) De la misma forma que París, Venecia, Roma, Londres, Río de Janeiro, Brasilia... cada ciudad, con su belleza específica, su historia del mundo, debería pertenecer al mundo entero. En sus discursos, los actuales candidatos a la presidencia de los Estados Unidos han defendido la idea de internacionalizar las reservas forestales del mundo a cambio de la deuda. Comencemos usando esa deuda para garantizar que cada niño del mundo tenga la posibilidad de comer y de ir a la escuela. Internacionalicemos a los niños, tratándolos a todos ellos sin importar el país donde nacieron, como patrimonio que merecen los cuidados del mundo entero. Mucho más de lo que se

“El mundo creado a partir de la ficción de que la libertad absoluta (y salvaje) lleva al bienestar y que los mercados se regulan solos, sin intervención estatal, no pasa de ser una fantasía derrumbada ante nuestros propios ojos, especialmente con la crisis mundial de 2008 (...) El mundo de las relaciones privadas no puede quedar sujeto al arbitrio individual, pues ello desemboca irremediabilmente en el abuso del más fuerte y de la concentración de la riqueza en pocas manos (...) La propiedad es un derecho individual que asegura un mínimo de utilidad a su titular, pero ello no impide reconocer que se trata de una atribución jurídica que se encuentra sujeta a la realización del interés social. El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina por esfuerzo exclusivamente suyo. El propietario disfruta de bienes económicos por obra de muchos factores ajenos a él, tales como la protección del Estado<sup>601</sup>”.

Para nosotros resulta evidente que el Derecho de Propiedad como lo conocemos vive un momento de grave crisis que pone en peligro, no solamente a la institución sino a todo el derecho civil en tanto organizador de la vida económica de las personas en sociedad.

La crisis de la propiedad a la que aludimos, no es la primera y evidentemente tampoco es la última crisis de alguna institución fundamental en el derecho de occidente. Sin embargo, como en toda crisis, el futuro de la institución dependerá del rumbo ontológico que se tome. Coincidimos con Gonzáles en la necesidad de morigerar los positivismos y tecnicismos del Derecho civil (y evidentemente de la propiedad) “el derecho civil (...) siempre ha tenido como elemento fundante la idea de libertad (...) es un cambio radical que esta rama del derecho avance hacia la protección no sólo del patrimonio, sino de la

---

merece la Amazonia. Cuando los dirigentes traten a los niños pobres del mundo como Patrimonio de la Humanidad, no permitirán que trabajen cuando deberían estudiar; que mueran cuando deberían vivir. Como humanista, acepto defender la internacionalización del mundo; pero, mientras el mundo me trate como brasileño, lucharé para que la Amazonia, sea nuestra”. ANÓNIMO. *Bofetada educadísima de Brasil al mundo*. s.f.p. <http://soliobrera.cnt.es/secciones/ecologia/133-bofetada-educadisima-de-brasil-al-mundo.html>

<sup>601</sup> GONZALES BARRÓN. *Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo Liberal y codificado de Propiedad*. Op. Cit. pp. 170.

tutela del hombre, con la búsqueda incesante de justicia en las relaciones entre individuos<sup>602</sup>". Debemos señalar que no pretendemos abolir ni disolver el concepto de propiedad, argumento manido y que siempre corre riesgo de perder la objetividad para convertirse en discurso panfletario. Nuestra propuesta es la especialización del derecho de propiedad con la finalidad de hacerlo más eficiente y por lo tanto más justo, que ayude a la protección del Patrimonio Cultural, salir de la noche de los tiempos administrativa en que se encuentra, otorgando vitalidad y fuerza civil a la legislación protectora y de esta manera garantizar la protección en un mundo regido por el mercado.

#### 3.4.4.3. ¿Crisis de la propiedad civil en el mundo?

Paolo Grossi, apunta, que una de las características principales de la crisis del sistema de propiedad liberal civil es la inversión de la naturaleza de los bienes apropiables, es decir, cuando las reglas jurídicas para la protección de la propiedad se establecieron, los bienes físicos constituían casi la totalidad de los bienes apropiables en el universo jurídico, hecho que cambia en la actualidad, donde, los bienes inmateriales constituyen lo cotidiano,

*“si è venuta gradualmente effettuando la più completa dematerializzazione di taluni beni oggetto di proprietà (...) in passato e fino a ieri, nella contrapposizione dialettica materiale/inmateriale, risultava immateriale ciò che non era materiale, intendendo in tal modo contraddistinguere una categoria residuale vista in negativo rispetto alla assoluta prevalenza della materialità. La categoria dell'immateriale è, invece, ormai un universo autonomo rispetto al quale il carattere della residualità si è riversato su ciò che è materiale confinandolo in uno spazio giuridico sempre più ristretto<sup>603</sup>”.*

---

<sup>602</sup> GONZALES BARRÓN. *Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo Liberal y codificado de Propiedad. Op. Cit.* pp. 170.

<sup>603</sup> Gradualmente se está efectuando la más completa desmaterialización de ciertos bienes objeto de propiedad (...) en el pasado, en la contraposición dialéctica material/inmaterial, resultaba material aquello que no era material, en el sentido que entiende a lo inmaterial una categoría residual vista en negativo respecto de la absoluta prevalencia de la materialidad. En cambio, la categoría inmaterial, ahora es un universo autónomo respecto del cual el carácter residual, se ha vertido sobre lo material (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *La proprietà e le proprietà, oggi.* En COLLURA, Giorgio (coord.). *Coordinamento dei dottorati di ricerca*

La propiedad civil contemporánea, en su calidad de heredera del derecho romano y la revolución francesa, está compuesta clásicamente por:

El *ius utendi* o derecho de uso sobre la cosa, entiende que el propietario tiene derecho de servirse de la cosa para sus intereses, de utilizar las cosas dentro de los parámetros legales y respetando derechos de otros propietarios. El *ius utendi*, resulta un resago de las primeras características del derecho de la propiedad, quiere que el objeto propietario tenga una relación directa casi física con el sujeto propietario y que éste la utilice desde una perspectiva clásica, utilitaria, industrial. Sin embargo, por mucho que el *ius utendi* se acomode para incluir en su estructura, derechos incorpóreos como la propiedad intelectual o derechos bursátiles, pierde su esencia básica al ser desbordada la capacidad de uso de dichos bienes por parte de su propietario en función de su cantidad casi infinita en términos de la realidad humana.

*Ius fruendi* o derecho de goce sobre la cosa, mediante el cual, el propietario tiene el derecho de aprovechar y disponer los frutos y productos que produzca una cosa. La regla general es que el propietario de una cosa es también propietario de todo aquello que la cosa genere y produzca, con o sin su intervención. Considerando la acumulación de la titularidad de los bienes apropiables en una minoría poblacional, podemos colegir que dicha minoría es propietaria de una cantidad ingente de bienes apropiables (en su mayoría inmateriales), en estas circunstancias asistimos a un relajamiento o relativización de este componente, en el sentido que el *ius fruendi*, refiere a un aprovechamiento directo y económico de la producción del objeto propietario, aprovechamiento, que resulta materialmente imposible en las titularidades propietarias más grandes del mundo.

El *ius abutendi* o derecho de disposición sobre la cosa, mediante el cual, el propietario, bajo la premisa de que la cosa está bajo su dominio, puede disponer de ella casi ilimitadamente de acuerdo con su voluntad, incluyendo dañarla o destruirla, del mismo modo, puede disponer de su derecho real y desligarse de su derecho de propiedad. Este derecho constituye una

---

*in diritto privato, atti del X° incontro Nazionale, Firenze, 25-26 gennaio 2008.* Giuffrè, Milano, 2009. pp.16.

hipertrofia dentro del derecho de propiedad civil contemporáneo, llegando casi a constituir exclusividad en cuanto al mercado mundial se refiere, porque en él, los bienes de alta relevancia económica, no se adquieren para poseer o para producir, sino para enajenar y obtener beneficio de dicho tráfico.

Como vemos, el derecho de propiedad burgués, ha sido rebasado por el mercado que él mismo ha promovido, protegiendo vía su derecho más importante, la propiedad, situaciones que las revoluciones que lo entronizaron, no habían previsto. El derecho de propiedad, fue pensado en las revoluciones burguesas, como una protección del individuo frente a los posibles abusos del poder político y así mantener la libertad individual entre ciudadanos. Sin embargo, el sistema propietario contemporáneo renuncia a la propiedad como una garantía de libertad económica frente al poder, para convertirse en un sucedáneo del poder político, subyugándolo. Para mayor claridad de nuestro punto, podemos decir que para marzo de 2013 las dos mayores fortunas del mundo<sup>604</sup>, hacen un total de ciento cuarenta mil millones de dólares y el Producto Interno Bruto de un país de treinta millones de habitantes y renta media como Perú fue de doscientos mil deocientos doce millones de dólares en 2012, hecho que nos lleva a reflexionar sobre la naturaleza de la riqueza en la actualidad. ¿Cómo es posible cuantificar setenta y tres mil millones<sup>605</sup> de dólares en riqueza real?, es decir, más allá de inversiones y deudas de diversa índole, ¿cómo puede asignarse derechos de uso y disfrute a una fortuna que de ninguna manera va a poder traducirse jamás en bienes y servicios?, el propietario de los bienes inmateriales, como son los créditos bancarios, acciones, bonos y otros que conforman dichas fortunas, se encuentra económicamente y materialmente imposibilitado de usar y disfrutar la totalidad de los bienes que se encuentran bajo su dominio propietario. Esta imposibilidad de ejercicio pleno de los derechos de propiedad, desnaturaliza la institución, porque los beneficios obtenidos dejan de tener carácter económico para pasar a brindar beneficios políticos, otorgando a sus titulares, un *status* político ciudadano especial, que atenta en contra de los principios del sistema burgués de libertades, garantías y

---

<sup>604</sup> Dato calculado por la revista Forbes.

<sup>605</sup> Fortuna del Mexicano Carlos Slim, líder de la lista de Forbes.

mercado y que evidentemente agrava la crisis del sistema de propiedad, civil continental europeo.

### 3.5. El Patrimonio Cultural como estatuto propietario.

Una mirada medianamente acuciosa sobre el derecho de propiedad, nos revelará, como venimos desarrollando en este trabajo, la existencia de una sustitución de una perspectiva exclusivamente dogmática por una perspectiva analógica y realista<sup>606</sup> que la doctrina llama propiedades. Anguita, ya deja prever la necesidad de considerar al Patrimonio Cultural, que se trata de justificar desde estas páginas,

“Independientemente de su régimen público o privado para diferenciar la propiedad, que ahora nos interesa, dentro de la propiedad privada se ha venido considerando desde hace tiempo, que ésta no obedece a un tipo unitario sino que se diversifica conforme a su regulación<sup>607</sup>”.

De acuerdo a lo señalado, inferimos que el derecho de la propiedad, si bien es cierto se muestra legislativamente como una unidad, principalmente por motivos prácticos,

“la pretendida unidad clásica del derecho de propiedad jamás ha existido plenamente, ni podrá existir (...) tiene que amoldarse a la naturaleza de los mismos (bienes)(...) delimitar la propiedad en atención a la función social que debe cumplir su ejercicio sobre determinados bienes en la sociedad<sup>608</sup>”.

Se ha dicho, que la propiedad sobre Patrimonio Cultural, se caracteriza, principalmente por los límites que observa. Los límites al derecho de propiedad, se observaban, con los matices correspondientes, ya desde Roma, se diferenciaban en públicos, “*i limiti di diritto pubblico al dominium dei*

---

<sup>606</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata*. Op. Cit. pp 52.

<sup>607</sup> ANGUITA, Luis. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 47.

<sup>608</sup> ANGUITA, Luis *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 49.



singoli sono così classificabili solo se vengono intesi come limiti posti nell'interesse della collettività ritenuto eccezionalmente prevalente sull'interesse del privato per ragioni politiche o social o economiche o ético-religiose<sup>609</sup> y privados "con l'espressione limiti di diritto privato, si fa riferimento a quei limiti al diritto di proprietà posti dall'ordinament giuridico nell'interesse privato, ossia nell'interesse dei proprietari vicini<sup>610</sup>", desprestigiando la pretención, más o menos difundida en la actualidad, que la propiedad es un derecho ilimitado. Aunque ya hemos tratado el tema, servirá a nuestros intereses mencionar la distinción entre límites y limitaciones de propiedad que explica, O'Callaghan<sup>611</sup>, apuntando que los límites de la propiedad, son las fronteras del derecho mismo de la propiedad, constituyendo un régimen ordinario de ejercicio del poder propietario y que no se necesita un acto especial para imponerlos, a diferencia de las limitaciones que son procedentes por diversas causas y de manera singular y que deberán establecerse por un acto especial.

Paolo Grossi en *La propiedad y las propiedades*<sup>612</sup> que ha tomado como título e inspiración una ponencia de *Salvatore Pugliatti*, hace referencia a una corriente doctrinal que promueve una perspectiva distinta de la subjetivización del derecho de propiedad que observa la relación entre la persona y los objetos apropiables desde el punto de vista de las cosas (objetivo), deshaciéndose de prejuicios individualistas.

---

<sup>609</sup> Los límites del derecho público al *dominium* del individuo, solamente son entendidos como límites impuestos por el interés de la colectividad, considerado excepcionalmente prevealente sobre el interés privado por razones políticas, sociales, económicas o ético-religiosas (Traducción del autor). SCAPINI, Nevio. *I limiti legali della proprietà. Op. Cit.* pp. 11.

<sup>610</sup> Con la expresion, límites de derecho privado, se hace referencia a los límites al derecho de propiedad incluidos en el ordenamiento jurídico, que son de interés privado, es decir, en el interés de los propietarios vecinos Los límites del derecho público al *dominium* del individuo, solamente son entendidos como límites impuestos por el interés de la colectividad, considerado excepcionalmente prevealente sobre el interés privado por razones políticas, sociales, económicas o ético-religiosas (Traducción del autor). SCAPINI, Nevio. *I limiti legali della proprietà. Op. Cit.* pp. 83.

<sup>611</sup> O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de derecho civil Tomo III, derechos reales e hipotecario*. CERASA, Madrid, 2012. pp. 98.

<sup>612</sup> GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Civitas, Madrid, 1992. pp. 34.

Consideramos que esta forma de enfocar la propiedad es bastante más eficiente al eliminar consideraciones subjetivas de tipo personal y limitarse a una relación jurídica entre la cosa y su propietario. Puede observarse la sentencia 87/1987, en el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía, que señala:

“la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide considerarla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348<sup>613</sup> CC. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales, relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recaer”

Esta sentencia recogida por Luis Díez-Picazo<sup>614</sup>, establece lo que a estas alturas deberíamos considerar casi irrevocable, que la propiedad debe tender a su diversificación.

“El problema me parece que es si existe todavía un *quid* de común a todos los tipos que permita llamarlos a todos propiedad; o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar, de que el

---

<sup>613</sup> Artículo 348.- La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla. (Código Civil Español)

<sup>614</sup> DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las relaciones jurídico reales del registro de la propiedad, la posesión. Op. Cit.* pp. 59

problema sea sólo de denominación<sup>615</sup>”.

Grossi en *Un altro modo di possedere*, remarca que definitivamente el derecho de propiedad como lo conocemos es un producto de la historia y que varía en sus matices y su orientación, puesto que, de ninguna manera es un derecho invariable,

*“a fronte della proprietà appartenenza in cui si incarnava il messaggio d’una cultura impronta romanistica, era una proprietà funzione che si veniva ad affiancare nel deliberato disegno di mettere in crisi una nozione troppo assolutizzata di dominium, d’uno schema pensato e costruito al di sopra della storia<sup>616</sup>”.*

Pugliatti, que de una u otra manera es el primer organizador de la teoría de las propiedades, ya sostenía que *“Se prima si poteva pensare: le proprietà sono sempre (rami del tronco che si dice) la proprietà; quando si parla di statuti diversi e dell’appropriazione de beni , e lecito, dubitare almeno della possibilità che alcuni di tali statuti sia così diferente tra loro<sup>617</sup>”.*

Nos inclinamos a considerar, que a parte de las conveniencias y convicciones ideológicas, la ceguera iconoclasta ha producido una especie de presbicia científica que nos impide ver con suficiente claridad el nacimiento de estatutos de propiedad cada vez más diversos entre sí como ya lo señalaba Vasalli hace tiempo *“Sembra corrispondente allo stato attuali delle leggi, le quali hanno disciplinato in vario modo i poteri del proprietario, riconoscere che*

---

<sup>615</sup> DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las relaciones jurídico reales del registro de la propiedad, la posesión. Op. Cit.* pp. 59

<sup>616</sup> Frente a la propiedad pertenencia que encarnaba el mensaje de una cultura marcada por una huella Románica, existía una propiedad función que deliberadamente puso en crisis una noción muy absolutizada del *dominium*, de un esquema de pensamiento construido encima de la historia. GROSSI, Paolo. *Un altro modo di possedere*. Giuffre, Milano, 1977. pp. 39

<sup>617</sup> Si antes se podía pensar: las propiedades son siempre (ramas del mismo tronco) la propiedad, cuando se trata de diferentes estatutos y de la apropiación del bien, es legítimo dudar, al menos, la posibilidad de que algunos de estos estatutos sean diferentes entre sí. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Giuffre, Milano, 1954. pp.149

*non vi e una sola proprieta, che vi sono piuttosto delle proprieta*<sup>618</sup>”.

La propiedad privada que objetiviza al Patrimonio Cultural dentro de una relación positivista y ritualista, ha sido diseñada tomando el contenido de lo Histórico Artístico, que como hemos señalado, dada su condición objetivadora de los bienes que protege, tiene una ontología distinta y mucho más parcial que la del Patrimonio Cultural, que al mismo tiempo, pretende ser custodio de la tradición humana pasada y generador de iconografía colectiva a la manera de Levi – Strauss. La propiedad sobre Patrimonio Cultural, resulta un interesante ensayo al tratar dos instituciones encontradas en constitución, en historia y en proyección. El Patrimonio Cultural, como hemos visto, aspira a ser un punto cohesivo en la humanidad, un facilitador de microrrelatos, pero al mismo tiempo es un proyecto, endeble y amenazado por la realidad, en gran parte diseñada –a la forma nietszcheana- por el derecho moderno de propiedad y sus usuarios, que han convertido el sistema de protección de la individualidad ciudadana y la base de la libertad, en un metarrelato sacralizador que promueve la inequidad, amenaza la paz y a la civilización.

### **3.5.1. La propiedad como herramienta de protección Del Patrimonio Cultural.**

Como hemos podido percibir a lo largo de este trabajo, los conceptos Propiedad y Patrimonio Cultural jurídicamente comprendidos, son resultado del desarrollo de la historia de sus percepciones, convertidas en derecho positivo por el poder de la ideología dominante en un lugar y tiempo determinados.

Clásicamente se ha percibido el Patrimonio Cultural como belleza como lo señala Carrancho<sup>619</sup> al citar a Victor Hugo y hacer una brillante exposición de

---

<sup>618</sup> Parece corresponder al estatuto actual de la normativa que ha legislado de diversa forma los poderes de propietario, el reconocimiento de que no existe una propiedad sino mas bien muchas propiedades. VASALLI, Filippo. *Per une definizione legislative del diritto di proprieta : La concezione facista della proprieta private*. Giuffre, Milano, 1960. pp. 114.

<sup>619</sup> “Il y a deux choses dans un edifice, son usage et sa beauté. Son usage appartient au propriétaire, sa beauté à tout le monde. C’est donc dépasser son droit de le détruire” Hay dos cosas en un edificio, su uso y su belleza. Su uso pertenece al propietario su belleza a todo

las posturas y perspectivas que ha tenido la doctrina europea respecto de la propiedad privada sobre Patrimonio Cultural que parte de la división entre privado y público que hacen Veschi y Cantucci apuntando que “(la propiedad sobre patrimonio Cultural) básicamente consistía en una serie de prohibiciones de diversa índole, establecidas en orden a la conservación y tutela del Patrimonio Histórico, llegándose a afirmar que el propietario o poseedor de bienes de valor histórico o artístico es un ejerciente privado de funciones públicas<sup>620</sup>”, a la revisión de este criterio de parte de Grisolia, Giannini y Cortese “con independencia de su titularidad dominical, los bienes culturales tienen, o deben tener, un estatuto propio. En ese sentido Giannini, siguiendo el camino iniciado por Grisolia, intentó, con su teoría sobre los bienes culturales, establecer un régimen unitario para este peculiar tipo de bienes (...) el bien cultural según esta tesis, es público en cuanto bien de fruición, no en cuanto bien de pertenencia<sup>621</sup>” para ofrecer finalmente una feliz propuesta, de García de Enterría según la cual “no tiene sentido eliminar la propiedad privada (sobre el Patrimonio Cultural) porque ello implicaría una política que, lejos de fomentar este patrimonio, le perjudicaría a corto plazo<sup>622</sup>”.

Consideramos que el derecho de propiedad sobre Patrimonio Cultural no puede ser una concepto estático porque el Patrimonio Cultural está en permanente movimiento, de acuerdo a los valores colectivos que una sociedad y una legislación adopten. La protección sobre bienes de Patrimonio Cultural es una idea relativamente nueva que ha ido orientándose desde una visión estatista hacia una que busca gestionar la propiedad privada sobre el Patrimonio Cultural a través de límites y limitaciones que unidos a la evolución del rol del objeto de propiedad dentro de la relación propietaria han reconfigurado la percepción del Derecho de Propiedad.

---

el mundo. Esto va más allá que su derecho a destruirlo (Traducción del Autor). CARRANCHO HERRERO, María. *La circulación de bienes culturales muebles*. Dykinson, Madrid, 2001. pp. 47.

<sup>620</sup> CARRANCHO HERRERO. *La circulación de bienes culturales muebles*. Op. Cit. pp. 48.

<sup>621</sup> CARRANCHO HERRERO. *La circulación de bienes culturales muebles*. Op. Cit. pp. 51.

<sup>622</sup> CARRANCHO HERRERO. *La circulación de bienes culturales muebles*. Op. Cit. pp. 53.

El Derecho de Protección de Patrimonio Cultural contemporáneo, configura la protección del Patrimonio Cultural a través del ejercicio mismo del Derecho de Propiedad, adjudicándole más responsabilidades sobre el bien y limitando su derecho de enajenación imponiendo cargas y conductas, pero principalmente redefiniendo la valoración del objeto propietario al orientarlo hacia una categoría que solamente puede explicarse en términos de interés social. Es decir, de alguna manera se invierte la estructura lógica que parte del Derecho de Propiedad para ejercitarlo en función al interés social, para incorporar el interés social dentro de la valoración del bien y hacerlo parte del núcleo de la relación propietaria, privatizando la función social de la propiedad.

Estas consideraciones nos mueven a plantear que el ejercicio del Derecho de Propiedad sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural es una señal que muestra el camino evolutivo de la Propiedad, que gradualmente va disolviendo sus clásicos formalismos positivistas para especializarse y de esta manera, abandonar el lecho unívoco para convertirse en un sistema de derechos de dominio, que denominamos metapropiedad.

### **3.5.2. Limitaciones exclusivas al ejercicio de la propiedad sobre Patrimonio Cultural.**

Dentro de las limitaciones específicas de la propiedad sobre Patrimonio Cultural, Carrancho Herrero<sup>623</sup>, separa las obligaciones en:

**3.5.2.1. Deber De Conservación Y Custodia**, este deber es el principal y funciona como piedra angular de toda la legislación referida al Patrimonio Cultural tanto material como inmaterial. La diferencia más grande entre la propiedad sobre Patrimonio Cultural y propiedad inmobiliaria, es que el deber de protección no recae exclusivamente en el propietario, sino que se comparte en desigual medida con el Estado. Resaltamos que la obligación de protección del patrimonio Cultural es desigual, porque no recae

---

<sup>623</sup> CARRANCHO HERRERO, Teresa. *La protección de los bienes muebles en el patrimonio Cultural de Castilla y León*. En CABANILLAS, Antonio (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Díez-Picazo Tomo III*. Thomson, Madrid, 2003. pp. 3655.

principalmente en el propietario, por el contrario, recae en el Estado, en este caso el propietario solamente está obligado a no destruir el bien. Esta limitación del derecho de propiedad, configura un desfiguramiento del derecho de propiedad liberal y burgués, principalmente porque bloquea el elemento de libertad entendida como un poder-deber, en el sentido que recorta la libertad del propietario de destruir su bien o enajenarlo libremente, sin cumplir con requisitos diseñados *ad hoc* (*ius abutendi*), o inclusive a reformarlo sin la participación y autorización del Estado representado por la autoridad administrativa designada. Igualmente, libera al propietario, hasta cierto punto y de acuerdo a la importancia del bien, del gravamen -desde el punto de vista económico y técnico- que representa proteger sus bienes, hecho que también representa una fuerte contradicción con el carácter individualista que inspira todo el derecho de propiedad.

**3.5.2.2. El Derecho De Acceso Al Patrimonio Cultural**, “se refiere a facilitar el acceso de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, por una parte a la Administración competente y por otra, a los investigadores<sup>624</sup>”, podríamos extender este límite, también al hecho que el Estado promueva que el bien integrante del Patrimonio Cultural permanezca como integrante del bagaje cultural colectivo para fomentar la cohesión social. Es decir, que el Estado promueva la difusión del bien entre la colectividad, mediante políticas impositivas o de otra índole. En materia de derecho civil, podemos señalar el artículo 1001º del Código Civil peruano que establece que “El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.

El usufructo de bienes inmuebles del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas, podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años”.

**3.5.2.3. Derecho De Adquisición Preferente**, esta es una de las características más importantes del ejercicio del derecho de propiedad donde

---

<sup>624</sup> CARRANCHO HERRERO. *La protección de los bienes muebles en el patrimonio Cultural de Castilla y León. Op. Cit.* pp. 3656.

el Estado actúa como adquirente preferente de los bienes Patrimonio Cultural por la vía del retracto y del tanteo. De hecho, una variación de estos derechos es uno de los principales motivos por los cuales se tacha la solicitud de anticipo de legítima correspondiente a inmuebles integrantes del Parque arqueológico de Machupicchu, que vimos en líneas anteriores, al ser el Estado peruano titular de tanteo y de retracto, ambas instituciones, provienen del derecho civil y suelen darse entre arrendador y arrendatario o entre copropietarios, resultando un caso bastante *sui generis* la presencia del Estado. Además, la participación del Estado, resulta aún más inusual en este caso, porque establece la obligación de informar a la Administración en caso de tratarse de traslaciones de la titularidad del bien a título gratuito, bajo sanción de nulidad del acto jurídico.

**3.5.2.4. Libro Registro De Actividades Comerciales**, Carrancho, se refiere a un “registro que afecta a todas aquellas personas y entidades que se dediquen habitualmente al comercio de bienes entre los que se encuentren muebles integrantes del Patrimonio Cultural<sup>625</sup>”, no nos referiremos más ampliamente a esto por estar nuestra investigación fijada principalmente en el Patrimonio Cultural inmueble.

**3.5.2.5. Facultad De Disposición De Los Bienes Culturales**, está orientada a afianzar el derecho de disposición de los inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural, refiere a la obligación de realizar catastros adecuados de las zonas del Patrimonio cultural, para poder monitorear, su propiedad, uso, deterioro, actividad social, comercial entre otros, este catastro servirá como referente para que la Administración pueda adoptar las políticas necesarias de conservación en la intensidad y orientación adecuadas. Igualmente, la ley peruana, de una manera tangencial, impone a los propietarios, la obligación de inscribir en los Registros Públicos, o por lo menos de inmatricularlos, el bien. Dicha obligación nace de la Ley Regularización De Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, que establece la obligación de anotar en los Registros Públicos la calidad de Patrimonio

---

<sup>625</sup> CARRANCHO HERRERO. *La protección de los bienes muebles en el patrimonio Cultural de Castilla y León. Op. Cit.* pp. 3659.



Cultural de los inmuebles así declarados, con lo cual, está obligando al propietario a inscribirlos porque no se puede anotar una característica de un inmueble si dicho inmueble no tiene registro en el cual anotar.

### **3.5.3. Rol Del Estado En El Ejercicio De La Propiedad Sobre Patrimonio Cultural.**

Junto a estas limitaciones, resulta una característica determinante para este estatuto propietario, el rol que juega el Estado más allá de la titularidad propietaria que el bien observe. Siendo importante resaltar que desde la perspectiva del Derecho Administrativo, cuando el bien integrante del Patrimonio Cultural es de propiedad del Estado, “se les aplicarán en primer término las determinaciones de (la norma especializada) y normas de desarrollo y especiales concordantes con ella y en lo que sea compatible, como complemento las (...) que refieran a los bienes de dominio público<sup>626</sup>. La preservación del Patrimonio Cultural es una responsabilidad que recae principalmente en el Estado, con esto no se quiere decir que el Estado es el único que tiene legitimidad para actuar, sino, por el contrario, que el Estado tiene la capacidad de actuar liderando y administrando las acciones de preservación de los sitios.

“Para empezar es esencial reconocer que la planificación de la conservación (...) se encuentra con objetivos de política y administración pública. En este marco, el planeamiento de preservación no está orientado primariamente hacia la investigación arqueológica; en vez de ello enfatiza el desarrollo de estrategias y tácticas para la protección de la información y de los sitios arqueológicos. Su objetivo es obtener las máximas oportunidades para la conservación, investigación e interpretación”<sup>627</sup>.

---

<sup>626</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Derecho administrativo patrimonial Tomo II*. Bosch, Barcelona, 2005. pp. 1602.

<sup>627</sup> ATEN, Lawrence *et alri*. *Planeamiento para la preservación de sitios Arqueológicos en Arqueología de Rescate*. The preservation press, Washington D.C. 1982. pp. 275

Como podemos ver, al Estado le corresponde, por encargo de la UNESCO y por recomendación técnica, velar por la conservación material del Patrimonio Cultural independientemente de los derechos reales que pesen sobre él, hecho que resulta contradictorio desde la lógica liberal de la propiedad, porque el Estado debe hacerse cargo técnica y económicamente de una propiedad cuya *intangibilidad* debe respetar y proteger. Es decir, debe cumplir con una serie de obligaciones que normalmente le corresponden al propietario sin tener participación alguna en la titularidad propietaria del mismo, hecho que resulta una de las paradojas menores en este tema.

#### **3.5.4. Indicadores Exclusivos Del Estatuto Propietario Sobre El Patrimonio Cultural.**

La intensidad de las limitaciones a la propiedad sobre Patrimonio Cultural y su incompatibilidad con la propiedad desde la perspectiva totalizadora, muestran que la codificación propietaria, resulta insuficiente para regular este fenómeno, porque no lo ha previsto. El Código Civil peruano, divide los inmuebles en predios rústicos, urbanos y eriazos con la finalidad de reglamentar el uso y aprovechamiento de dichos previos y evidentemente, también para controlar la posibilidad de acceso a la titularidad de su propiedad. La existencia de esta taxonomía, nos permite develar dos grandes indicadores de la condición única de los inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural:

- Ya el Código Civil español a partir de su artículo 407º deja entrever una objetivación del derecho de propiedad, configurando una serie de propiedades especiales (propiedad intelectual, industrial, sobre minas, aguas de dominio público y otras) a propósito del cual Peña Bernaldo de Quirós<sup>628</sup>, señala que resulta de alguna manera arbitrario determinar estas propiedades como especiales porque “por razón del objeto, están sujetas a normas especiales<sup>629</sup>”. Desde este razonamiento, deberemos resaltar, la que probablemente sea la principal característica distintiva del Patrimonio Cultural

---

<sup>628</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Derechos reales. Derecho hipotecario, Tomo I. Op Cit* pp. 349.

<sup>629</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Derechos reales. Derecho hipotecario, Tomo I. Op Cit.* pp. 349.

que es un tipo de propiedad *sui generis* que se ejerce sobre objetos de naturaleza invaluable, superando de manera absoluta la concepción clásica de la propiedad liberal, al incluir al Estado como protagonista relevante en el ejercicio de dicho derecho.

- La imprescriptibilidad, ninguno de los inmuebles descritos en las categorías anteriores, es imprescriptible por motivos objetivos, la imprescriptibilidad en el derecho civil peruano tradicionalmente se ha impuesto por motivos diversos, como las tierras pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas, la imprescriptibilidad entre copropietarios o la reciente imprescriptibilidad de los bienes que son de propiedad privada del Estado, en todos los casos, el motivo de la imprescriptibilidad está relacionado con la protección jurídica de los intereses de los propietarios y de ninguna manera con la protección del bien. En cuanto corresponde a los bienes integrantes del patrimonio Cultural de la Nación, la imprescriptibilidad existe desde el momento en que tienen la categoría de tales, independientemente de la titularidad de su dominio, como señala el artículo VI de la ley número 28296, Los derechos de la Nación sobre los bienes declarados Patrimonio Cultural de la Nación, son imprescriptibles.

- Esta declaración es igualmente trascendente en cuanto está referida a la repartición de límites y limitaciones de la propiedad de parte de la norma con la finalidad de garantizar un aprovechamiento eficiente y una protección adecuada en caso del Patrimonio Cultural.

La propiedad sobre Patrimonio Cultural inmueble, es un tipo de propiedad que se ejerce sobre inmuebles con diverso tipo de utilización económica y nivel constructivo, donde, las limitaciones y límites de la propiedad se marcan principalmente desde la perspectiva del objeto apropiable antes que del sujeto propietario y cuyo valor económico es indefinible por mandato de la ley, calculándose este por aquél que la Administración o los titulares de su propiedad le asignen, en función del uso comercial que del mismo se pueda hacer, con arreglo a la normativa pertinente. Es decir, resulta un bien privado de interés público, cuya apropiación no resulta un régimen jurídico especial del objeto apropiable en si mismo, sino que resulta un tipo de propiedad, "*la funzione sociale della proprietà –o, meglio, di particolari tipi di proprietà-*, se si

*concreta nell'imposizione, al titolare del diritto sulla cosa, di certi doveri - i quali vengono a integrare la struttura composita dell'istituto della proprietà*<sup>630</sup>”.

Es así que los bienes integrantes del Patrimonio Cultural son automáticamente bienes de interés público por la importancia que les otorga la legislación especializada en varios niveles legislativos, “*si tratta di una categoria di beni privati, l'interesse pubblico dei quali si manifesta in un imponente complesso di misure, che ne rivela l'importanza sociale, e incide in modo decisivo sulla loro configurazione giuridica*<sup>631</sup>”, independientemente de la titularidad de su dominio propietario.

Dejando constancia, entonces, que ante la evidente multiplicidad de estatutos propietarios existentes, puede sostenerse cumplidamente que el Patrimonio Cultural configura, en sí mismo, una forma de propiedad, con estatuto propio, orientado principalmente por la especial situación objetiva que caracteriza el contenido de la relación propietaria, es decir, que configura una situación propietaria objetiva antes que subjetiva, atenuando en su caso, el profundo subjetivismo que caracteriza el derecho de propiedad privada, anteponiendo valores extrapatrimoniales y metaeconómicos, a los tradicionales valores individuales cuya hipertrofia ha desbordado y desnaturalizado el individualismo libertario primigenio de la revolución francesa, para convertirlo en un propietariosmo desbocado, totalizador y generador de desigualdades. Los múltiples problemas que el derecho de propiedad atraviesa, son mucho más profundos que la subjetivización de la propiedad, evidentemente el reconocimiento de estatutos propietarios, por sí mismo no constituye una solución, como ya lo dice Rodotà, pero marca un paso importante hacia la construcción de un derecho de propiedad con un diseño más inclusivo más allá del promotor de desigualdades que hoy conocemos. Como Grossi y tantos otros, creemos que la propiedad y el propio derecho, son expresión de

---

<sup>630</sup> La función social de la propiedad –o mejor, de los particulares tipos de propiedad-, se concreta en la imposición, al titular del derecho, de ciertos deberes que integran la estructura compuesta del instituto de la propiedad (Traducción del autor) SANDULLI, Aldo. *Spunti per lo studi dei beni private d'interesse pubblico*. En FERRI, Giuseppe (comp.) *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Tomo II*. Editrice torinese, Torino, 1960. pp. 1479.

<sup>631</sup> Se trata de una categoría de bienes privados, en los cuales el interés público se manifiesta en un imponente complejo de mixturas, que revelan su importancia social e inciden en manera decisiva en su configuración jurídica. SANDULLI, Aldo. *Spunti per lo studi dei beni private d'interesse pubblico. Op. Cit.* pp. 1486.

la ideología dominante de una época -parafraseando la conocida frase dedicada a Hegel- creemos que cada época se define por el tratamiento que da al derecho de propiedad. Quisimos contribuir con esta investigación, a que nuestra época no sea aquella en la cual la civilización gira exclusivamente en torno de la apropiación de los elementos, sino que se esfuerza por conseguir que su dominio, se traduzca en desarrollo integral de la especie, expresado en los frutos de su trabajo, cada vez más lejos del ente y más cerca del ser que Heidegger quería.

### **Conclusiones:**

- i. Uno de los objetivos que perseguimos con esta investigación es construir una postura respecto de la propiedad de Santuario de Machupicchu. La pretensión inicial, y principalmente mediática, de la familia Zavaleta, asciende a obtener una titularidad de 22500 hectáreas (es decir doscientos veinticinco millones de metros cuadrados, los cuales de acuerdo a valorización realizada tomando como referencia el valor de una hectárea similar en el Valle Sagrado de los Incas ascenderían a un valor aproximado de Doscientos diecisiete millones novecientos noventa mil y 00/100 Dólares americanos). Pero de acuerdo a Resolución del Tribunal Registral Número 239-2007, el área que esta familia puede considerar como parte de su patrimonio es de un máximo de 2293.99 hectáreas Dentro del lote conocido como fracción cuatro o Qquente. La ubicación de este territorio es discutible y determinable, inclusive hasta para los Registros Públicos, tomando en cuenta que en ningún caso estos abarcan zonas monumentales puesto que así fue contratado en el pacto de compraventa por el cual la familia Zavaleta adquiere la propiedad.
- ii. A pesar de la postura final de la familia Zavaleta, según la cual los predios materia de anticipo de legítima no forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación, el Tribunal Registral ha declarado coherentemente que los mencionados predios si poseen esta condición en atención al D.S. 036-91-AG, el cual afirma que el Santuario Histórico De Machupicchu no se limita a las ciudadelas incaicas sino que también abarca el paisaje circundante, el cual está compuesto entre otros por los predios Qquente y Santa Rita de Qquente y por lo tanto están sujetos a

todos los límites a la propiedad establecidos en la normatividad correspondiente, de acuerdo a la trascendencia de su ubicación. Uno de los argumentos esgrimidos en este caso en general, aunque sin ser parte de la rogación ante los Registros públicos, es la posible incidencia de los alcances de la Reforma Agraria en el predio materia de estudio además y la trascendencia del Decreto Supremo 036-01-AG. A lo que hay que agregar que esta no es la primera vez que se debate la propiedad de estos predios, existiendo un antecedente que inclusive llegó a instancias del Tribunal Constitucional mediante Acción Constitucional de Amparo. Antecedente que fue incoado por la señora Rosa Eudoxia Zavaleta Zavaleta, quien solicitó al Juez de tierras de Quillabamba que tramitó la expropiación de las tierras en mención, que en mérito al mencionado decreto, declare la nulidad e insubsistencia de todo lo actuado por la Reforma Agraria. Pedido que fue declarado improcedente entre otros motivos, porque los accionantes ya habían cobrado por dichos bienes, por los que incluso habían exigido un mayor valor, confirmándose dicha sentencia en la Sala Superior y finalmente habiendo sido rechazada una Demanda de Amparo ante en Tribunal Constitucional, el mismo que declara improcedente el pedido y confirma la mencionada resolución en el expediente Número 1271-2000-AA/TC.

- iii. Respecto de la familia Abrill, que ha incoado dos procesos judiciales de reivindicación, consideramos que sus pretensiones de daños y perjuicios así como la reivindicación de la zona monumental de Machupicchu (zona construida), además de contradecir el texto expreso de la norma, que señala que cuando se trata de monumentos prehispánicos, la propiedad privada abarca el predio continente mas no el monumento construido, se puede señalar cumple con todos los requisitos que figuran en el artículo 986º del Código Civil peruano, el cual versa sobre el abandono o derelicción. Por lo tanto y de acuerdo al derecho

conferido al Estado por el abandono en que se ha incurrido por parte de los iniciales propietarios sobre los bienes materia de controversia durante más de veinte años, el legítimo e inequívoco propietario del Patrimonio Monumental de Machupicchu es el Estado peruano.

- iv. El desencuentro entre Patrimonio Cultural y Propiedad es, como hemos dicho, el desencuentro entre modernidad y posmodernidad. Hemos visto que el derecho de propiedad contemporáneo, pasa por un proceso de especialización ajustada al objeto propietario, restándole ciertas intensidades en casos especiales, pero sin variar las contradicciones y antinomias expuestas en el texto, confirmando su tradición positivista, racionalista y moderna. Ahora bien, el Patrimonio Cultural, existe desde que existe la cultura, siendo su forma moderna, el Patrimonio Histórico con orientación principalmente monumentalista y que en la posmodernidad pasa a ser una forma del multiculturalismo.
- v. Es innegable, que el derecho de propiedad, se encuentra en un momento de crisis y evidente que ante la crisis debe adecuarse o desaparecer como institución jurídica rebasada por el economicismo y el pragmatismo mercantil. El instituto jurídico propietario civil, como resultado de muchos siglos de evolución cultural (que evidentemente representan muchas marchas y contramarchas) representa la mejor alternativa, frente a la asignación de la riqueza en sociedad, si se compara con la anglosajona *property* que como bien señala Gambaro, llama propiedad a cualquier conjunto de utilidades cuya única relevancia es el disfrute exclusivo y que no tiene interés alguno en la justicia o la igualdad, sacrificándolas en honor a una libertad que más de un jurista de la Revolución Francesa llamaría libertinaje.
- vi. El derecho de propiedad, como institución jurídica clave en Occidente, ha ido moldeándose desde Roma, hasta consagrarse



en la Revolución Francesa, inspirando la creación de Estados clasistas y fortaleciendo a la burguesía. Tiene graves retos que afrontar en la actualidad. La especialización objetiva constituye un gran avance que seguramente alumbrará a las muchas crisis del futuro, que señala que la propiedad continental, es un derecho diseñado para legislar sobre la mayoría de sujetos propietarios pero que resulta deficiente para legislar sobre la gran mayoría de objetos apropiables, hecho que plantea a su vez, el dilema entre propiedad y riqueza, en el sentido que, todo el dinero puede convertirse en propiedad, pero no es seguro que toda la propiedad (incluyendo evidentemente propiedad financiera) pueda convertirse en dinero (en tanto riqueza perceptible). El derecho de propiedad continental, contemporáneamente, está comprendido sobre bienes financieros antes que económicos, hecho que recorta la necesidad de utilizar los derechos de uso y de goce clásicamente comprendidos como contenido de este derecho, reformándolo y permeabilizándolo frente a una concepción mercantilista de la propiedad, que, lejos de promover una ciudadanía entre individuos iguales en derechos y posibilidades, refuerza las principales críticas hechas al capitalismo, tanto por Marx cuando señala que es creador de desigualdad y miseria, cuanto por Heidegger que advierte que el tecnocapitalismo está destruyendo la tierra. La encrucijada del derecho de propiedad continental, se encuentra entre reformarse conforme a sus pilares fundacionales. Procurando equidad y justicia entre ciudadanos o disolverse lentamente en un sistema de apropiamiento que niega la ciudadanía y la humanidad misma.

- vii. El Patrimonio Cultural, es una categoría inconmensurable en términos patrimoniales de mercado. En esta condición radica el motivo por el cual se encuentra alejado de la propiedad en el sentido economicista. Sin embargo, eso no significa que el Patrimonio Cultural no tenga trascendencia en el mercado, hecho

que se puede explicar perfectamente desde la teoría del capital simbólico de Bordieu. De donde se entiende que el Patrimonio Cultural, participa del enriquecimiento de un colectivo o un individuo, otorgado prestigio a su propietario, que puede ser intercambiable en capital económico.

- viii. Dentro de la especialización del derecho de propiedad, aquella que se puede ostentar sobre los bienes de interés cultural, puede encontrar sus antecedentes en la institución medieval que los franceses llamaron *saisine*. Esta institución, como bien apunta Lassalle, configuraba un especial tipo de propiedad-disfrute, orientado a la utilidad de la cosa antes que a la propiedad-pertenencia, que estaba centrada en la titularidad sobre el bien corpóreo. En la propiedad sobre Patrimonio Cultural, el titular del derecho, tiene libertad de disfrutar de la cosa y de los réditos económicos que ésta pueda plantear, sin embargo su señorío sobre la cosa corpórea (cuando hablamos de bienes materiales) resulta limitado y hasta anulado.
- ix. La adecuación legislativa de un estatuto especial sobre los bienes integrantes del Patrimonio Cultural ayudaría a resolver las contradicciones legislativas entre Patrimonio Cultural y el derecho de Propiedad moderno y ortodoxo. Sin embargo, la lógica de la propiedad a las propiedades, que más allá de ser una teoría, resulta una realidad legislativa muchas veces encubierta, no resulta una solución cabal a los problemas fundamentales que presenta el derecho de propiedad. Coincidimos con Rodotà cuando dice que, dichos estatutos continúan haciendo referencia a un concepto unívoco de propiedad y por lo tanto reproduciendo sus falencias e incoherencias.
- x. El derecho de propiedad, resulta probablemente el principal reflejo de la construcción ideológica de una sociedad. En el breve repaso que hicimos de la propiedad en el Perú, podemos ver que, la propiedad ha pasado desde el concepto prehispánico de acceso a la propiedad como consecuencia natural de la

pertenencia a una *gens*, pasando por aquella que se ordenaba en función del derecho de conquista y la aquiescencia del Rey y del Papa, hasta la profunda influencia del *Code*, en el Perú republicano, sin mencionar las filtraciones del derecho anglosajón en la legislación propietaria peruana, que se han venido integrando en los últimos años a este sistema jurídico.

- xi. La evolución del derecho de propiedad a lo largo de la historia, ha modelado la propiedad sobre el Patrimonio Cultural como un estatuto propietario *sui generis*, a partir de una mirada de abajo hacia arriba, como señalaría Finzi y tan magistralmente analizara Grossi. El Patrimonio Cultural inmueble se constituye en un especial objeto de propiedad, principalmente, si nos fijamos en que por normativa internacionalmente aceptada, es invaluable económicamente, pero al mismo tiempo es posible de formar parte de patrimonio tanto público como privado. La propiedad privada sobre el mismo está rodeada y constreñida por una serie de limitaciones, desde la prohibición de variación de su forma estructural, pasando por la exigencia compartida con el Estado de conservar y custodiar el bien, hasta las restricciones de su utilización económica, por motivos subjetivos y extrapatrimoniales, que precisamente constituyen, al mismo tiempo, la base de su valoración económica. Observamos que la principal característica del estatuto propietario sobre Patrimonio Cultural es la que fija derechos de titularidad privados sobre bienes considerados universalmente invaluable, Este hecho aleja la propiedad sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural de una manera radical de la propiedad civil liberal, considerando que esta se encuentra orientada básicamente a regular hechos jurídicos relevantes que involucren al sujeto moderno y liberal con el objeto *cuasi* intrascendente que componían esta relación a finales del siglo XIX, configurando un estatuto propietario que regula la propiedad económica sobre un bien no económico, cuyo valor radica más allá de las

asignaciones del mercado y cuya integridad el Estado está comprometido a proteger, inclusive prescindiendo de la voluntad del propietario. El Patrimonio Cultural, configura un tipo de bien que es producto de años de evolución de la cultura jurídica y que sería impensable sin la posmodernidad, determinando un tipo de propiedad que consolida el camino de la especialización propietaria, iniciada más de un siglo atrás en las codificaciones civiles. La propiedad sobre el Patrimonio Cultural, abandonando el conservadurismo propietario liberal, se encamina hacia una visión eventualmente más objetiva y eficiente de la institución, hacia la metapropiedad.

- xii. El concepto Patrimonio Cultural, resulta accidentado a lo largo de la historia, además de complejo y fundamentalmente ambivalente. La lógica inicial, ha tenido una valoración doble, ornato de las ciudades y reivindicación fundacional de las naciones, que orientaban a las legislaciones a proteger los monumentos visibles más importantes de su pasado, pasando por un largo proceso de evolución/involución que lo condujo a ser un imperativo desnacionalizador/universalizador, replicando el descubrimiento de la diversidad en la periferia por el centro de la civilización occidental y contribuyendo a soslayar el debate respecto de la gran diferencia entre habitantes del mundo, aquella que existe entre los ricos y los pobres, al mismo tiempo de constituir una reivindicación de los logros del trabajo humano en la historia. Lacan, decía que la palabra es un medio para ser reconocido y al mismo tiempo, tiene una función creadora que hace surgir al propio concepto y que no hay palabra sin respuesta, de esta manera, somos testigos de la variación del concepto Patrimonio Cultural, atribuyéndole al mismo *nomen*, diversos contenidos de acuerdo al momento histórico y a los intereses del poder, contenidos que van, desde lo nacional a lo internacional y de la exaltación de lo regional a lo universal. Es decir, a partir de una misma nomenclatura, la verdad del poder

ha propiciado variaciones profundas a la ontología y a la estética del Patrimonio Cultural, proyectando una trascendencia valórica planetaria que no existe y que ahora se modela, despojándolo de trascendencia suprapatrimonial para incluirlo a la lógica de mercado.

## Bibliografía

i.

- ABAD LICERAS, José. *La protección del patrimonio inmobiliario histórico en el Ordenamiento jurídico vasco*. IVAP, Bilbao, 2002.
- AGUILAR-ALVAREZ (coord.). *Postmodernidad: preguntas, debates y perspectivas*. Abya Yala, Quito, 1998.
- ALIBRANDI, Tommaso *et altri*. *I beni culturali e ambientali*. Giuffrè ed. Milano, 1985.
- ALIBRANDI, Tommaso *et altri*. *Il diritto dei beni culturali*. Carocci ed. Roma, 2000.
- ALIBRANDI, TOMMASO y otro. *Il diritto dei beni culturali*. Carocci editore, Roma, 2000.
- ALONSO, Maria. *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*. Civitas, Madrid. 1992.
- ALONSO IBAÑEZ, Maria. *Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2005.

- ALPA, Guido et altri. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. Edizioni Cedam, Padova. 1980.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José. *Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España*. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992.
- ANGUITA VILLANUEVA, Luis. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Dykinson, Madrid, 2005.
- ANDERSON, Perry. *Los orígenes de la posmodernidad*. Anagrama, Madrid, 2000.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995.
- ARATA SOLÍS, Moisés. *Los procesos de habilitación en el Nuevo reglamento de inscripciones del registro de predios*. En *Fuero Registral Año III Nro. 04*. SUNARP, Lima, 2004.
- ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Paidós, Buenos Aires, 2009.
- ARISTA ZERGA, Adriana. *Confusiones, olvidos y aportes de la nueva ley general del patrimonio cultural de la Nación*. En *Actualidad jurídica*, Tomo 129, Agosto 2004. Gaceta jurídica, Lima, 2004.
- ARISTA ZERGA, Adriana. *Apuntes sobre la tutela jurídica del Patrimonio Cultural en el Perú*. En *Patrimonio Cultural y Derecho* nro. 15. Hispania nostra, Madrid, 2011.
- ARIAS SCHEREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.
- ATEN, Lawrence et altri. *Planeamiento para la preservación de sitios Arqueológicos en Arqueología de Rescate*. The preservation press-OEA, Washington D.C. 1982.
- ATIENZA CASTILLO, Manuel et altri. *Ilícitos atípicos*. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

- ÁVALOS DE MATOS Rosalía *et alri*. *Las antigüedades peruanas y su protección legal*. En Revista del Museo Nacional tomo XL. INC, Lima, 1974.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*. Thomson Civitas, Madrid, 1990.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Historia del derecho Indiano. Del descubrimiento indiano a la codificación*. Il cigno Galileo Galilei, Roma, 2000.
- BAUDRILLARD, Jean. *La ilusión del fin. La huelga de los acontecimientos*. Barcelona, Anagrama, 1995.
- BAUDRILLARD, Jean. *Cultura y simulacro*. Barcelona, Kairós. 1998.
- BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, Paidós, 1998.
- BERGER, Peter *et alri*. *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido*. La orientación del hombre moderno. Barcelona, Paidós. 1997
- BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. U.A.C.M. México, 2008.
- BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. La experiencia de la modernidad. Siglo XXI, Buenos Aires, 1989.
- BETHELL, Leslie *et alri*. *Historia de América Latina, Tomo 2: América Latina colonial: Europa y América en los siglos XIV, XVII y XVIII*. Editorial Crítica, Barcelona, 1990.
- BEYLOT, Pierre *et alri* (dir.). *Fictions patrimoniales sur grand et petit écran. Contours et enjeux d'un genre intermédiaire*. Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2009.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *El derecho indiano después de la independencia en América española: legislación y doctrina jurídica*. En Historia vol. 19. U.C. Santiago de Chile, 1984.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Diez-Picazo Tomo III*. Thomson, Madrid, 2003.
- CARANDINI, Andrea, *Arqueología y cultura material*. Editorial Mitre, Barcelona, 1984.



- CARRANCHO HERRERO, María. *La circulación de bienes culturales muebles*. Dykinson, Madrid, 2001.
- CARRANCHO HERRERO, Teresa. *La protección de los bienes muebles en el patrimonio Cultural de Castilla y León*. En CABANILLAS, Antonio (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Diez-Picazo Tomo III*. Thomson, Madrid, 2003.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Comentarios al contrato de compra venta*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- CENDON, Paolo (edit.). *Scritti in onore di Rodolfo Sacco Tomo primo A*. Giuffrè, Milano, 1994.
- CHÁVEZ BALLÓN, Manuel y otros. *Delimitación del área intangible de Machu Picchu*. En *Visión Cultural*, Número 4. INC, Cusco, 2008.
- COLINA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la constitución española de 1978*. Barcelona, Bosch, 1997.
- COLOMA PORCARI, Cesar. *Los monumentos históricos del Perú y las normas que los declaran*. Lima: Instituto Latinoamericano de Cultura y Desarrollo, 1999.
- CONTRERAS, Carlos (edit.). *Compendio de historia económica del Perú, Tomo I: Economía Prehispánica*. BCRP-IEP, Lima, 2010.
- CONTRERAS, Carlos (edit.). *Economía del Período Colonial, Tomo II*. IEP-BCRP, Lima, 2009.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Número XXXI, 2008.
- COSTANTINO, Michele. *Contributo alla teoria della proprietà*. Ed. Jovene Napoli, Napoli, 1967.
- CRIADO BOADO, Felipe. *Discurso de presentación del laboratorio de Arqueología de Paisaje del IEGPS*. Inédito, Galicia, Diciembre 2005.
- CRIADO BOADO, Felipe et altri. *Las humanidades en la actualidad, el patrimonio como ejemplo*, En *La Investigación sobre Patrimonio*

- Cultural, Instituto de Recursos Naturales y Agro biología de Sevilla, Sevilla, 2008.
- CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho indiano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
  - CUADROS VILLENA, Carlos. *Derechos Reales*. Editorial Cuzco, Lima, 1995.
  - CUADROS VILLENA, Carlos. "Bienes del Patrimonio Cultural de la nación Ley Nro. 24047." En *Revista del foro*, Año XXIV, Nro 2. CAL, Lima, 1987.
  - DEBORD, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Editorial Pre-textos, Valencia, 1999.
  - DECOSTER, Jean-Jaques. *Tenencia de la tierra en Apurímac durante la colonia: Políticas de control del espacio y acceso a recursos en Proceso de composición y titulación de tierras en Apurímac – Perú Siglos XVI – XX*, Tomo I. Commission for development Studies at the austrian Academy of sciences (KEF), Cusco, 2007.
  - DELGADO DE MIGUEL, Juan. *Instituciones de derecho privado. Tomo II. Derechos Reales*. Thomson - Civitas, Madrid, 2002.
  - DERRIDÀ, Jacques. *Espectros de Marx: el Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional*. Trotta, Madrid, 1998.
  - DESCOLA, Philippe. *Más allá de la naturaleza y la cultura*. Amorrortu, Madrid, 2011.
  - DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las relaciones jurídico reales del registro de la propiedad, la posesión*. Thompson-Civitas, Navarra, 2007.
  - DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI, Derechos Reales*. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012.
  - DIOS, Salustiano de et altri (coords.). *Historia de la propiedad, España siglos XV-XX*. Servicio de Estudios del colegio de Registradores, Madrid, 1999.

- DIOS Salustiano de *et altri* (coords.). *Historia de la Propiedad, Patrimonio Cultural*. Servicio de Estudios del colegio de Registradores, Madrid, 2003.
- ELORRIETA, Fernando *et altri*. *Cusco y el valle sagrado de los Incas*. Ed. Ausonia, Lima, 2006.
- FERRARA, Francesco. *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*. En Revista de derecho privado, Madrid, 1950.
- FERRI, Giuseppe (comp.) *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Tomo II*. Editrice torinese, Torino, 1960.
- FINLEY, Moses *et altri*. *La proprietà a Roma, Guida storica e critica*. Ed. Laterza, Bari, 1980.
- FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*, Ed. Gallimard, París, 1966.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita. *La formación romana del derecho de propiedad. Dominium, proprietas y causa possessionis*. Dykinson, Madrid, 2004.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *La Cité Antique*. Hachette, Paris, 1900.
- GALLEGOS, Homar (dir.) *et altri*. *Informe anual, sector B. Proyecto de investigación arqueológica del Conjunto Arqueológico de Torontoy, Tomo I*. Inédito DRC-C, Cusco, 2008-2009.
- GARCÍA, José Uriel. *Machu – Picchu, un centro incaico de trabajo femenino*. En *Visión Cultural*, Número 4. INC, Cusco, 2008.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (comp.). Prólogo, *Legislación sobre Patrimonio Histórico*. Tecnos, Madrid, 1987.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. *Estudios sobre el derecho del Patrimonio Histórico*. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2008.
- GARCÍA - GALLO, Alonso. *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.

- GINOSSAR, S. *Droit réel propriété et créanse*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.
- GLUCKMAN, Max. *Essays on Lozi Land and Royal Property*. En *Rhodes-Livingston Papers Nro 10*. Rhodes-Livingston Institute, Northern Rhodesia (hoy Zambia), 1943.
- GONZALES, Gunther. *Tratado De Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista editores, 1998.
- GONZALES, Gunther. *Curso de derechos reales*. Jurista editores, Lima, 2003.
- GONZALES, Gunther. *Derechos Reales*, Jurista editores, Lima, 2005.
- GONZÁLES-VARAS, Ignacio. *Conservación de bienes culturales*. Manuales Arte Cátedra, Madrid, 2000.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Propiedad y Derechos Humanos: Superación del modelo Liberal y codificado de Propiedad*. Jurista Editores, Lima, 2011.
- GONZALEZ BARRÓN, Gunther. *Código Civil y reforma*. Jurista Editores, Lima, 2011.
- GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de Propiedad*. Ariel Derecho, Barcelona, 1986.
- GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Thomson - Civitas, Madrid, 1992.
- GROSSI, Paolo. *Un altro modo di possedere*. Giuffrè, Milano, 1977.
- GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè, Milano, 2001.
- GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno* En *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile, anno LXCI, Fasc. 4*. Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- GROSSI, Paolo. *La proprietà e le proprietà, oggi*. En COLLURA, Giorgio (coord.). *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, atti del Xº incontro Nazionale, Firenze, 25-26 gennaio 2008*. Giuffrè, Milano, 2009.

- GUERRA CHIRINOS, Diana *et alri*. *Casos de gestión cultural en el Perú*. Instituto Nacional de Cultura, Lima, 2006.
- GUEVARA, Victor (coord.) *et alri*. *Instituciones del Derecho Civil Peruano*. UNIFE, Lima, 1996.
- GUTIÉRREZ, Walter (edit.). *Código Civil Comentado Tomo V*. Gaceta Jurídica, Lima 2011.
- GUTIÉRREZ, Walter (dir.). *La Constitución comentada artículo por artículo*. Gaceta jurídica, Lima, 2006.
- HABERLE, Peter. *Protección constitucional y universal de los bienes culturales*. En *Revista española de derecho constitucional*, Nro. 54, año 18, septiembre – diciembre. CEPC, Madrid, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *El pensamiento postmetafísico*, Editorial Taurus, Madrid, 1990.
- HEIDEGGER, Martin. *Caminos del Bosque*. Alianza, Madrid, 1996.
- HEGEL, Georg. *Fenomenología del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1966.
- HIRSCH, Fred. *Social Limits to Growth*. London & Henley, Londres, 1977.
- HUNTINGTON, Samuel. *El choque de civilizaciones*. Paidós, Buenos Aires, 2001.
- ICOMOS (ed.). *La representatividad en la lista del Patrimonio Mundial, Santiago de Querétaro, México Diciembre 12 – 16, 2003*. Conaculta, México D.F. 2003.
- ICOMOS (ed.). *Strategies for the world's cultural heritage*. ICOMOS, Madrid, 2002.
- IGLESIAS SANTOS, Juan. *Derecho Romano*. Sello Editorial, Barcelona, 2010.
- INGE, Karl *et alri*. *Bienes públicos mundiales*. 1º Edición, México DF: Oxford University press, 2001.
- INNERARITY, Daniel. *Dialéctica de la Modernidad y la posmodernidad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1990.

- INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA. *¿Qué es Patrimonio Cultural?*. CEI-INC, Lima, 2008.
- INTERDONATO, Francisco. *Relaciones de la iglesia y el Estado en la nueva Constitución Política del Perú*. En *Derecho PUCP*. Nro 35. PUCP, Lima, 1981.
- ITALIA, Salvatore. *La tutela dei beni culturali nell'ambito internazionale*. Del Bianco ed. Udine, 1988.
- JAMESON, Fredric. *Teoría de la posmodernidad*. Madrid: Trotta, 1996.
- JIMENEZ, Roberto. *Compendio de legislación de propiedad estatal*. 1º Edición, Lima: Arial editores, 2000.
- JIMENEZ, Roberto. *Régimen de la propiedad estatal en nuestro sistema jurídico nacional*. En *Themis*, Nro. 39. PUCP, Lima, 2000.
- KELSEN, Hans. *Introducción a la teoría pura del derecho*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM – APDC, Lima, 2001.
- KOJEVE, Alexandre. *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*. La Pléyade, Buenos Aires, 1982.
- LANDA ARROYO, Cesar. *Implementación de las decisiones del Sistema Americano de Derechos Humanos en el Ordenamiento Constitucional peruano*. En *Plaza Iuris*, Nro. 1, otoño 2008. Plaza Iuris ed. Lima, 2008.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. *Curso de derecho civil III*. Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- LASALLE RUIZ, José María. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Dykinson, Madrid, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles. *El imperio de lo efímero*. Anagrama, Madrid, 1990.
- LOWY, Michael. *Aviso De Incendio: Una lectura de las Tesis sobre el concepto de la historia*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. 2002.
- LUMBRERAS SALCEDO, Luis et altri. *Machupicchu: Historia sacralidad e identidad*. Ed. INC-Cusco, Cusco, 2005.

- LYOTARD, Jean-François. *La Condición Postmoderna*. Ediciones Cátedra, Madrid, 1987.
- LYOTARD, Jean-François. *La posmodernidad (explicada a los niños)*. Barcelona, Gedisa. 1994.
- MAGÁN PERALES, José. *La circulación ilícita de Bienes Culturales*. Lex Nova, 2001.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los Derechos Reales*. Studium, Lima, 1984.
- MARILUZ URQUIJO, José. *El régimen de la tierra en el derecho indiano*. Perrot, Buenos Aires, 1978.
- MARGADANT, Guillermo Floris. *La iglesia ante el derecho mexicano, Esbozo histórico-jurídico*. Miguel Angel Porrúa, México D.F. 1991.
- MARIÁTEGUI, José. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2007.
- MARTIN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la constitución española. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II*. Madrid, Thomson - Civitas, 1991.
- MARTÍNEZ JUSTICIA, María et altri. *La restauración de bienes culturales en los textos normativos*. Comares, Granada, 2009.
- MARTORELL CARREÑO, Alberto. *Machu Picchu: Patrimonio cultural en peligro*. Editorial Malze, Lima, 2000.
- MARTORELL CARREÑO, Alberto. *Patrimonio Cultural*. Fondo de Cultura Económica, Lima, 1998.
- MARTORELL CARREÑO, Alberto. *Patrimonio Cultural: Protegiendo las raíces de nuestra historia*. Biblioteca Nacional, Lima, 1994.
- MARX, Karl. *El Capital, Tomo I*. Editorial Progreso, Moscú, 1989.
- MATSUURA, Koichiro. Prólogo en *Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural*. UNESCO, Paris, 2002.
- MATOS MENDIETA, Ramiro (Ed.). *III Congreso Peruano El hombre y la cultura andina*. Editorial Lasontay, Lima, 1978.
- MAUER, Manuel. *Foucault y Kojève, Posthistoria e hiperhistoricidad*. En Revista Latinoamericana de Filosofía, Vol. XXXVI No 2, Primavera

2010.

- MAYOR, Federico. *Los límites del crecimiento*. En *Temas para el debate* nro. 181. Fundación Sistema, Madrid, 1999.
- MAZZARELLA, Ferdinando. *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*. En *Materiali per una storia della cultura giuridica Anno XXXVI, Nro. 1, giugno*. Il mulino, Bologna, 2004.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La publicidad registral*. Ed. Palestra, Lima, 2004.
- MONTES, Vicente. *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*. Thomson - Civitas, Madrid, 1980.
- MORENO, Francisco et altri. *Congreso científico internacional americano*. En *Anales de la sociedad científica argentina, Tomo LXX*. Casa editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1910.
- MURRA, John. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. IEP/PUCP Ed., Lima, 2002.
- MURRA, John. *Derechos a las tierras en el Tawantinsuyu*. En *Revista de la Universidad Complutense*. Vol. 28 No. 117. UCM, Madrid, 1979.
- NERUDA, Pablo. *Alturas de Macchu Picchu*, Ediciones de Librería Neira, Santiago, 1948.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de derecho civil Tomo III, derechos reales e hipotecarios*. CERASA, Madrid, 2012.
- OCAMPO GAVIRIA, José (comp.). *Historia Económica de Colombia*. Siglo veintiuno editores, Bogotá, 1988.
- OLAZABAL, Yeni. *Proyecto de investigación arqueológica Wayna'gente*. Inédito *Proyecto de investigación*. DRCC, Cusco, 2009.
- ORERO GARCÍA, Jesús. *La Conservación De Los Inmuebles Históricos a través de Técnicas Urbanísticas y Rehabilitadoras*. Aranzadi, Navarra, 2000.



- ORESTANO, Riccardo. *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Jus*, Milano. 1960.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Arqueología de Rescate. Fondo Nacional para la preservación histórica*. The preservation press, Washington D.C. 1982.
- ORTIZ DE ZEVALLOS, Amalia *et altri*. *Estudio para la modernización progresiva de los registros públicos – informe final*. Inédito, Lima, Convenio USAID – Gobierno Peruano. 1994.
- ORTIZ PASCO, Jorge. *Apuntes de derecho registral*. Dante Antonioli Delucchi editor, Lima, 2005.
- OTS CAPDEQUI, José Maria. *El Estado español en las indias*. Fondo de cultura económica, México D.F., 1986.
- PAU PEDRÓN, Antonio. *Cuatro ensayos sobre el Patrimonio Cultural español*. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2005.
- PEASE GARCÍA YRIYGOYEN, Franklin. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación en Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio*. Shozo Matsuda ed., Tokio, 1986.
- PENAGOS, Gustavo. *Los bienes de uso público*. 1º Edición, Santa Fe de Bogotá: Ediciones doctrina y Ley, 1998.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal – parte especial*. Tomo II. Ediciones jurídicas, Lima, 1993.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos reales. Derecho hipotecario, Tomo I*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- PRIORI, Giovanni (ed.). *Estudios sobre la propiedad*. PUCP, Lima, 2013.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Giuffrè, Milano, 1954.
- QUEROL FERNÁNDEZ, María *et altri*, 1996. *El Patrimonio Arqueológico en la normativa internacional*. En *Complutum Extra* nro. 6 (II). UCM, Madrid, 1996.

- RAMÍREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de derechos reales*. Editorial Rodhas, Lima, 2007.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX*. Tomo I. PUCP, Lima, 2003.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. Tomo VI. El código de 1936. Vol. 2. La génesis y las Fuentes*. PUCP, Lima, 2009.
- RECHARTE, Álvaro. *La gestión del Patrimonio Turístico, cultural y natural de la nación* En *Revista Educa y turismo*, Número 11. ET ed. Arequipa, 2007.
- REDONDO LAGÜERA, José-Pablo (dir.). *El Patrimonio Cultural español, aspectos jurídicos – Curso monográfico*. Ayuntamiento del Burgo de Osma, Guarnizo, 1994.
- RIGAUD, Louis. *El derecho real. Historia y Teorías. Su origen institucional*. Ed. Reus, Madrid, 1928.
- RIVERA BUSTAMANTE, Raúl *et altri*. *Temas de derecho registral*. Gráfica horizonte, Lima, 1999.
- ROCA ROCA, Eduardo. *El patrimonio artístico y cultural*. IEAL, Madrid, 1976.
- ROCA SASTRE, Ramón *et altri*. *Derecho hipotecario*. Bosch, Barcelona, 1999.
- ROCA SASTRE, Ramón *et altri*. *Estudios de Derecho Privado, Volumen II, Sucesiones*. Aranzadi, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ BERNAL, Pedro. *Derecho administrativo patrimonial*. Bosch, Barcelona, 2005.
- RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata*. Il mulino, Bologna, 1990.
- ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, Maria. *Incas*. En COMERCIO EI (Ed.) *Enciclopedia temática del Perú*. Ed. El Comercio, Lima, 2006.

- ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, María. *Ensayos de historia andina*. IEP Ediciones, Lima, 1993.
- SAINT-PULGENT, Maryvonne De. *Le patrimoine au risque de l'instant*. En *les cahiers de médiologie*, 2001-1, nro. 11. Gallimard, Paris, 2001.
- SAMANEZ ARGUMEDO, Roberto. La conservación del patrimonio monumental a través de la historia. En *Revista del museo e instituto de arqueología*, Nro. 23, Octubre. UNSAAC, Cusco, 1984.
- SANABRIA ACEVEDO, Alberto (Comp.). *Ley General de Cultura*. Ministerio de Cultura de Colombia, Santa fe de Bogotá, 2000.
- SAR SARA VIA, Omar. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional*. Ed. Nomos & Thesis, Lima, 2005.
- SARMIENTO DE GAMBOA, Pedro. *Historia de los Incas (Segunda parte de la Historia General Llamada Indica)* Tomo 135. Ed. Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1965.
- SCAPINI, Nevio. *I limiti legali della proprietà. Nell'evoluzione storica del diritto romano*. Casanova Editore, Parma, 1998.
- SHADY SOLIS, Ruth. *La presunción y las leyes que destruyen el Patrimonio Arqueológico de la Nación*. En *Boletín del Museo de Arqueología y Antropología*, Año 2 Nro. 5. UNMSM, Lima, 1999.
- SCHIAVONE, Aldo et altri. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.
- SCHNEIDER, Marina. *Qu'e offer la Convention d'UNIDROIT DE 1995?. En GEMNETTI, Francesca (Coord.). La Convention UNESCO de 1970 et sa mise en application: Etat des lieux et perspectives*. Dike Verlag AG., Zürich, 2011.
- SOCÍAS CAMACHO, Joana. *Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección*. En *Revista de Administración Pública de la Universidad Carlos III*. Nro. 267. UCIII, Madrid, 2002.

- SORI, Ercole *et altri*. *Capitale simbolico e beni artistici in Italia (XI-XX secolo)*, quaderni monografici di proposte e ricerche, nro. 37. Crace, Trento, 2012.
- SORIA ALARCÓN, Manuel. *Comentarios a la legislación registral*. Palestra ed., Lima, 2001.
- TANTALEÁN ARBULÚ, Javier. *La corrupción en la colonia. Pizarro el primer corrupto del Perú*. En *Perspectivas Latinoamericanas*. Universidad de Nagoya, Número 2. Universidad de Nagoya, Nagoya, 2004.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La conservación moderna del Patrimonio Cultural de la Nación*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000.
- UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA (Coord.). *Patrimonio Histórico y desarrollo territorial*. UNIA, Sevilla, 2009.
- TOURAINE, Alan. *Crítica de la modernidad*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1994.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. CEDAM, Padova, 1992.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Diálogo con la jurisprudencia, Lima, 2006.
- TUHR, Andreas von. *Derecho Civil. Vol. 1. Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- TULLY, James. *Locke droit naturel et propriété*. Léviathan, Paris, 1992.
- UNESCO. *Convenciones y recomendaciones de la UNESCO sobre la protección del Patrimonio Cultural*. Ed. Gráfica Pacific Press, Lima, 1986.
- UNESCO. *Operational guidelines for the implementation of the World Heritage Convention*. UNESCO-WHC, Paris, 2005.
- VALCARCEL VIZCARRA, Luis. *Machu Picchu*. Fondo de Cultura Económica, Lima, 1964.

- VALCÁRCEL VIZCARRA, Luis. *Memorias*. 2<sup>o</sup> Edición, Lima: IEP, 1981.
- VASALLI, Filippo. *Per una definizione legislative del diritto di proprietà: La concezione facista della proprietà private*. Giuffrè, Milano, 1960.
- VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. *Derechos Reales*. San Marcos, Lima, 2003.
- VASQUEZ ROCCA, Adolfo. *La posmodernidad; nuevo régimen de verdad, violencia metafísica y fin de los metarrelatos*. En *Nómadas, Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Vol. 29, nro.1. UCM, Madrid, 2011.
- VATTIMO, Gianni *et altri*. *En torno a la Posmodernidad*. Anthropos, Barcelona, 2003.
- VATTIMO, Gianni. *Adiós a la verdad*. Gedisa, Barcelona, 2010.
- VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Gedisa, Barcelona, 1987.
- VATTIMO, Gianni. *La sociedad transparente*. Barcelona, Paidós. 1994.
- WEBB DUARTE, Richard *et altri*. *La construcción del derecho de propiedad*. Tarea asociación gráfica educativa, Lima, 2006.
- WESTERMAN, Harry *et altri*. *Derechos reales Vol. I*. Fundación Cultural del notariado, Madrid, 1998.
- YEPEZ SÁNCHEZ, Miguel. *Protección legal de los bienes artísticos, e históricos de la Nación*. Editorial Garcilaso, Cusco, 1971.
- ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. *Código Civil*. Editorial Rodhas, Lima, 2002.
- ŽIŽEK, Slavoj *et altri*. *Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional*. Paidós, Madrid, 1998.

## ii. Páginas Web.

- REMESEIRO, Alejandro. *Bula Inter Caetera de Alejandro VI (1493) y las consecuencias político administrativas del descubrimiento de América por parte de Colón en 1492*. 2011.

<http://www.archivodelafrontera.com/wp-content/uploads/2011/08/GAL012.pdf>.

- UNESCO. *¿Qué es la unesco?, ¿Qué hace?*. 2009. [www.unesco.org/es/bpi](http://www.unesco.org/es/bpi).
- CORNU, Marie. *Droit des biens culturels et des archives*. Noviembre, 2003. <http://eduscol.education.fr/chrgt/bienculturels.pdf>.
- ESCOBAR, Pepe. *A Post History Strip Tease*. 2013. <http://www.atimes.com/atimes/World/WOR-01-260413.html>.
- TAPIA, José Luis. *Machupicchu es propiedad privada*, 2003. [http://www.ileperu.org/contenido/Articulos/Machupicchu\\_jtapia.htm](http://www.ileperu.org/contenido/Articulos/Machupicchu_jtapia.htm).
- ANGULO, Enrique. *Las Zonas De Amortiguamiento: Espacios Para La Conservación Y La Concertación*, 2007. <http://www.infoecologia.com>.
- CRIADO BOADO, Felipe. *Hacia un Patrimonio público gallego: veinte apuntes, Texto para el Consello da Cultura Galega*, 2011. [digital.csic.es](http://digital.csic.es).

### iii. Legajos Notariales, Consultados En Los Archivos Histórico Del Cusco, Dominico, Educandas y Ciencias.

#### Siglo XVI

<b>Legajos:</b>	<b>Notarios:</b>	<b>Años:</b>
- Leg. 1	Bitorero, Gregorio de	1560-1579
- Leg. 2	Bitorero, Gregorio de	1561-1562
- Leg. 3	Cervantes, Pedro	1580-1582
- Leg. 4	De la Carrera Ron, Pedro	1586-1596
- Leg. 5	Contreras, Miguel de	1596-1597
- Leg. 6	Guerrero, Alonso de	1588
- Leg. 7	Olave, Joan de	1595-1596
- Leg. 8	Lucero, Cristóbal de	1598
- Leg. 9	Quesada, Luis de	1571-1581
- Leg. 10	Quesada, Luis de	1584-1585

- Leg. 11	Quesada, Luis de	1586
- Leg. 12	Quirós, Joan de	1576-1577
- Leg. 13	Quirós, Joan de	1579
- Leg. 14	Quirós, Joan de	1583
- Leg. 15	Salas, Antonio de	1596-1597

## Siglo XVII

<b>Legajos:</b>	<b>Notarios:</b>	<b>Años:</b>
- Leg. 1	Beltrán Luzero, Antonio	1630-1631
- Leg. 2	Beltrán Luzero, Antonio	1633-1634
- Leg. 3	Beltrán Luzero, Antonio	1634
- Leg. 4	Beltrán Luzero, Antonio	1636- 1637
- Leg. 5.	Beltrán Luzero, Antonio	1638
- Leg. 6	Beltrán Luzero, Antonio	1639
- Leg. 7	Beltrán Luzero, Antonio	1640-1641
- Leg. 8	Beltrán Luzero, Antonio	1642- 1643
- Leg. 9	Beltrán Luzero, Antonio	1644- 1645
- Leg. 10	Beltrán Luzero, Antonio	1646- 1649
- Leg. 11	Bustamante, Alonso de	1676- 1679
- Leg. 12	Bustamante, Alonso de	1679- 1680
- Leg. 13	Bustamante, Alonso de	1681- 1682
- Leg. 14	Bustamante, Alonso de	1683
- Leg. 15	Bustamante, Cristóbal de	1685
- Leg. 16	Bustamante, Cristóbal de	1686
- Leg. 32	Cáceres, Pedro de	1686
- Leg. 34	Cáceres, Pedro de	1688
- Leg. 35	Cáceres, Pedro de	1692-93
- Leg. 56	Carrera, Sebastián de la	1686-1697
- Leg. 57	Diez de Dávila, Alonso	1654
- Leg. 58	Diez de Dávila, Alonso	1655-57
- Leg. 59	Diez de Dávila, Alonso	1661-65
- Leg. 60	Diez de Dávila, Alonso	1670-73
- Leg. 133	López de la Cerda, Pedro	1698
- Leg. 148	López de Paredes, Martin	1663

- Leg. 164	Lucero, Cristóbal de	1625-1626
- Leg. 278	Quiñones, Diego de	s/f
- Leg. 279	Quiñones, Diego de	1659
- Leg. 283	Quiñones, Diego de	1664
- Leg. 269	Oro, Domingo de	1635
- Leg. 270	Pérez de Vargas, Antonio	1686
- Leg. 271	Pérez de Vargas, Antonio	1686-1687
- Leg. 272	Pérez de Vargas, Antonio	1689-1692
- Leg. 273	Pérez de Vargas, Antonio	1690-1696
- Leg. 274	Pérez de Vargas, Antonio	1696
- Leg. 275	Pérez de Vargas, Antonio	1697
- Leg. 279	Quiñones, Diego de	1659
- Leg. 315	Escribanos de Naturales Requena, Joseph de	1677-1705

## Siglo XIX

<b>Legajos:</b>	<b>Notarios:</b>	<b>Años:</b>
- 29	Ayesta, Melchor	1808-1812
- 64	Chacón Becerra, Agustín	1806-1815
- 65	Chacón Becerra, Agustín	1806-1813
- 74	Gamarra, Bernardo	1809-1810
- 79	Gamarra, Pedro Joaquín	1808-1809
- 80	Gamarra, Pedro Joaquín	1810-1811
- 81	Gamarra, Pedro Joaquín	1810-1811
- 82	Gamarra, Pedro Joaquín	1812-1813
- 83	Gamarra, Pedro Joaquín	1814-1815
- 84	Gamarra, Pedro Joaquín	1816-1817
- 85	Gamarra, Pedro Joaquín	1818-1819
- 114	Jordán, Juan Clemente	1816-1818
- 115	Jordán, Juan Clemente	1819-1820
- 116	Jordán, Juan Clemente	1820-1822
- 117	Jordán, Juan Clemente	1823-1825
- 118	Jordán, Juan Clemente	1826
- 121	Jordán, Juan Clemente	1830-1831



- 122                    Jordán, Juan Clemente                    1832-1833
- 123                    Jordán, Juan Clemente                    1834-1837

## v. Documentación Oficial

### Período Colonial.

- | <b>Fondo Documental:</b>             | <b>Sección:</b> | <b>Años:</b> | <b>Legajos:</b> |
|--------------------------------------|-----------------|--------------|-----------------|
| - Administración del Tesoro Público. |                 | 1825-1828    | 76 al 107.      |
| - Asuntos Eclesiásticos.             |                 | 1632-1860    | 1 al 24.        |
| - Cabildo del Cusco.                 | Causas Civiles  | 1549-1824    | 1 al 91.        |
| - Corregimiento.                     | Causas Civiles  | 1551-1684    | 1 al 22.        |

### Período Republicano.

- | <b>Fondo Documental:</b>                             | <b>Años:</b> | <b>Legajos:</b>                          |
|--|--------------|--|
| - Beneficencia Publica                               | 1564-1789    | 1 al 53. (Parcial)                       |
| - Colegio Ciencias                                   | 1572-1901    | 1 al 52.                                 |
| - Colegio Educandas                                  | 1562-1835    | 1 al 15.                                 |
| - Corte Superior de Justicia                         | 1824-1830    | 1 al 30. (Parcial)                       |
| - Superintendencia Nacional de<br>Registros Públicos | 1896-2013    | Partida<br>Electrónica Nro.<br>02016781. |

## **Lista de Anexos.**

### **A. Normatividad Pertinente**

- a.1.** Decreto Supremo Nro. 89. Conservación de Monumentos Prehispánicos.
- a.2.** Resolución de multa por atentar contra el Patrimonio Cultural del 02 de abril de 1902.
- a.3.** Ley Nro. 6634 de conservación de monumentos y reliquias nacionales del 13 de junio de 1929.
- a.4.** Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, 1972.
- a.5.** Convención para la salvaguarda del Patrimonio Cultural inmaterial, 2003.
- a.6.** Convención sobre la protección del Patrimonio Cultural subacuático, 2001.
- a.7.** Convención para la protección de Bienes Culturales en caso de conflicto armado – Primer Protocolo, 1954.
- a.8.** Convención para la protección de Bienes Culturales en caso de conflicto armado – Segundo Protocolo, 1999.
- a.9.** Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencias de propiedad ilícitas de bienes culturales.
- a.10.** Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, 2005.
- a.11.** Ley Nro. 28296, Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación (Perú), 2004.
- a.12.** Resolución Suprema Nro. 004-2000-ED Reglamento de investigaciones arqueológicas.

**a.13.** Ley Nro. 27580, Ley que dispone medidas de protección que debe aplicar el Instituto Nacional de Cultura para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles (Perú), 2001.

**a.14.** Ley Nro. 29202, Ley que precisa los alcances de las leyes números 29164 y 29167, 2008.

**a.15.** Resolución de Superintendente Nro. 248-2008SUNARP/SN Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, 2003.

**a.16.** Decreto Supremo 036-91-AG Dejan sin efecto y valor legal los DD.SS. 1207-74-AG y 444-75 AG, 1991.

**a.17.** Sentencia del Tribunal Constitucional, 007-2002-AI/TC, 2003.

## **B. Antecedentes registrales y legales.**

**b.1.** Antecedentes registrales, tracto sucesivo del bien inscrito en la Partida Electrónica Nro. 02016781, del año 1896 a 2013.

**b.2.** Contrato de compraventa de la hacienda Silke realizada el año 1944 ante Rosendo A. Fernández, notario de la ciudad de Lima.

**b.3.** Resolución Suprema Nro. 3975 de 6 de diciembre de 1944 que da inicio a un proceso incompleto de expropiación del inmueble continente de Machupicchu.

**b.4.** Escritura de anticipo de legítima, otorgada por Leoncio Augusto Zavaleta Zavaleta a favor de sus hijos.

**b.5.** Demanda de reivindicación de 17 de enero de 2003.

**b.6.** Demanda de reivindicación de 15 de julio de 2006.

**b.7.** Informe legal elaborado por el estudio De Trazegnies & Uría de 19 de noviembre de 1998.

**b.8.** Informe legal elaborado por el estudio Salinas el año 2004.

**b.9.** Tacha sustantiva del título 2007-00019690 del 04 de julio de 2007.

**b.10.** Resolución del tribunal registral Nro. 239-2007-SUNARP-TR-A.

**b.11.** Informe legal de Instituto Nacional de Cultura Nro. 04-2008-DRC-C/INC-OAJ-RAOM.

**b.12.** Sentencia Nro. 1271-2000-AA/TC del tribunal Constitucional del Perú.

**b.13.** Primer documento escrito de transferencia de la propiedad de Machupicchu (1568), ubicado en el Archivo Histórico del Cusco.

**b.14.** Archivo notarial Arias de Lira, transferencia de la propiedad de Machupicchu del año 1776.

**b.15.** Archivo histórico del Cusco, petición presentada por fray Josef de San Miguel en 1784.

**b.16.** Archivo notarial Julián Rodríguez, transferencia de propiedad del año 1894.

**b.17.** Fotografía del sitio arqueológico denominado el “Áspero” en Lima-Perú.



# VNiVERSiDAD D SALAMANCA

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

SINOPSIS DE LA TESIS DOCTORAL:  
A PROPÓSITO DE MACHUPICCHU.  
PATRIMONIO CULTURAL:  
DE LA PROPIEDAD A LA METAPROPIEDAD

TRADUCIDA AL IDIOMA ITALIANO

PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO PRIVADO  
PATRIMONIAL CON MENCIÓN DOCTORADO INTERNACIONAL

PROGRAMA DE DOCTORADO: DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

DOCTORANDO: JUANSEBASTIÁN VELÁSQUEZ PELÁEZ.

DIRECTORA: ESTHER TORRELLES TORREA

SALAMANCA, 2014

## Índice

Introduzione	1
Introducción	6
Riassunto	12
Resumen	36
Conclusioni	63
Conclusiones	70

## Introduzione

### I

È stato lungo il cammino di costruzione di questa tesi, biblioteche di Cusco, Lima, Madrid, Salamanca, Parigi, La Valeta, Venezia, Roma, Foggia, Milano, e Santiago del Cile, senza contare le innumerabili biblioteche virtuali, che sono stati parte cruciale per questa riflessione, il cui merito principale, probabilmente radica nella varietà di percezioni che è assistito.

L'inizio, è un antico problema giuridico esistente nel Perù e ventilato nella sede giudiziaria, il caso referente alla proprietà privata di Machu Picchu, nel momento previo a stampare questo lavoro, avevamo un processo concluso parzialmente, mediante risoluzione di prima istanza favorevole allo Stato peruviano, che di qualche forma rafforza gli stereotipi d'amministrazione di giustizia in un sistema statale e giudiziario statici in un momentum positivista e superficiale, il quale rinuncia alla ricerca di giustizia come obiettivo ontologico sacrificandola a nome della norma. I nominati processi, significarono una gran possibilità per aprire un dibattito nella regione rispetto dell'incidenza della Proprietà Privata, sugli immobili dichiarati Patrimonio Culturale e come riflessa questo la posizione del pensiero latinoamericano rispetto della proprietà in un mondo disumanizante e reificatore. Come alcune volte succede, l'importante cede passo all'urgente e l'accademia, sequestrata quasi nella sua totalità per un pensiero univoco ed ossequente con il potere, l'ha lasciato di lato, preferendo festeggiare la curiosa (e vuota) nominazione del momento come una delle 7 meraviglie del mondo moderno.

Quest'osservazione genera due domande; in primo termino, la congruenza fra il Diritto di Proprietà come diritto soggettivo, positivo,

ideologizzato e moderno ed il concetto di Patrimonio Culturale, la sua obbiettivizzazione proprietaria, condizione pos moderna e strapatrimoniale. E la seconda domanda planteado con una prospettiva storica, riferito alla giustificazione ontologica della legislazione di protezione del Patrimonio Culturale e la sua definizione attuale senza contenuto. Il diritto di proprietà, ha costituito storicamente, un elemento chiave per la costruzione della cultura occidentale, la pos modernità<sup>56</sup> costituisce un'epoca chiave nella sua definizione storica, perchè deve posizionarsi nel suo ruolo di assegnatore della ricchezza dopo aver superato le crisi che il marxismo e l'anarchismo rappresentarono, come appunta Rodotà.

Il Patrimonio Culturale, rappresenta una sfida per il diritto positivo di proprietà, esistono molti fattori d'analisi, tra quelli la natura giuridica stessa del Patrimonio Culturale, che può risultare addirittura contraddetta, perchè non finisce di definire lo stesso. Quasi la totalità di legislazioni, preferiscono numerare, la natura dei beni integranti. Ma nessuna si anima a chiudere un concetto basico, per trattarsi di una categoria in permanente espansione. La principale sfida la quale rappresenta fronte alla proprietà è relazionata con il componente più basico della sua struttura costitutiva ed è precisamente il valore inespessabile in termini economici del Patrimonio Culturale.

La legislazione mondiale, di maniera quasi univoca scommessa per riconoscere la titolarità privata della proprietà, nonostante, questa titolarità non si può esercitare dal modello di proprietà radicale ed ortodosso, considerando la gran quantità di eccezioni all'esercizio stesso del diritto, ma, che dovrà centrarsi da una prospettiva attenuata dello stesso, senzienti che la proprietà è ideologia e che deve guardarsi nella specializzazione obbiettiva, come proprietà, per poter costituire un diritto di proprietà civile accorde con le esigenze contemporanee, nel quale le ideologie che poteva ispirare le legislazioni proprietarie si hanno attenuato, fino diventarsi in prassi economiciste, che in diversi sensi prettendono rimpiazzare al diritto.

Il Patrimonio Culturale, come teoria universalizzante, risulta una dicotomia. Per un lato, risulta riconoscimento di alterità. Su tutto da parte del centro e si orienta alla periferia una costruzione di una cultura mondiale che permetta costruire il mondo dove rimangono tutti i mondi, che vuole la periferia, con lo scopo di essere riconosciuta come uguale per il centro, perchè, come l'indica



Sartre<sup>1</sup>, nessuno può togliere al suo somigliante senza commettere un crime e il colonizzato, per principio, non è simile dell'uomo. Parallela a questa logica discolonizzatoria, troviamo l'irrestibile influenza del mercato, nel senso di dosificare il Patrimonio Culturale, patrimonializzandolo economicamente, sconoscendo l'utilità e valore che ha come parte della memoria collettiva, dei popoli, pretendendo, in un fatto di aggressiva semplificazione, equiparare culture della più diversa complessità dentro di una logica globalizzante, il cui fattore di coessione principale, è il mercato.

I limiti del Patrimonio Culturale sono indefinibili, della stessa forma che è indefinibile la sua creatrice, la Cultura. Il Patrimonio Culturale, per il diritto, si riduce esclusivamente ad un sub insieme di elementi, materiali e immateriali che, per la sua speciale valorizzazione, dalla prospettiva contemporanea, sono stati protetti per i sistemi giuridici nazionali ed internazionali nel mondo, nel caso che osserviamo (come provabilmente in tutti i casi), l'idea di Patrimonio Culturale, è molto legata all'identificazione di un popolo e alla riconciliazione la sua storia, la cui trascendenza, radica precisamente nel riconoscimento dell'alterità dei suoi integranti fra sè, a cavallo tra due mondi, senza luogo in occidente e di schiene al suo origine andino. Il Patrimonio Culturale, gli serve al Perù, per riconoscere e disegnare la sua irrenunciabile natura mesticcia. Eredita di una cultura primigenia senza equivalenti nel mondo occidentale e dei profondi trauma il quale significa un processo di colonizzazione la quale ha funzionato come discostruttore dell'io collettivo maggioritario, molto dopo dell'indipendenza politica della corona castigliana. Come Heidegger, crediamo che non si può rivelare una realtà senza nascondere altra, fatto che ci porta a disqualificare all'anti spanismo apriostico, il quale pretende che il colonialismo spagnolo fu demiurgo dei controtempi sociali occorsi nelle ultime centurie, basta ricordare una società nella quale permetteva e l'empoterava voci desidenti come la del frate Bartolome de las Casas, che denunciava gli abusi verso i nativi americani e l'espiazione dei loro tesori artistici, per capire la complessità del processo storico il quale contestualizza Machu Picchu e la titolarità della sua proprietà.

---

<sup>1</sup> SARTRE, Jean Paul. (Prefacio) en FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. Ed. Último Recurso, Rosario, 2007. pp. 17.

Una delle principali osservazioni che possono facersi rispetto del contenuto di questo lavoro, è la licenza la quale si è presa per trattare alla proprietà occidentale-liberale come un corpus omogeneo, allontanandosi delle profonde differenze tecnico legislative che esistono tra i diversi sistemi di ogni nazione. Al rispetto possiamo indicare, che questo lavoro, pretende essere una riflessione rispetto della proprietà contemporanea e consideriamo come Borges, che la riflessione demanda, di qualche forma riformulare la realtà (pensare è dimenticare differenze, è generalizzare, astrarre). Parallelamente a questa argomentazione, possiamo arguire anche, che assumiamo la proprietà come ideologia prima che come tecnica legislativa, come diritto civile la quale nell'attualità acquista una personalità essasperatamente soggettiva, in questo senso, potremo dire che ispira il senso di questa tesi, l'espresso per Paolo Grossi, quando richiama ai giuristi rivedere e discutere il *"lucido progetto di assolutizzazione di nozioni e principi relativi e discutibili, mitizzazione quale traspasso di un meccanismo di conoscenza in un meccanismo di credenza<sup>2</sup>"*.

## II

Facciammo uno studio dei titoli della fazenda Q'ente, contenitrice di Machu Picchu nella misura nella quale fu possibile con l'interruzioni che la realtà ci impone, fino arrivare alla proprietà della panaca di Pachakuteq governante peruviano che mandò a costruirlo, continuando con le trasferenze di proprietà durante l'epoca coloniale, e finendo nella Repubblica Peruviana e le tranzazioni immobiliari materia di debate. Consideriamo come Grossi, che la miglior maniera di analizzare la proprietà non è la prospettiva legislativa o positivista, ma la prospettiva storica, è a partire di questa convizione, la quale scopriamo che Machu Picchu allo lungo della sua storia è stata proprietà privata quasi nella totalità del tempo, passando ad essere proprietà (possessione) demaniale nei suoi ultimi anni, ma, più importante ancora, possiamo scoprire a partire de quest'osseravzione, la variazione d'intensità e statuti proprietari allo lungo della storia, su un simbolo della protezione del Patrimonio Culturale.

---

<sup>2</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè, Milano, 2001. pp. 4.

A continuazione realizziamo una valuta della categoria Patrimonio Culturale legislativa e dottrinalmente trattando di contestualizzarlo storicamente, per costruirlo con il momento storico il quale attraversa il diritto di proprietà moderno contemporaneamente. Lavoriamo convinti della necessaria obbiettivizzazione del diritto di proprietà, a dire, l'implementazione delle proprietà che rimpiazzano l'univocità ed inflessività del diritto di proprietà per se stessi. Nonostante, ispirati per Rodotà, consideriamo anche che l'esistenza della molteplicità degli statuti proprietari non soluziona i diversi problemi che il positivismo che caratterizza al Diritto di Proprietà ed alcune delle sue crisi come istituto civile, organizzatore della ricchezza per eccellenza, passando per un esercizio di comprovazione della scuola storidista, la quale indica che la proprietà è espressione di una ideologia collettiva imperante in un momento storico determinato, passando rivista dalla prospettiva di un immobile emblematico, alla storia della proprietà nel Perù, il cui caso è particolarmente speciale all'osservare una giurisdizione proprietaria, pre occidentale, altra coloniale, con segni romaniste profondamente marcati e infine una legislazione chiaramente moderna e positivista che fa l'ecco delle tendenze, codificatrice e costituzionaliste nel mondo. Della stessa forma, riflessioniamo incirca della motivazione la quale porta all'umanità a proteggere e riflessionare tanto profondamente rispetto del Patrimonio Culturale nei tempi contemporanei, tentiamo di costruire alcune definizioni al rispetto, per aver più chiare le idee al momento di lavorare enunciati conclusivi.

Esaminiamo il Patrimonio Culturale, il quale consideriamo più trascendente che il multiculturalismo, che lo strumentalizza come riferisce Žižek<sup>3</sup>, alla luce dell'ideologia proprietaria contemporanea, da una prospettiva del civilismo hieretico che voleva Finzi, cercando risposte, che permettano una legislazione di Patrimonio Culturale più efficiente, inclusiva e sostenibile.

---

<sup>3</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Sequitur, Buenos Aires, 2008. pp. 57.

## Introducción

### I

Ha sido largo el camino de construcción de esta tesis, bibliotecas de Cusco, Lima, Madrid, Salamanca, Paris, La Valeta, Venecia, Roma, Foggia, Milano y Santiago de Chile, sin contar las innumerables bibliotecas virtuales, que han sido parte crucial para esta reflexión, cuyo mérito principal, probablemente radica en la variedad de percepciones que ha frecuentado.

El inicio, es un antiguo problema jurídico existente en el Perú y ventilado en sede judicial, el caso referente a la propiedad privada de Machupicchu. En el momento previo a imprimir este trabajo, teníamos un proceso concluido parcialmente, mediante resolución de primera instancia favorable al Estado peruano, que de alguna manera refuerza los estereotipos de administración de justicia en un sistema estatal y judicial estáticos en un *momentum* positivista y superficial, que renuncia a la búsqueda de justicia como objetivo ontológico sacrificándola en nombre de la norma. Los mencionados procesos, significaron una gran posibilidad para abrir un debate en la región respecto de la incidencia de la Propiedad Privada, sobre los inmuebles declarados Patrimonio Cultural y cómo refleja esto la posición del pensamiento latinoamericano respecto de la propiedad en un mundo deshumanizante y reificador. Como muchas veces sucede, lo importante cede paso a lo urgente y la academia, secuestrada casi en su totalidad por un pensamiento unívoco y obsecuente con el poder, lo ha dejado de lado,

prefiriendo festejar la curiosa (y vacía) nominación del monumento como una de las 7 maravillas del mundo moderno.

Esta observación genera dos interrogantes; en primer término, la congruencia entre el Derecho de Propiedad como derecho subjetivo, positivo, ideologizado y moderno y el concepto de Patrimonio Cultural, su objetivación propietaria, condición posmoderna y extrapatrimonial. Y el segundo interrogante planteado con una perspectiva histórica, referido a la justificación ontológica de la legislación de protección del Patrimonio Cultural y su definición actual sin contenido.

El derecho de propiedad, ha constituido históricamente, un elemento clave para la construcción de la cultura occidental, la posmodernidad constituye una época clave en su definición histórica, porque debe posicionarse en su papel de asignador de la riqueza luego de haber superado las crisis que el marxismo y el anarquismo representaron, como apunta Rodotà.

El Patrimonio Cultural, representa un desafío para el derecho positivo de propiedad, existen muchos factores de análisis, entre ellos la naturaleza jurídica misma del Patrimonio Cultural, que puede resultar hasta contradictoria, porque no termina de definir el mismo. Casi la totalidad de legislaciones, prefieren enumerar, la naturaleza de los bienes integrantes, pero ninguna se anima a cerrar un concepto básico, por tratarse de una categoría en permanente expansión. El principal desafío que representa frente a la propiedad está relacionado con el componente más básico de su estructura constitutiva y es precisamente el valor inexpresable en términos económicos del Patrimonio Cultural.

La legislación mundial, de manera casi unívoca apuesta por reconocer la titularidad privada de la propiedad, sin embargo, esta titularidad no se puede ejercer desde el modelo de propiedad radical y ortodoxo, considerando la gran cantidad de excepciones al ejercicio mismo del derecho, sino, que deberá enfocarse desde una perspectiva atenuada del mismo, conscientes que la propiedad es ideología y que debe mirarse en la especialización objetiva, como propiedades, para poder constituir un derecho de propiedad civil acorde con las exigencias contemporáneas, en que las ideologías que

solían inspirar las legislaciones propietarias se han ido atenuando, hasta convertirse en praxis economicistas, que en varios sentidos pretenden reemplazar al derecho.

El Patrimonio Cultural, como teoría universalizante, resulta una dicotomía. Por un lado, resulta reconocimiento de alteridad, sobre todo de parte del centro y se orienta a la periferia, una construcción de una cultura mundial en ciernes que permita construir el mundo donde quepan todos los mundos, que quiere la periferia, con la finalidad de ser reconocida como igual por el centro, porque, como lo señala Sartre<sup>4</sup>, nadie puede despojar a su semejante sin cometer un crimen y el colonizado, por principio, no es semejante del hombre. Paralela a esta lógica descolonizadora, encontramos la irresistible influencia del mercado, en el sentido de cosificar el Patrimonio Cultural, patrimonializándolo económicamente, desconociendo la utilidad y valor que tiene como parte de la memoria colectiva, de los pueblos. Pretendiendo, en un acto de agresiva simplificación, equiparar culturas de la más diversa complejidad dentro de una lógica globalizante, cuyo factor de cohesión principal, es el mercado.

Los límites del Patrimonio Cultural son indefinibles, del mismo modo que es indefinible su creadora, la Cultura. El Patrimonio Cultural, para el derecho, se reduce exclusivamente a un subconjunto de elementos, materiales e inmateriales que, por su especial valoración, desde la perspectiva contemporánea, han sido protegidos por los sistemas jurídicos nacionales e internacionales en el mundo. En el caso que observamos (como probablemente en todos los casos), la idea de Patrimonio Cultural, está muy ligada a la identificación de un pueblo y a la reconciliación su historia, cuya trascendencia, radica precisamente en el reconocimiento de la alteridad de sus integrantes entre sí, a caballo entre dos mundos, sin lugar en occidente y de espaldas a su origen andino. El Patrimonio Cultural, le sirve al Perú, para reconocer y diseñar su irrenunciable naturaleza mestiza, heredera de una cultura primigenia sin equivalentes en el mundo occidental y de los profundos traumas que significa un proceso de colonización que ha funcionado como destructor del yo colectivo mayoritario, mucho después de la

---

<sup>4</sup> SARTRE, Jean Paul. (Prefacio) en FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. Ed. Último Recurso, Rosario, 2007. pp. 17.

independencia política de la corona castellana. Como Heidegger, creemos que no se puede develar una realidad sin ocultar otra, hecho que nos lleva a descalificar el anti hispanismo apriorístico, el cual pretende que el colonialismo español fue demiurgo de los contratiempos sociales ocurridos en las últimas centurias, basta recordar una sociedad en la que permitía y empoderaba voces disidentes como la de fray Bartolomé de las Casas<sup>5</sup>, que denunciaba los abusos hacia los nativos americanos y la expoliación de sus tesoros artísticos, para entender la complejidad del proceso histórico que contextualiza Machupicchu y la titularidad de su propiedad.

Una de las principales observaciones que pueden hacerse respecto del contenido de este trabajo, es la licencia que se ha tomado para tratar a la propiedad occidental-liberal como un *corpus* homogéneo, alejándonos de las profundas diferencias técnico legislativas que existen entre los diversos sistemas de cada país. Al respecto podemos señalar, que este trabajo, pretende ser una reflexión respecto de la propiedad contemporánea y consideramos como Borges, que la reflexión demanda, de alguna forma reformular la realidad (pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer). Paralelamente a esta argumentación, podemos argüir también, que asumimos la propiedad como ideología antes que como técnica legislativa, como derecho civil que en la actualidad adquiere una personalidad *exasperantemente* subjetiva, en este sentido, podremos decir que inspira el sentido de esta tesis, lo expresado por Paolo Grossi, cuando reclama a los juristas revisar y discutir el “*lucido progetto di assolutizzazione di nozioni e principii relativi e discutibili, mitizzazione quale traspaso di un meccanismo di conoscenza in un meccanismo di credenza*”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> “Para Las Casas existen dos tipos de derechos: el derecho humano, que los hombres establecen de acuerdo con su cultura, sus necesidades y conveniencias. Tales son el Derecho romano y el Derecho canónico; y un derecho superior, establecido por Dios y que el hombre tiene que acatar. Se trata del Derecho natural.

(...) En algún caso llega a decir: Estos indios que van al río, estas mujeres de caciques que están lavando la ropa, hacienda su comida, son lo mismo que la reina y los príncipes de España; su color, su miseria, su cultura, no afectan a su rango ni a su condición humana y política”. GARCÍA- GALLO, Alonso. *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.

<sup>6</sup> Lúcido proyecto de absolutización de nociones y principios relativos y discutibles, mistificación que pasó de un mecanismo de conocimiento a un mecanismo de creencia. GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè, Milano, 2001. pp. 4.

## II

Hicimos un estudio de títulos de la hacienda Q'ente, contenedora de Machupicchu, en la medida en que fue posible con las interrupciones que la realidad nos impone, hasta llegar a la propiedad de la *panaca* de Pachaqueq gobernante peruano que mandó a construirlo, continuando con las transferencias de propiedad durante la época colonial y finalizando en la República Peruana y las transacciones inmobiliarias materia de debate. Consideramos como Grossi, que la mejor manera de analizar la propiedad no es la perspectiva legislativa o positivista, sino la perspectiva histórica, es a partir de esta convicción, que descubrimos que Machupicchu a lo largo de su historia ha sido propiedad privada casi en la totalidad del tiempo, pasando a ser propiedad (posesión) demanial en sus últimos años, pero, más importante aún, podemos descubrir a partir de esta observación, la variación de intensidades y estatutos propietarios a lo largo de la historia, sobre un símbolo de la protección del Patrimonio Cultural.

A continuación realizamos una evaluación de la categoría Patrimonio Cultural legislativa y doctrinalmente tratando de contextualizarlo históricamente, para contrastarlo con el momento histórico que atraviesa el derecho de propiedad moderno contemporáneamente. Trabajamos convencidos de la necesaria objetivación del derecho de propiedad, es decir, la implementación de propiedades que reemplacen la univocidad e inflexibilidad del derecho de propiedad por sí mismo. Sin embargo, inspirados por Rodotà, consideramos también que la existencia de la multiplicidad de estatutos propietarios no soluciona los múltiples problemas que el positivismo y subjetivismo desbocado de la propiedad moderna impone. Esta tesis, pretende ser una reflexión respecto de la contemporánea adicción legislativa referida al Patrimonio Cultural y sus relaciones con el no tan contemporáneo positivismo que caracteriza al Derecho de Propiedad y algunas de sus crisis como instituto civil, organizador de la riqueza por excelencia, pasando por un ejercicio de comprobación de la escuela historicista, que señala que la propiedad es expresión de una ideología colectiva imperante en un momento histórico determinado, pasando revista desde la perspectiva de un inmueble emblemático, a la historia de la propiedad en el Perú, cuyo caso es



particularmente especial al observarse una jurisdicción propietaria, pre occidental, otra colonial con rasgos romanistas profundamente marcados y finalmente una legislación claramente moderna y positivista que hace eco de las tendencias, codificadoras y constitucionalistas en el mundo. De la misma forma, reflexionamos acerca de la motivación que lleva a la humanidad a proteger y reflexionar tan profundamente respecto del Patrimonio Cultural en los tiempos contemporáneos, tratamos de construir algunas definiciones al respecto, para tener más claras las ideas al momento de elaborar enunciados conclusivos.

Examinamos pues, el Patrimonio Cultural, que consideramos más trascendente que el multiculturalismo, que lo instrumentaliza como refiere Žižek<sup>7</sup>, a la luz de la ideología propietaria contemporánea, desde una perspectiva del civilismo herético que quería Finzi, buscando respuestas, que permitan una legislación de Patrimonio Cultural más eficiente, inclusiva y sostenible.

---

<sup>7</sup> Žižek define al multiculturalismo como la fase contemporánea del capitalismo, en la cual, no son los Estados-nación los colonizadores, sino las empresas transnacionales, convirtiendo a todos los Estados-nación en colonias. ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Sequitur, Buenos Aires, 2008. pp. 57.

## RIASSUNTO

### I

La nostra ricerca cerca riflettere rispetto dei punti di coincidenza e desinenza tra il Diritto di Proprietà ed il Patrimonio Culturale, incominciamo facendo uno studio cronologico rispetto della titolarità proprietaria del monumento in tanto immobile, il quale parte dal momento della sua costruzione nel secolo XV, passando per i trapassi di proprietà la quale soffrè attraverso dei secoli tra i quali l'oppressione coloniale spagnola e la repubblica, aver prospettiva, ci permette una veduta privilegiata sul trattamento della proprietà privata nel Perù durante gli ultimi cinque secoli, di più del trattamento e protezione che si rilasciò al Patrimonio Culturale. È da questa prospettiva storica che trattiamo di approfondire nelle annomie le quali si evidenziano i processi giudiziari che discutono la proprietà del Parco, dove si fa evidente che le previsioni e direzionalità (che hanno trascendenza ed uniformità a livello globale) del Diritto amministrativo nel cammino di proteggere il Patrimonio Culturale non hanno permeato il sufficiente nella dogmatica superficie del diritto civile, motivo per il quale, ricorriamo alle tesi dei diversi Statuti di proprietà, proposta da quasi un secolo per *Pugliatti* e che è andato facendosi trascendentale per capire il sistema di proprietà contemporaneo.

### II

Secondo il cronista Betanzos Pachakuteq portò le sue conquiste nell'Antisuyo fino 40 miglie, a dire 200 chilometri al di là del Cusco, nonostante Topa Inka

Yupanqui rimase nell'Antisuyo per un lungo tempo. Quindi Machu Picchu non poteva capirsi come un territorio occupato a maniera incidentale, per il contrario, fu costruito pianificatamente per lo Stato Inka, con tutta la complessità simbolica ed architettonica che voleva un complesso come Machu Picchu.

L'archivio Regionale di Cusco, ingloba dati molto interessanti in riferimento al Santuario Storico di Machu Picchu, con le seguenti evidenze. Picchu (Machu Picchu), fu la proprietà o Laqta Inka dell'Inka Yupanqui Pachakuteq e tutte le terre di giù, dal chilometro 82.00 dalla ferrovia. Margine destra e margine sinistra sino Machu Picchu. Il Diritto di proprietà nella società Inka e le sue peculiarità Waldemar Espinoza, lo distingue in sei classi.

“1° dei beni immobili (terra, case, strade, ponti, pozzi, alberi); 2° degli oggetti domestici, come ferramente di lavoro e delle armi, che differenziano secondo il sesso e l'età e che, per il comune, sono ereditati secondo alla consanguenità; 3° degli effetti depositati ed accorralati (cibi, greggia) che, nel caso dei pastori aymaros, chocorvos e chinchaycochas, costituivano la sua più apprezzata ricchezza. La cui vaglia inclusive stava determinato per il colore della pelambre; 4° diritti sull'uso economico (usufrutto delle eredità occupate per Ayllus); 5° diritto dei poterosi sulle persone e servizi umani (yanas, mitayos, piñas); 6° altre modalità di dominio. Come diritti esclusivi sulle canzoni, danze, streghe e artigiane concrete<sup>8</sup>”.

La proprietà nello Stato Inka, anzi detto la ricchezza, non era considerata né misurata per gli stessi indicatori che usano attualmente<sup>9</sup>, meglio per i fattori più diretti di sopravvivenza del gruppo sociale facendo della proprietà della terra un diritto collettivo ed universale in molti casi ancora per il capo o curaca.

---

<sup>8</sup> ESPINOZA SORIANO, Waldemar *et alii*. *Economía política y domestica en el Tahuantinsuyo*. En Compendio de historia económica del Perú, Tomo I: Economía Prehispánica. BCRP-IEP, Lima, 2010. pp. 317.

<sup>9</sup> Risulta interessante quello segnalato per Gluckman nelle economie primitive l'individuo che aveva molti beni poteva fare molto poco con loro nel suo proprio favore: non c'era maniera di acquistare oggetti di lusso, il capitale non produceva interessi, il ciclo commerciale era limitato. Per lo tanto l'uomo che aveva molto alla sua disposizione (e questo si riferisce innanzitutto ai signori) era obbligato a distruggere i suoi beni come facevano nella costa noroccidentale del Canada, o a dividerli tra gli altri, come si faceva in Africa. Di questa forma il Re ripartiva gran parte della proprietà che acquistava. GLUCKMAN, Max. *Essays on Lozi Land and Royal Property in Rhodes-Livingstone Papers* N° 10. Rhodes-Livingstone Institute, Northern Rhodesia (hoy Zambia), 1943. pp.87

Risulta importante risaltare di più il carattere eterodosso nella misura dei terreni considerando la complementarietà ecologica, logica la quale permetteva distribuire immobili agricole tra la popolazione da una prospettiva produttiva e non longitudinale, stabilizzandosi che la terra si divideva nel mondo pre spanico, come si è detto, in funzione a criteri produttivi e di tecnica agricola prima dell' estensione. L'unità di misura era il chiamato topo o tupu, che Murra define come la superficie basica atta per alimentare ad una coppia durante un anno. Per il quale che la proprietà della terra era molto più legata ai fini utilitari che alla volontà di appropriazione che rege la logica attuale dei diritti reali "chiaramente poi, più che un tema di proprietà (propriamente detto), il concetto rilevante per gli Inka era l'accesso ai risorse. Sotto l'influenza degli spagnoli, questa relazione usufruttuaria passa ad essere una di possessione<sup>10</sup>".

L'accesso alla proprietà immobile nel Perù pre spanico era basato nel quale "ogni uomo andino richiama un minimo di risorse agricole, basandosi non in meriti speciali, ma nel fatto di aver nato membro di un gruppo di parentesco nell'aver esistenza socialmente riconosciuta<sup>11</sup>" di più di aver un carattere universale, "vediamo in dettagli come lo Stato e i Re possono richiamare diritti su tutte le terre, ma vediamo anche che i gruppi etnici che compongono il regno e i parenteschi ritengono un accesso effettivo e simultaneo ad alcuni degli stessi campi di coltura<sup>12</sup>".

La funzione sociale della proprietà immobile, aveva una carica abbastanza diverso dalla prospettiva che la proprietà in sé stessa, era ispirata in valori diversi delle proprietà liberale cui oggi conosciamo. Per capire Murra<sup>13</sup> si rilasciava diritto di proprietà immobiliare assolutamente a tutti gli abitanti dello Stato, in maggiore o minore grado, sia il quale fosse la sua etnia o condizione sociale, per assicurare la sua sussistenza e della sua famiglia, connettendosi con l'assioma andino: nessun tributo in specie; che pretendeva assicurare

---

<sup>10</sup> DECOSTER. *Tenencia de la tierra en Apurimac durante la colonia: Políticas de control del espacio y acceso a recursos en Proceso de composición y titulación de tierras en Apurimac – Perú Siglos XVI – XX*, Tomo I. Op. Cit. pp. 33.

<sup>11</sup> MURRA, John. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. IEP/PUCP Ed., Lima, 2002. pp. 303.

<sup>12</sup> MURRA. *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*. IEP, Lima, 1975. pp. 299.

<sup>13</sup> MURRA. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. Op. Cit. pp. 307.

che la totalità di produzione ottenuta per un cittadino sia destinata a garantire suo sostenimento economico, essendo che la tributazione si faceva in lavoro. Questo fatto garantiva un destino privato degli immobili agricole, che nonostante non poteva qualificarsi dentro di un regime di proprietà propriamente detto, giacchè evidentemente non racconta con alcune delle caratteristiche basiche di questo, principalmente la libera facoltà di disporre contenuta nella sua condizione di diritto reale.

### III

La documentazione paleográfica, indica dati sui titoli e protezioni delle terre del Santuario Storico di Machu Picchu (Picho) corrispondenti all'epoca coloniale, essendo le seguenti: Masocucho, Pacasmayo, Carmenga, Masocaca, Picho, Macho Picho, Guayna Pichoc, Apupicho, e altri nomi che furono degli Ingas antichi dedicati al sole e alle Guacas. Registrandosi diversi traspassi di proprietà la quale varia secondo la zona del Parco alla quale si possa essere Fazenda riferenza, prendendo in conto che nell'attualità, l'estensione del santuario dia maggior alle 33000 etaree. Raccontandosi tra i suoi proprietari in principio il cacico Gonzales Cusirimachi il quale appare come disponente della proprietà in favore di Gabriel Suarez in un contratto celebrato nell'anno 1568, nominaremo ugualmente la costanza dell'anno 1579, della proprietà di Martin Garcia de Licona per autorizzazione di Lope Garcia de Castro, di terre che si trovano all'interno del Parco. Mateo Velasquez de Cobarrubias, acquista parte degli immobili appartenenti al Parco è posteriormente venderle a Pedro de Almiron.

Dona Manuela e Dominga Almiron y Villegas figlie legittime del Capitano Pedro de Almiron y Villegas e di Dona Ambrocía Ruiz. Il 12 giugno 1772 sono riconosciute come proprietarie delle terre di Machu Picchu, che limitavano con terre del convento degli Agustinos e Betlemitas.

Un altro documento paleografico, indica che nell'anno 1782, Dona Manuela Almiron y Villegas vedova di Don Francisco Mendoza y Valdes, vende le terre della sua proprietà a Don Pablo e Don Antonio Ochoa e anni posteriori i fratelli Ochoa, venderono a Marcos Antonio de la Camara y Escudero il 3 dicembre 1782.

Il Perù è una nazione che, vista la sua codificazione, può capirsi, -si è che esiste qualcuno che non possa diretta o indirettamente- fra le nazioni la cui legislazione è direttamente tributaria alla tradizione civilista romana. Molto possibilmente, mai si arrivi ad avere una percezione eclettica ed obbiettiva dell'occupazione europea in America, la storia non ha un'etica, solo i fatti. Il Diritto Romano ed il pensiero occidentale, arrivano in America insieme ai conquistatori e la fede cristiana, uno dei principali elementi che possiamo considerare a questo rispetto è il fatto di che il documento è redattato agli inizi della colonia.

Stabilito o in treno di stabilizzarsi il nuovo status quo coloniale, "S'introduce (...) la nozione di proprietà, generandosi diversi processi che richiedono di nuovo Studio, in primo luogo l'identificazione delle terre come proprie, principalmente quelle degli Inka, dei curacas, etc. Quello era motivato per l'imprescindibile urgenza di utilizzare le terre dello Stato perché il nuovo potere spagnolo possa ripartirle (...) <sup>14</sup>".

Cruz Barney, appunta l'intento primigenio dei Re Catolici di che il diritto castigliano rega nelle Indie con esclusività "nonostante presto ebbero di cedere alla nuova realtà sociale che esigeva precetti di applicazione peculiare ed specifica per le terre recentemente scoperte. Così nasce un nuovo diritto, l'indiano, fronte al castigliano, anche vigente. Si l'ha denominato anche diritto ispano- indiano <sup>15</sup>".

Se bene è certo, la proprietà nel diritto indiano e castigliano, prefigurava o preparava il concetto moderno di proprietà, anche è certo che la sua fondamentazione ontologica e sottoggettivazione erano abbastanza diversi.

La proprietà nel Diritto Indiano, si configura, dalla nostra prospettiva, a partire di due pilastri, il primo è il sistema di proprietà, di taglio principalmente medievale, che reggeva nella Spagna del secolo XVI, fortemente influenzato per la religione e per l'oscurantismo storico dell'epoca, in un'Europa piena di sangue per le guerre interne, la miseria incontrabile, le grandi crisi umanitarie che ancora inviava al cadalso ai scientifici ed artisti incomodi per il dogma

---

<sup>14</sup> PEASE GARCÍA YRYGOYEN. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación en Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio. Op Cit.* pp. 23.

<sup>15</sup> CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho indiano.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 14.

catolico e per altro, l'appremiante necessità d'organizzare nuovo territorio allegato alla corona per la forza, con l'obbligo della flessibilità che il mestizaccio di culture che stava nascendo, esigeva.

La proprietà indigena di una o altra maniera, trattò di rispettarsi, parallelamente a soddisfare gli interessi dei colonizzatori. Al rispetto, Mariluz Urquijo, ha detto “nel richiedimento del 1513, destinato a leggersi agli borigini delle terre che si scoprivano, gli si promette che vi lasceremo le vostre fazende libere e senza servi ed altri multipli testi posteriori provano il continuato mantenimento di quel principio<sup>16</sup>” ma a questo si deve aggiungere che “non arrivò a riconoscersi ma rispetto di quelle società che dimostravano esercitare un effettivo e real dominio<sup>17</sup>”, l'ufficialità castigliana, si sforzò molto dalla prospettiva legislativa per continuare con questa politica, arrivando incluso ad essere una delle varie accuse che gravavano su Francisco Pizarro, quella di ripartire terre indigene indevidamente<sup>18</sup>.

I secoli XVI e XVII, si marcarono per costanti critiche al crescimento costante dell'appropriamento, legale ed illegale, degli immobili della Chiesa, “le corti di Valladolid del 1523 formulano già richiami molto dirette contro l'amortizzazione ecclesiastica, che si reiterano, più acutamente, in quelle di Toledo del 1525 e in quelle di Madrid del 1528<sup>19</sup>”, iniziando con questo una serie di avvenimenti storici e debati filosofici che condurrebbero alla suppressione di conventi di regolari e l'espropriazione dei beni del clero regolare<sup>20</sup> nel 1836 e la disamortizzazione dei beni del clero secolare nel 1837.

Non c'è dubbio che la scoperta del Nuovo Mondo risultò rivoluzionario nelle relazioni fra la Corona Castigliana e la Chiesa Catolica di Roma, basicamente

---

<sup>16</sup> MARILUZ URQUIJO, José. *El regimen de la tierra en el derecho indiano*. Perrot, Buenos Aires, 1978. pp. 24

<sup>17</sup> DIAZ, Carlos *et altri*. *La propiedad*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 347.

<sup>18</sup> Pizarro fu il primo gran e potente corruto del Perú spánico. Ebbero richiami di altri spagnoli alla Corte contro Francisco Pizarro, che ele sue preferenze per incomendare indios e merci de terre si facevano ai suoi fratelli ai suoi fratelli e cofradi in agrezione degli altri conquistatori ed abitanti. TANTALEÁN ARBULÚ, Javier. *La corrupción en la colonia. Pizarro el primer corrupto del Perú*. Op. Cit. pp. 139.

<sup>19</sup> BARRIO, Maximiliano *et altri*. *La propiedad eclesiástica en la España del Antiguo Régimen* en *Historia de la propiedad en España siglos XV-XX*. Op. Cit. pp. 38.

<sup>20</sup> CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho indiano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 14.

per il fortalecimento di ambedue ed evidentemente della sua relazione che significò l'empoteramento fra altre nazioni e chiese dell'epoca, grazie a questa aglianza, la Chiesa Cattolica ebbe esclusività forzata su Milioni di esseri umani a cambio di benedire il genocidio e distruzione con lo scopo pecunari e geopolitici, che alcuni chiamano evangelizzazione.

L'esistenza e funzionamento della chiesa Cattolica in America, ebbe dall'inizio, una condizione abbastanza sui generis, dandosi situazioni giuridiche che la Santa Sede non stava abituata a permettere nè a promuovere.

Roma le rilasciava il diritto di governare le nuove terre alla Corona castigliana a cambio di che questa utilizze l'apparecchio statale per cristianizzare agli abitanti delle stesse.

“Il risultato fu che effettivamente le Indie furono cristianizzate, e che tale lavoro fu portata per un esercito di chierici e religiosi dirisi per il potere politico, dandosi luogo ad una brillante Chiesa nelle Indie religiosamente va avanti amministrativamente controllata per la Corona e i suoi rappresentanti. La Santa Sede, senza la cooperazione dello Stato, non avesse potuto raggiungere il successo, non aveva dei misioneri ma si dei mezzi per inviarli alle Indie e per mentenerli lì, all'uguale che per dotarli degli strumenti precisi per il suo compito, da duomi e paerrocchie, da ospedali, a scuole, da dottrine a monasteri<sup>21</sup>”.

La vita della Chiesa Cattolica in America Indiana, stette completamente a mani dello Stato, mentre la Sede Pontificiale, flessibilizò molta della sua politica abituale per dare sede a questa attuazione perchè le risultava ugualmente beneficente ed il papato non poteva, sotto nessuna circostanza, perdere un aliato tan poteroso como la Corona di Castilla. È importante, per capire lo proffondo del tema, capire il destino dei diezmi. Il diezmo procede di una antica tradizione impositiva, che fu asunta per la Chiesa Cattolica, ma che nel caso particolare della cristianizzazione di America, fu traslocato alla Corona spagnola per il Papa Alessandro VI con lo scopo di equilibrare la spesa che le significava a detta corona, l'implementazione dell'apparecchio necessario

---

<sup>21</sup> DE LA HERA, Alberto. *La administración*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 231.



per cristianizzare il nuovo territorio, in Reali Cedule del 3 ottobre 1539, dal 6 luglio 1540 e dal 13 febbraio 1541, si stabilisce la distribuzione del diezmo.

Su questo ordine di cose, risultano cruciali due istituzioni giuridiche trascendentali, Il Regio Patronato Indiano e il Regio Vicariato Indiano.

Il Patronato, è un'istituzione giuridica che fu utilizzata con regolarità nell'Europa Medievale con lo scopo di cristianizzare territori.

“I signori che incorporavano nuove terre ai suoi signorii , ben cristianizzando ai suoi abitanti, e quelli che realizzavano un'opera di sviluppo e popolazione delle sue terre, fondavano su quelle chiese e le facevano economicamente, ricevendo a cambio il diritto di proporre i nomi delle persone che avevano di regirli quelle chiese, per la sua nomina per l'autorità ecclesiastica competente<sup>22</sup>”

Non esiste concessione propriamente detta di patronato nelle bulle alessandrine del 1493 benchè secondo opinione di Cruz Barney<sup>23</sup> queste servono di fondamento e giustificazione fattica per una serie di fatti che il Papa Julio II finirebbe di consolidare mediante la bolla *Universali Ecclesiae*, “per quella nessuno potrebbe già senza il consentimento del re eregere chiese nelle Indie il monarca aveva il diritto di presentazione in tutta classe di benefici”. Basicamente, il Patronato indiano, si può riassumere, nel potere che aveva la Corona di Castilla, di regere il destino della Chiesa Cattolica nei terreni che questa le assegnò in America

Nello relazione con la legislazione contrattuale, il principio ebbe una decisa continuità con l'*ius commune*, fatto dimostrabile, giacchè in attenzione a questo si risolse a favore della Corona castigliana, il debate sulla proprietà dei nuovi territori, attendendo ai giusti titoli di occupazione e scoperta confermate per il pontificato di Alessandro VI. Ugualmente è l'*ius commune*, il quale aiuta a chiarire il dubbio sul quale diritto è l'applicabile nelle nuove terre come punta Barrientos<sup>24</sup>, “era *communis opinio* che gli abitanti di quel territorio che era occupato ed accedeva ad un altro, passavano a regersi per il diritto del re o popolo che aveva realizzato l'occupazione”.

---

<sup>22</sup> DE LA HERA, Alberto. *La administración. Op. Cit.* pp. 273.

<sup>23</sup> CRUZ, Oscar. *Historia del derecho indiano. Op. Cit.* pp. 341.

<sup>24</sup> BARRIENTOS, Javier. *Historia del derecho Indiano. Del descubrimiento indiano a la codificación. Il cigno Galileo Galilei, Roma, 2000.* pp. 95.

Nel diritto castigliano, come nel resto di legislazioni dell'occidente, è riconosciuta, l'evoluzione di "un atteggiamento riverenziale rispetto della raccolta delle forme nella materializzazione dell'accordo orale come fonte obbligatoria ad una situazione di progressiva consolidazione dell'autonomia della volontà<sup>25</sup>" e nel caso specifico dell'applicazione del diritto nelle Indie ebbe che adeguarsi, con l'infinita possibilità di fatti giuridici imprecisi fino al momento,

"la complessità politico-sociale delle Indie motiverà che, per esempio, si limita la possibilità di contrattare per stare esercitando un ufficio pubblico, che si limita la capacità dell'indio bene per evitargli abusi bene per imporle una relazione di lavoro o che proibivano le vendite e doni di indios quando era dichiarata la sua libertà<sup>26</sup>".

Se bene è certo, la libertà contrattuale del volontarismo già si vedeva debolmente nella legislazione indiana, ebbe molte eccezioni e bifurcazioni in funzione di obiettivi più importanti per la corona che la libertà di contrattazione, come la cristianizzazione ed europeizzazione degli indigeni e il suo conseguente ingresso al mondo produttivo e di pago delle tasse.

In quanto alla protezione del Patrimonio Culturale della corona castigliana, ha per data fondazionale al secolo XVIII, per la creazione dell'Accademia della Storia e per le norme dettate nell'epoca destinte a proteggerlo. La Reale ordine di Carlo III del 3 ottobre 1777 obbligava ai magistrati e agli aiuntamenti ad elevare in consulta qualsiasi progetto di costruzione o disegno di tutta opera pubblica all'Accademia della Storia che- dopo si chiamò San Fernando in omaggio al suo fondatore- per che questa si pronuncie e corregga qualsiasi errore di contestualizzazione o costruzione che si presentarsi, il circolare del 25 novembre dello stesso anno, che era lo stesso senso e relazionata con i beni della Chiesa, stabiliva alla hierarchia ecclesiastica il dovere di presentare davanti San Fernanado, qualunque progetto di costruzione che planeasse fare sui beni sotto il suo dominio, per valutare la sua pertinenza artistica.

Nel riferimento alla protezione del Patrimonio Culturale e/o Patrimonio Storico Artistico pre spanico durante la dominazione spagnola in America, fu niente,

---

<sup>25</sup> DIAZ, Carlos *et altri*. *Obligaciones y contratos*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 351.

<sup>26</sup> DIAZ, Carlos *et altri*. *Obligaciones y contratos*. *Op. Cit.* pp. 352.

la riferenza che si faceva di loro era cose di indios e gentili, che basicamente si consideravano come fonti di dove stagionalmente poteva togliersi oro, argento o alcun che altro minerale prezioso, a dire, non avevano valore alcuno come opere di arte o manifestazioni culturali e nella maggioranza dei casi stettero somesse a processi degli strappatori di idolatrie che contribuiscono, alla sua distruzione sistematica e organizzata.

#### IV

Si riprende il rastro registrale nell'anno 1890 perche in quella data si ubica iscrizione registrale incirca di questa proprietà a favore degli sposi Adeodato Nadal e la sua consorte Genara Suarez. Nell'anno 1896 si iscrive a nome di Genara Suarez e i suoi quattro figli dovuto alla vedovezia della prima, essendo ripartita la fazenda, fronte a Notaio Pubblico della città di Cusco Dott. Jose Romualdo Vega Centeno, fra Ramon, Enriqueta, Alejandro, ed Eduardo Nadal Suarez, così come la propria vedova.

Questa proprietà si trova iscritta e registrata in Tomo primo, foglio sessanta, numero XVI. Dividendosi e partendosi una porzione dell'originale Silke, in cinque frazioni o parti su un immobile di approssimativamente 400 000 etaree di estensione, corrispodendole una frazione di 80 000 etaree a Ramon Nadal Suarez, frazione che ci interessa e dove nell'attualità si insieda il Santuario Storico di Machu Picchu.

Nell'anno 1905, l'erede di questa importante frazione, Ramon Nadal Suarez realizza successive vendite a favore degli sposi Mariano Ignacio Ferro e la sua sposa Laureana Vizcarra, chi dopo di successive compra-vendite legitimano il suo acquisto il 7 luglio 1910, davanti al Notaio Pubblico di Cusco, Dott. Jose Alosilla, iscrivendosi tale trasferimento nel Tomo 48, Foglio 133, Numero 42, dei Registri Pubblici della proprietà immobile della città del Cusco, Tale acquisto si alza a scrittura pubblica, il 12 luglio 1922, alla volta che si realizza uno scritto di aggiudicazione e anticipo di legitima che scorre nel fogli 1610 e volta, numero 741, protocollo 1, Tomo 2, per questo atto giuridico si realizzano aggiudicazioni nella condizione di anticipi di legitima e son rilasciate per il già vedovo Mario Ignacio nella sua qualità di albacea e mandatario della sua morta sposa Laureana Vizcarra a favore dei suoi tre figli: Maria Salome, Tomassa e Ignacio Ferro Vizcarra rispettivamente.

Essendo che in questo atto giuridico di disposizione Mariano Ignacio Ferro decide trasferire il Fundo che acquistò insieme che sua sposa alla loro figlia Tomasa chi per l'epoca stava già sposata con il Dott. Jose Emilio Abril Vizcarra. Già in gennaio 1944, nel quale si segue un processo di divisione e partizione seguito per gli eredi di Tomasa Ferro Vizcarra, essendo i beneficiari forzosi: suo sposo, il Dott. Jose Emilio Abril Vizcarra e i suoi figli Jose Luis, Carlos Alejandro, Julia Lourdes Abril Ferro, rispettivamente. Essendo stati dichiarati eredi i quattro, per il giudice di prima istanza Dott. Alberto Salas, chi ordina il frazionamento della principale proprietà (in questo caso una porzione della fazenda Silke, metrice della proprietà) acquistata dentro del matrimonio; detto frazionamento si realizza, assegnandole il lote quarto o 4 allo sposo e adesso vedovo Jose Emilio Abril Vizcarra nominato Qqente, con un area di 22 500 etaree, dove è incluso l'attuale estensione del Santuario di Machu Picchu.

Trascorsi nove mesi di questi fatti Jose Emilio Abril Vizcarra senatore della Repubblica decide vendere la sua parcella agli sposi Julio Hermenegildo Zavaleta Flores e sposa Rosa Maria Zavaleta Alvarez, chi erano già affittatori della detta proprietà dall'anno 1930, questa compra-vendita si realizza davanti al Notaio Pubblico Dott. Rosendo A. Fernandez della città di Lima, iscrivendosi nell'assento 91, Foglio 291 del Tomo 121 del registro della proprietà immobile della città del Cusco.

Nel documento di compra-vendita le parti chiariscono e lasciano stabilito che le città Inka di Machu Picchu, Huiñayhuayna, Sayaqmarka, e Pfyuyupatamarca, rimangono escluse della stessa per trovarsi in pieno procedimento di espropriazione.

Il 5 febbraio 1963, Julio Zavaleta Flores rilascia testamento olografo protocolizzato il 15 novembre 1966 lo stesso che si iscrive nella scheda 225 del registro di testamento del Cusco, essendo beneficiari suoi figli Rosa, Julia, Leoncio, Lourdes, Blanca, Carlos, Fortunata e Angelica Zavaleta Zavaleta rispettivamente con l'altro 50% restante morendo don Julio Zavaleta Flores l'anno 1967. L'anno 1995 muore dona Rosa Maria Zavaleta, il Processo di dichiaratoria giudiziario degli eredi, che si iscrive nell'assento 167 della scheda 9603, a merito del quale i figli sopravvissuti risultano beneficiati con la totalità di detta proprietà.

Gli anni 1974 e 1975 lo Stato peruviano alla protezione della legge 17716, Legge di Riforma Agraria, mediante due Decreti Supremi (1207-74-AG del 28 novembre 1974 il primo ed il 444-75-AG di 29 aprile 1975). Nell'attualità esistono diversi processi giudiziari pendenti di risoluzione che debatono la proprietà dell'immobile.

La fase iniziale della legislazione peruviana è precisamente la fase finale del diritto indiano.

“Si tratta dell'ultima fase del diritto indiano. In termini generali, quella inizia con l'indipendenza o qualche volta con l'inizio del movimento che avviò all'indipendenza. A partire di allora, il diritto indiano soffre una serie di trasformazioni, ma segue vigente. La nuova legislazione se limita a sopraporsi al diritto indiano, che di più si mantiene inalterato. Questa situazione si prolunga fino la codificazione, solo con quella può dirsi che si mette fine alla vigenzia del diritto indiano, perchè quindi lo si rimpiazzò per il diritto codificato<sup>27</sup>”.

Da questa prospettiva, è importante, segnalare che la Costituzione di Cadiz del 1812, anteriore all'indipendenza peruviana, mostra già una protezione alla proprietà privata abbastanza potente<sup>21</sup>.

Ispirata nelle rivoluzioni liberali che la precedono. La prima Costituzione peruviana da essecutare nell'ano 1823 e benchè non abbiamo potuto registrare movimento di proprietà di Machu Picchu dimostrabile durante il suo vigore, consideriamo importante segnalare che il diritto di proprietà individuale si proteggeva nel capitolo 5° articolo 193°, mentre il 194° indicava che “tutti i peruviani possono richiamare il suo esercizio di questi diritti ed un dovere delle autorità rispetarli e farli guardare religiosamente per tutti i mezzi che siano nelle attribuzioni in ognuno di quelle”.

Durante la tappa repubblicana, il Perù ha attraversato per una modernizzazione e codificazione del diritto di proprietà influenzato per le economie borghese in sviluppo e della stessa maniera, è stato orientando la

---

<sup>27</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. *El derecho indiano después de la independencia en América española: legislación y doctrina jurídica*. En Historia vol. 19. U.C. Santiago de Chile, 1984. pp. 6.

sua concezione giuridica del Patrimonio Culturale dal monumentalismo moderno, fino al multiculturalismo pos moderno.

Ci occupiamo anche rispetto del debate sulla proprietà del Santuario Storico di Machu Picchu. Questo è un lavoro dedicato a chiarire questo punto la cui importanza radica in che Machu Picchu di più di essere fonte d'ingressi in cui verso attività economiche, configura un caso emblematico nella protezione di Patrimonio Culturale immobile a livello mondiale.

Il principale processo legale è sostenuto per la famiglia Zavaleta, chi erano padroni di un fundo che copriva quasi la totalità del margine sinistro del fiume Urubamba e che nella decada degli anni settanta del secolo venti, fu espropriato per la Reforma Agraria. Lo Stato peruviano non regolarizò il tramite davanti i registri pubblici, gli ex padroni aducono non aver ricevuto pago alcuno e hanno fatto notare che parte della proprietà ancora appare iscritta a suo nome nei registri pubblici, motivati per il quale hanno iniziato azioni legali. Apparentemente lo Stato peruviano già regolarizò il tramite davanti ai registri pubblici. Funzionari del MINAM pensano che una volta che finiscano con questo comparendo legale con la famiglia Zavaleta, sarà la popolazione insediata all'interno del santuario quella che costituisca il seguente problema legale.

Rispetto della familia Abrill si hanno iniziato altri processi giudiziari argomentando che loro furono i proprietari formali del Santuario fino 1944, nella quale venderono la sua proprietà alla famiglia Zavaleta e lo Stato iniziò un procedimento di espropriazione sulla parte monumental più importante, il conflitto con gli antichi proprietari è complicato, hanno portato il problema a livello giudiziario, ed ogni attore ha i suoi propri planteamenti. Per esempio, Roxana Abril Nuñez, discendente di antichi proprietari menziona che "come sia, Machu Picchu è dentro della proprietà di mio vice nonno e posteriormente di mio nonno. Lo Stao dettò una espropriazione forzosa a mio nonno rispetto ai terreni di Machu Picchu in quello che rispetta alla parte archeologica, dichiarando che i monumenti storici sono di proprietà dello Stato, ma se questi si trovano sui terreni particolari lo Stato dovrà pagare il suo giustiprezzo ed espropriarli. Nel 1944 mio nonno vende la proprietà denominata Qente e Santa Rita alla famiglia Zavaleta rimanendo nella clausula quinta espressamente stabilita l'esclusione nella vendita dei gruppi

archeologici di Machu Picchu, Huayna Picchu, Puyupatamarca, Sayacmarca e Wiñaywayna che stavano essendo espropriati per lo Stato, di tale forma che i Zavaleta non possono argumentare che questo li potrebbe appartenere. Se esiste un diritto particolare sia appartenesca ai discendenti di Jose Emilio Abrill Vizcarra a chi io rappresento. Solo sono proprietari di Kente e Santa Rita di Kente, i quali sono intorno di 11 000 etaree.

La nostra proposta consiste nel dichiarare l'abbandono civile dell'immobile, il piazzo esito per la norma si è superato, dopo aversi compiuto la compravendita del predio circondante, e di non aversi concretato il processo d'espropriazione il predio caddè in derelizione, per parte del primigenio padrone.

Di più, lo Stato si comportava come proprietario con le azioni menzionate con anteriorità come la strada conosciuta come il cammino Bingham inaugurata nel governo di Manuel Odria nell'ottobre 1948, il restauro del complesso Archeologico di Machu Picchu nel 1952 o la creazione nel 1962 il museo del posto di Machu Picchu, azioni queste, prossime all'inizio della menzionata espropriazione.

Si configurano tutti gli elementi che costituiscono requisiti per la figura dell'abbandono:

- L'abbandono consiste "paradossicamente nell'esercizio di una facoltà di dominio stesso, la facoltà di disposizione<sup>28</sup>", per quello che si può considerare come un'affettazione al "diritto di disposizione ch'il titolare aveva sul suo bene<sup>29</sup>"
- L'abbandono decisamente è la conseguenza di una dichiarazione della volontà, "generalmente lo si considera un fatto giuridico (...) tutta volta che si tratta di un fatto giuridico dove si manifesta la volontà di rinunciare al diritto<sup>30</sup>", fatto il quale si manifesta al non dimostrare la parte interessata, aver mantenuto relazione proprietaria con l'immobile durante trascorsi, come potrebbe essere, il pago dei tributi o lavori di mantenimento del bene".

---

<sup>28</sup> RAMÍREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de derechos reales*. Editorial Rodhas, Lima, 2007. pp. 453.

<sup>29</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 453.

<sup>30</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 453.

- È come si è detto, un fatto giuridico volontario che di più proviene di una sola dichiarazione di volontà, diventandolo in un “fatto giuridico unilaterale, giacchè non si ha in conto altra volontà quella del proprietario. Rinuncia senza la necessità di fatto altro alcun da sua parte; il titolare non negozia il destino del bene a un terzo<sup>31</sup>”
- Per sicurezza giuridica e per garantire ordine nella sua applicazione l’abbandono, è “irrevocabile. Una volta consumata, il titolare primigenio non può arrendersi ed effettuare fatti negatori<sup>32</sup>”.
- L’abbandono per trattarsi di un fatto che beneficia allo Stato, è un fatto che prescinde di azione per parte dell’abbandonante a dire che “non è un fatto solenne o formalista. Si tratta semplicemente di fatti esterni (fisici), atteggiamenti o condotte (...) si perfeziona per la semplice consumazione di alcuni fatti<sup>33</sup>”.
- Per non necessitare una dichiarazione formale, si restringe la possibilità di limitare l’abbandono, per quello che questo “non è parziale nè condizionale. (...) affetta la totalità del bene e non una parte. È conseguenza di che la volontà è irrilevante<sup>34</sup>”.
- Della stessa maniera è necessario porre l’abbandono da parte dell’interessato – che in questo caso sarebbe il Ministero di Cultura-, “a forma indubbiabile (devono provarsi) i fatti che acreditano che il bene si è diventato in una res derelictae<sup>35</sup>”.

## V

A peggio dell’omogeneità internazionale, non si è raggiunto configurare una definizione di Patrimonio Culturale. Dalla prospettiva retroalimentatrice spagnola, l’omnicomprensivismo francese o l’internazionalismo dell’UNESCO, si aglutinano in un insieme indeterminabile di elementi, la cui conservazione già non bisogna di giustificazione al di là della propria logica del suo contenuto, perchè al ripresentare la capacità di creazione, i vaglia

---

<sup>31</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.

<sup>32</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.

<sup>33</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.

<sup>34</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.

<sup>35</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.



spirituali e la facoltà creatrice umana<sup>36</sup> nei quali confluiscono interessi privati e pubblici, “diversi quelli del puro proprietario, che sono interessi della comunità e che devono coordinarsi con queglii della forma più efficace per la conservazione dei quel patrimonio<sup>37</sup>”.

Patrimonio Culturale, è Il risultato concettuale ed idiomático di uma dialettica evolutiva, fino considerare ai loro integranti come testimoni materiali dotati di un valore di civilizzazione d'accordo alla Famosa Dichiarazione I<sup>38</sup> della Commissione Franceschini<sup>39</sup>. Le conclusioni di questa commissione, diventarono in un referente trascendentale per le costruzioni legislative nel mondo, risaltando che uno dei suoi integranti, Massimo Severo Giannini segnalerà un importante cammino costruito a partire delle conclusioni della commissione, all'affermare che esistono ·determinati beni materiali (...) che offrono una dimenssione culturale, in quanto a espressioni del divenire storico dell'uomo (...) e possiedono di una maniera immanente la riferita qualità culturale<sup>40</sup>”.

È da questa prospettiva, che la normativa su Patrimonio Culturale, tende a costituire un sistema giuridico organizzato ad hoc, orientando alla protezione di un universo dei beni, tanto materiali quanto immateriali giuridicamente indefiniti<sup>41</sup>, “appare come un insieme coordinato di norme costituenti un sistema, e quindi caratterizzato da un indirizzo unitario proprio del sistema nel suo complesso<sup>42</sup>”.

Al di là delle definizioni accademiche, le legislazioni hanno definito il Patrimonio Culturale come una specie di tertium genus, a dire, che in molti

<sup>36</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José. *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Marcial Pons, Madrid, 2004. pp. 316.

<sup>37</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. . Marcial Pons, Madrid, 2004. pp. 316.

<sup>38</sup> Dichiarazione I.- Patrimonio culturale della Nazione. Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà.

<sup>39</sup> *Commissione D'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e del paesaggio* 16 de aprile de 1962.

<sup>40</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan. *El ordenamiento estatal del Patrimonio histórico español: Principios y bases de su regimen jurídico*. En REDONDO LAGÜERA, José-Pablo (dir.). *El Patrimonio Cultural español, aspectos jurídicos – Curso monográfico*. Ayuntamiento del Burgo de Osma, Guarnizo, 1994. pp. 51.

<sup>41</sup> ROCA, Eduardo. *El patrimonio artístico y cultural*. IEAL, Madrid, 1976. pp. 25.

<sup>42</sup> ALIBRANDI, Tommaso *et altri*. *I beni culturali e ambientali*. Giuffrè ed. Milano, 1985. pp. 20.

casi enumera con abbastanza prolighità il tipo dei beni i quali saranno identificati d'interesse culturale passibili di protezione statale, lasciando nonostante, aperta la possibilità di crearsi nuove categorie o interessi d'accordo col divenire degli avvenimenti storici.

Questa tesi precissamente prettende che quella motivazione. È un'oda ed un'elegia al lavoro, idea di una maniera molto nitida nel paesaggio Culturale Industriale e Miniero, "la mina è un Paessaggio di paradossiche dimenssioni, (...) paesaggio di dolore, sforzo, sofferenza, morte. La miniera come antesala dell'inferno (...). dove si svanisce tutta speranza. Paessaggio d'invenzione, di macchinari, d'artilugi, di strategie, di procedure magici<sup>43</sup>". Di certa forma, il Patrimonio Culturale, protteto e non, è una metafora costante dell'umanità e della lotta per l'esistenza in una permanente sala di macchine, lavorando strategie, fabbricando magia, trattando di fuggire dell'unica certezza che l'umanita ci regala, la certezza della morte. E dove i frutti del lavoro, sono probabilmente, l'unico documento certo della nostra esistenza.

Si trata di dimostrare quello che il trascendentale nella costituzione del Patrimonio Culturale come istituzione giuridica è il riconoscimento del lavoro umano. Abbiamo potuto vedere Machu Picchu e l'evoluzione della sua concezione nella società o alla durata della sua esistenza, ci abbiamo avvicinato ad alcuna dottrina e legislazione rilevanti che ci hanno mostrato la sua innominazione nel diritto, con il quale, è menester, cercare considerazioni più proffonde che ci permettano sostenere il nostro argomento. Il Patrimonio Culturale rappresenta due volti si una stessa moneta, Civiltà e Barbarie si confondono in uno stesso concetto, per decantarsi d'accordo alla verità che i detentatori del potere (per tanto, proprietari della verità come Nietzsche la capiva), istituiscano d'accordo alla sua ideologia dominante.

Kojève, nella sua Dialettica del padrone e dello schiavo di Hegel<sup>44</sup> desegna che la "cultura nasce della lotta e dell'opposizione, è in e per la lotta che la cultura umana sarà realizzata" capindosi la lotta come volontà di

---

<sup>43</sup> SOBRINO SIMAL, Julián. *El Patrimonio Industrial y Minero*. En UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA (Coord.). *Patrimonio Histórico y desarrollo territorial*. UNIA, Sevilla, 2009. pp. 51.

<sup>44</sup> KOJÈVE, Alexandre. *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*. La Pléyade, Buenos Aires, 1982. pp. 90.

riconoscimento soggettivo. Così e avendo accettato che chi trasforma la realtà attraverso del lavoro è lo schiavo hegeliano, ci troviamo nella logica di che chi crea la cultura è lui stesso.

A partire di questa premessa, ci avviciniamo ad una carica ancora inesplorata dei contenuti trascendenti sviluppati da Walter Benjamin<sup>45</sup>, “La riflessione di Benjamin si riferisce anche al verso barbaro della medaglia brillante e dorata della cultura, quel botino che passa di vincitore a vincitore, come il candelabro di sette bracci, la Menorah del Tempio di Gerusalem, nello stesso alto sollievo dell’Arco di Tito, invece di opporre la cultura (o la civiltà) e la barbarie come due poli mutuamente escludenti o come tappe diverse dell’evoluzione storica – sue emotivi classici nella filosofia delle luci – Benjamin le presenta dialetticamente come un’unità contraddetta<sup>46</sup>”.

Le tesi di Benjamin, chiama l’attenzione poterosamente rispetto del Patrimonio Culturale come oggetto s’interesse regolatorio e della guida del suo statuto proprietario. La prospettiva di Benjamin, risulta congruente con il concetto di cultura o creazione di cultura di Hegel<sup>47</sup> a partire della cosiddetta dialettica del padrone e dello schiavo, dove, non esiste padrone capace di creare cultura, ma anzi è lo schiavo che al lavorare la materia crea cultura, perchè la cultura è la trasformazione che l’uomo opera sul suo intorno attraverso del lavoro.

Si sprende come principale concetto sottogiacente conformatore del concetto Patrimonio Culturale, il lavoro uno, che segnala Hannah Arendt insieme al suo prodotto artificiale, “concede una misura di permanenza e durabilità alla futilità della vita mortale e all’efimero carattere del tempo umano<sup>48</sup>”. È chiaro che, nella concordanza con Benjamin e molti altri, ci riferiamo al lavoro come un fatto eroico e tragico allo stesso tempo, il lavoro come creatore della

---

<sup>45</sup> BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. U.A.C.M. México, 2008. pp. 32

<sup>46</sup> LOWY, Michael. *AVISO DE INCENDIO: Una lectura de las Tesis sobre el concepto de la historia*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002. pp. 87

<sup>47</sup> HEGEL, Georg. *Fenomenología del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1966. pp.33.

<sup>48</sup> ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Paidós, Buenos Aires, 2009. pp.22.

bellezza e Patrimonio Culturale. In tutto il solido si svanisce nell'aria, Berman racconta la storia della costruzione di San Petersburgo nell'Impero Russo, dalla prospettiva dei costruttori. Pedro I dispose la costruzione di San Petersburgo, perchè decise che Russia precisava "avere un nuovo inizio, su una tabella rasa"<sup>49</sup> e che per raggiungere quell'obiettivo era necessario costruire una delle grandi metropoli europee del suo tempo nel mezzo di un pantano. La storia ricorda a Pedro il Grande di Russia come una delle grandi personalità dell'umanità, sicuramente questa entronizzazione nelle alture della storia c'è qualche giustificazione al di là dei metaracconti, nonostante, il riconoscimento come Patrimonio Culturale, è relazionato con il lavoro e sacrificio dei suoi costruttori,

"Pedro ordinò che tutti gli operai di tutto l'Impero russo, si traslocarono all'impiazzamento della nuova costruzione e proibette costruire in sasso in qualsiasi altro posto, ordinò ad un considerevole numero di nobili che non solo si traslocassero lì, ma anche che costruissero castelli. Altrimenti perderebbero i loro titoli, infine, in una società di servi dove la gran maggioranza delle persone erano proprietà dei terrenanti nobili o dello Stato, Pedro aveva potere su una forza di lavoro praticamente infinita. Obbligò a quelli cattivi a lavorare senza riposo (...) I sacrifici umani furono immensi: in tre anni la nuova città aveva divorato un esercito di 150 000 lavoratori- sforzati fisicamente o morti- e lo Stato ebbe di andare all'interno di Russia in cerca di più uomini"<sup>50</sup>.

Questo racconto può considerarsi come una costante nell'edificazione dei grandi monumenti fisici dell'umanità, tanto in Egitto quanto nel Messico, nel Perù pre spanico, come nella Spagna imperiale, che furono ispirazione, mesianica, religiosa, nazionalista o di qualsiasi altra indole degli ostentatori di potere politico, ma che nella sua profondità, esistono grazie alla collettività umana, al lavoro degli schiavi hegeliani che costruiscono la storia con le sue braccia e la sua vita, i cui relati la storia di recente comincia a scoprire.

---

<sup>49</sup> BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. La experiencia de la modernidad. Siglo XXI, Buenos Aires, 1989. pp. 178.

<sup>50</sup> BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Op. Cit. pp.179.

Il Patrimonio Culturale, è un intento d'identificazione dell'essere umano con sè stesso e con il suo ruolo storico di trasformatore del mezzo, commemora la dialettica tragica ed eroica che Benjamin descrive "dal paraiso soffia una tempestà che si è soggetato alle sue ali, è tanto forte che già non può chiderle. La tempestà lo spinge irresistibilmente verso il futuro, al quale gli da la schiena, mentre che fronte a lui le rovine si accumulano fino il cielo, quella tempestà è quello che chiamiamo progresso<sup>51</sup>".

Altitudine di Machu Picchu, del cileno Pablo Neruda<sup>52</sup>, che descrive con maestria e bellezza questo punto di vista, riferendosi alla costruzione americana di sasso, come uno de becchi della cultura universale, "Machu Picchu, Alta città di sassi scalari, (...) / madre di sasso, spugna dei condores. Alto recife dell'aurora umana" e che nonostante lo conetta dentro di una dialettica di cultura e di vitalità collettiva, stacando la fortezza e trascendenza vitale dei suoi costruttori, "Qui i piedi dell'uomo riposarono di notte insieme ai piedi dell'aquila, nelle alte guaride carnicere, / e nell'aurora pissarono con i piedi del tuono la / niebba enrarezida e toccarono le terre e i sassi / addirittura riconoscerle nella notte o la morte". Il Patrimonio Culturale, è un concetto sorso all'ombra della desacralizzazione delle società pos moderne e pensando nei funerali di Dio e dell'individuo, cercando l'uomo trovarsi a sè stesso da una prospettiva nihilista, cercando di riconoscersi trasformatore del suo intorno, reivindicando il veicolo che l'ha condotto con successo tra le sue paia biologici nell'incidente dell'esistenza: il lavoro.

## VI

Decidiamo centrare il problema dalla prospettiva storica e comparare ambedue istituzioni per le caratteristiche ideologiche le quali le ispirarono nel momento della sua apparizione. Consideriamo, che la miglior maniera di centrare il tema è a partire della molteplicità di statuti proprietari che ha il

---

<sup>51</sup> BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. UACM, México D.F., 2008. pp. 52

<sup>52</sup> NERUDA, Pablo. *Alturas de Macchu Picchu*, Ediciones de Librería Neira, Santiago, 1948. pp. 16.

vantaggio d'investire nel centrare soggetto del diritto di proprietà, per oggettivarlo e rilasciarle una formazione legislativa specializzata.

In tanto all'oggetto integrante del Patrimonio Culturale come può dirsi che mostra chiaramente la maniera nel quale un oggetto nel diritto di proprietà si è sviluppato dal suo inizio come un elemento unidimensionale ed inanimato, potrebbe dirsi che ha passato a diventarci nel protagonista del diritto di proprietà. Grossi graffica questo fatto, quando si riferisce al primo codice civile italiano dell'unità del 1985,

*“Il bene (en este código) apartiene a la realtà esterna, ma non ha contrassegni strutturali, economici, sociali. E una realtà neutra, amorfa, di cui l'ordenamento generale si disinteressa, pago únicamente di asserire che un carattere giuridicamente tipizzante gli proviene solamente dalla proiezione su di esso della volontà del proprietario<sup>53</sup>”.*

E chiude riflessione su quello che chiama la Rivoluzione Copernicana di Finzi, da veder la relazione persona-cosa di su per giù,

*“affermando la primazia del bene sul soggetto proprietario, valorizzando la cosa nella sua intrínseca natura materiale di bene, cioè in una sua specificità e peculiarità derivanti dalla sua diversità di índole strutturale (...) dalla quale scaturiva anche la sua specificità e peculiarità di índole economica<sup>54</sup>”.*

questa riflessione ci porta a pensare rispetto della codificazione del Patrimonio Culturale, in tanto materiale, nel contraddirsi con la sua natura invaluabile dalla prospettiva economica e la quale risulta una contraddizione quasi insalvabile nel transito di frammento del cosmo all'oggetto di proprietà

*“la cosa a qui perduto la neutralità del frammento muto del cosmo, non è più una sorta di vaso vuoto, ma è, al contrario, carica di contenuti economici (è la res frugífera di cui parlano fittamente i giur-agraristi) ed ha un suo messaggio típico che la impone alla volontà*

---

<sup>53</sup> GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. En *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, anno LXXI, Fasc. 4. Giuffrè Editore, Milano, 2012. . pp. 1063

<sup>54</sup> GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1070.

*degli individui<sup>55</sup>,*

questa affermazione, ci lascia la certezza che la condizione di Patrimonio Culturale di un bene sarà determinante in una futura relazione proprietaria e che l'antieconomicismo valorativo che caratterizza al Patrimonio Culturale esige un trattamento ed una densità tanto specializzati, che solo potranno essere compresi dalle proprietà e mai dalla proprietà. Da questa prospettiva, la fondamentazione teleologica della protezione al Patrimonio Culturale, trova il suo appoggio, in valori assolutamente disimili e contraddettori con i valori che ispirano la protezione della proprietà liberale i cui modello per motivi pratici dovrà essere superato.

La proprietà può essere un prodotto artificiale, tanto antico quanto la cultura. Diceva Fustel de Coulanges<sup>56</sup> *“Les anciens ont fondé le droit de propriété sur des principes qui ne sont plus ceux des générations présentes ; il en est résulté que les lois par lesquelles ils l'ont garanti sont sensiblement différentes des nôtres”*. La sua storia si perde nella notte dei tempi, nonostante , finita la guerra fredda e con un pensiero economico univoco possiamo aspirare ad una logica proprietaria. Possiamo sintetizzare denominatori che potrebbero chiamarsi universali nella struttura del diritto di proprietà (al meno nel concernente al diritto continentale) un diritto reale, assoluto, ilimitato (o quasi ilimitato) ed esclusivo.

Uno sguardo medianamente acuziosa sul diritto di proprietà, ci rivelerà, come veniamo sviluppando su questo lavoro, l'esistenza di una sostituzione di una prospettiva esclusivamente dogmatica per una prospettiva analogica e realista<sup>57</sup> che la dottrina chiama proprietà. Anguita, già lascia prevedere la necessità di considerare al Patrimonio Culturale, che si tratta di giustificare da queste pagine.

---

<sup>55</sup> GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1070.

<sup>56</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *La Cité Antique*. Hachette, Paris, 1900. pp. 81

<sup>57</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata*. Il mulino, Bologna, 1990. pp 52.

“Indipendentemente del suo regime pubblico o privato per differenziare la proprietà, che adesso ci interessa, dentro della proprietà privata si è venuto considerando da tempo, che questa non ubbidisce ad un tipo unitario ma che si diversifica conforme alla sua regolazione<sup>58</sup>”.

D'accordo a quello segnalato, inferiamo che il diritto della proprietà, se bene è certo si mostra legislativamente come un'unità, principalmente per motivi pratici,

“la pretendetta unità classica del diritto di proprietà mai é esistito pienamente, nè potrà esistere (...) deve amoldarsi alla natura degli stessi (beni) (...) delimitare la proprietà in attenzione alla funzione sociale che deve compiere il suo esercizio dui determinati beni nella società<sup>59</sup>”

Grossi in *Un altro modo di possedere*, rimarca che definitivamente il diritto di proprietà come lo conosciamo è un prodotto della storia e che varia nei suoi matizi e la sua orientazione, giacchè di nessuna maniera è un diritto invariabile,

*“a fronte della proprietà appartenenza in cui si incarnava il messaggio d'una cultura impronta romanística, era una propiedad funzione che si veniva ad affiancare nel deliberato disegno di mettere in crisi una nozione troppo assolutizzata di dominium, d'uno schema pensato e costruito al di sopra della storia<sup>60</sup>”.*

La proprietà privata che obbiettivizza al Patrimonio Culturale dentro di una relazione positivista e ritualista, è stata disegnata prendendo il contenuto dello Storico Artistico, che come abbiamo segnalato, data la sua condizione obbiettivizzatrice dei beni che protegge, ha una ontologia e storia diverse e molto più parziali quella del Patrimonio Culturale, che allo stesso tempo, pretende essere vigile della tradizione umana passata e generatore

<sup>58</sup> ANGUITA VILLANUEVA, Luis. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Dykinson, Madrid, 2005. pp.47.

<sup>59</sup> ANGUITA, Luis *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 49.

<sup>60</sup> GROSSI, Paolo. *Un altro modo di possedere*. Giuffrè, Milano, 1977. pp. 39



d'iconografia collettiva alla maniera di Levi-Strauss. La proprietà sul Patrimonio Culturale, risulta un interessante saggio al trattare due istituzioni trovate in costituzione, in storia ed in proiezione. Il Patrimonio Culturale, come abbiamo visto, aspira ad essere un punto coessivo nell'umanità, un facilitatore dei microrrelati, ma allo stesso tempo è un progetto, debole e minacciato per la realtà, in gran parte disegnata - alla forma nietszcheana- per il diritto moderno di proprietà e i suoi utenti, che hanno divenuto il sistema di protezione dell'individualità cittadina e la base della libertà, in un metarrelato sacralizzatore che promuove l'inequità.

Davanti all'evidente molteplicità di statuti proprietari esistenti, può sostenersi compiutamente che il Patrimonio Culturale, configura, in sé stesso, una forma di proprietà, con statuto proprio, orientato principalmente per la speciale situazione oggettiva che caratterizza il contenuto della relazione proprietaria, a dire, che configura una situazione proprietaria oggettiva prima che soggettiva attenuando nel suo caso, il profondo soggettivismo che caratterizza il diritto di proprietà privata, antepoendo valori strapatrimoniali e metaeconomici, ai tradizionali valori individuali la cui ipertrofia ha sbordato e snaturalizzato l'individualismo libertario primigenio della rivoluzione francese, per convertirlo in un proprietarismo sboccato, totalizzatore e generatore di disuguaglianza. I molteplici problemi che il diritto di proprietà attraversa, sono molto più profondi che la soggettivizzazione della proprietà, evidentemente il riconoscimento degli statuti proprietari per se stesso non costituisce una soluzione, come già lo dice Rodotà, ma marca un passo importante verso la costruzione di un diritto di proprietà con un disegno più incluso al di là del promotore delle disuguaglianze che oggi conosciamo. Come Grossi ed altri tanti, crediamo che la proprietà ed il proprio diritto, sono espressioni dell'ideologia dominante di un'epoca – parafrasando la conosciuta frase dedicata a Hegel – crediamo che ogni epoca si definisce per il trattamento che dà al diritto di proprietà, volessimo contribuire con questa ricerca, anche la nostra epoca sono sia quella nella quale la civiltà gira esclusivamente intorno all'appropriazione degli elementi, ma che si sforza per conseguire che il suo dominio, si traduca in sviluppo integrale della specie, espresso nei frutti del suo lavoro, ogni volta più lontano dell'ente e più vicino dell'essere che Heidegger voleva.

## Resumen

### I

Nuestra investigación pretende reflexionar respecto de los puntos de coincidencia y disidencia entre el Derecho de Propiedad y el Patrimonio Cultural, iniciamos haciendo un estudio cronológico respecto de la titularidad propietaria del monumento en tanto inmueble, que parte desde el momento de su construcción en el siglo XV, pasando por los traspasos de propiedad que sufrió a través de los siglos entre ellos la opresión colonial española y la república, tener esta perspectiva, nos permite una vista privilegiada sobre el tratamiento de la propiedad privada en el Perú durante los últimos cinco siglos, además del tratamiento y protección que se otorgó al Patrimonio Cultural. Es desde esta perspectiva histórica que tratamos de profundizar en las anomias que se evidencian al analizar los procesos judiciales que discuten la propiedad del Parque, donde se hace evidente que las previsiones y direccionalidades (que tienen trascendencia y uniformidad a nivel global) del Derecho administrativo en el camino de proteger el Patrimonio Cultural no han permeado lo suficiente en la dogmática superficie del derecho civil, motivo por el cual, recurrimos a la tesis de los diversos estatutos de propiedad, propuesta hace casi un siglo por Pugliatti y que ha ido haciéndose trascendental para comprender el sistema de propiedad contemporáneo.

### II

Según el cronista Betanzos, Pachakuteq llevó sus conquistas en el Antisuyu hasta 40 leguas, es decir 200 kilómetros más allá del Cusco, sin embargo Topa Inka Yupanki permaneció en el Antisuyu por un largo tiempo. Entonces Machupicchu no podría entenderse como un territorio ocupado de manera

accidental, por el contrario, fue construido planificadamente por el Estado Inka, con toda la complejidad simbólica y arquitectónica que merecía un complejo como Machupicchu.

El Archivo Regional de Cusco, engloba datos muy interesantes en referencia al Santuario Histórico de Machupicchu, con las siguientes evidencias. Picchu (Machupicchu), fue la propiedad ó Llaqta Inka de Inka Yupanqui Pachakuteq y todas las tierras bajas, desde el kilometro 82.00 de la línea férrea, margen derecha y margen izquierda hasta Machupicchu.

El derecho de propiedad en la sociedad Inca y sus peculiaridades, Waldemar Espinoza, lo distingue en seis clases,

“1° de bienes inmuebles (tierra, casas, caminos, puentes, pozos, árboles); 2° de objetos domésticos, como herramientas de trabajo y armas, que difieren según el sexo y la edad y que, por lo común, son heredados de acuerdo a la consanguinidad; 3° de efectos almacenados y acorralados (alimentos, ganado) que, en el caso de los pastores *aymaras*, *chocorvos* y *chinchaycochas*, constituían su más preciada riqueza, cuyo valor incluso estaba determinado por el color de la pelambre; 4° derechos sobre el uso económico (usufructo de las heredades ocupadas por los ayllus); 5° derecho de los poderosos sobre personas y servicios humanos (*yanas*, *mitayos*, *piñas*); y, 6° otras modalidades de dominio, como derechos exclusivos sobre canciones, danzas, hechizos y artesanías concretas<sup>61</sup>”.

La propiedad en el estado Inca, o mejor dicho la riqueza, no estaba considerada ni medida por los mismos indicadores que se utilizan actualmente<sup>62</sup>, mas bien por factores más directos de supervivencia del grupo

---

<sup>61</sup> ESPINOZA SORIANO, Waldemar *et al*. *Economía política y domestica en el Tahuantinsuyo*. En Compendio de historia económica del Perú, Tomo I: Economía Prehispánica. BCRP-IEP, Lima, 2010. pp. 317.

<sup>62</sup> Al respecto, resulta interesante lo señalado por Gluckman: En las economías primitivas el individuo que tenía muchos bienes podía hacer muy poco con ellos en su propio favor: no había manera de comprar objetos de lujo, el capital no producía intereses, el ciclo comercial era limitado. Por lo tanto el hombre que tenía mucho a su disposición (y esto se refiere sobre

social haciendo de la propiedad de la tierra un derecho colectivo e universal en muchos casos aún para el jefe o curaca.

Resulta importante resaltar además el carácter heterodoxo en la medida de los terrenos considerando la *complementariedad ecológica*, lógica que permitía repartir inmuebles agrícolas entre la población desde una perspectiva productiva y no longitudinal, estableciéndose que la tierra se dividía en el mundo prehispánico, como se ha dicho, en función a criterios productivos y de técnica agrícola antes que extensión. La unidad de medida era el llamado topo o tupu, que Murra define como la superficie básica apta para alimentar a una pareja durante un año. Por lo que la propiedad de la tierra estaba mucho más ligada a fines utilitarios que a la voluntad de apropiación que rige la lógica actual de los derechos reales “claramente entonces, más que un tema de propiedad (propriadamente dicho), el concepto relevante para los incas era el acceso a los recursos. Bajo la influencia de los españoles, esa relación usufructuaria pasa a ser una de posesión<sup>63</sup>”.

El acceso a la propiedad inmueble en el Perú prehispánico estaba basado en que “todo hombre andino reclamaba un mínimo de recursos agrícolas, basándose no en méritos especiales, sino en el hecho de haber nacido miembro de un grupo de parentesco y en tener existencia socialmente reconocida<sup>64</sup>” además de tener un carácter universal, “vemos en detalle cómo el Estado y los reyes pueden reclamar derechos sobre todas las tierras, pero vemos también que los grupos étnicos que componen el reino y los de parentesco retienen un acceso efectivo y simultáneo a algunos de los mismos campos de cultivo<sup>65</sup>”.

La función social de la propiedad inmueble, tenía un cariz harto distinto desde

---

todo a los señores) era obligado o a destruir sus bienes como hacían en la costa noroccidental del Canadá, o a repartirlos entre los demás, como se hacía en Mrica. De esta manera el rey repartía gran parte de la propiedad que adquiría. GLUCKMAN, Max. *Essays on Lozi Land and Royal Property* en *Rhodes-Livingston Papers Nro 10*. Rhodes-Livingston Institute, Northern Rhodesia (hoy Zambia), 1943. pp 87.

<sup>63</sup> DECOSTER. *Tenencia de la tierra en Apurimac durante la colonia: Políticas de control del espacio y acceso a recursos* en *Proceso de composición y titulación de tierras en Apurimac – Perú Siglos XVI – XX*, Tomo I. *Op. Cit.* pp. 33.

<sup>64</sup> MURRA. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. *Op. Cit.* pp. 303.

<sup>65</sup> MURRA. *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*. IEP, Lima, 1975. pp. 299.

la perspectiva que la propiedad en sí misma, estaba inspirada en valores distintos de los de propiedad liberal que hoy conocemos. A entender de Murra<sup>66</sup> se otorgaba derecho de propiedad inmobiliaria absolutamente a todos los habitantes del Estado, en mayor o menor grado, sea cual fuese su etnia o condición social, para asegurar su subsistencia y la de su familia, conectándose con el axioma andino: ningún tributo en especie; que pretendía asegurar que la totalidad de producción obtenida por un ciudadano sea destinada a garantizar su sostenimiento económico, siendo que la tributación se hacía en trabajo. Este hecho garantizaba un destino privado de los inmuebles agrícolas, que sin embargo no puede calificarse dentro de un régimen de propiedad propiamente dicho, puesto que evidentemente no cuenta con algunas de las características básicas de éste, principalmente la libre facultad de enajenar contenida en su condición de derecho real.

### III

La Documentación Paleográfica, señala datos sobre Títulos y Amparos de las tierras del Santuario Histórico de Machupicchu (Picho) correspondiente a la época colonial, siendo las siguientes: Masocucho Pacasmayo, Carmenga, Masocaca, Picho, Macho Picho, Guayna Pichoc, Apupicho, y otros nombres que fueron de los *yngas antiguos dedicados al sol y a las Guacas*. Registrándose varios traspasos de propiedad que varía según la zona del Parque a la cual se pueda estar hacienda referencia, tomando en cuenta que en la actualidad, la extensión del santuario des mayor a las 33000 hectáreas. Contándose entre sus propietarios en principio el cacique Gonzalo Cusirimachi que aparece como enajenante de la propiedad a favor de Gabriel Suárez en un contrato celebrado el año 1568, Mencionaremos igualmente la constancia del año 1579, dde la propiedad de Martín García de Licona por autorización de Lope García de Castro, de tierras que se hallan al interior del parque. Mateo Velásquez de Cobarrubias, adquiere parte de los inmuebles pertenecientes al parquet para posteriormente venderlas a Pedro de Almirón.

Doña Manuela y Dominga Almirón y Villegas hijas legítimas del Capitán Pedro Almirón y Villegas y de Doña Ambrocía Ruiz, el 12 de junio de 1772

---

<sup>66</sup> MURRA. *El mundo andino, población medio ambiente y economía*. Op. Cit. pp. 307.

son reconocidas como propietarias de las tierras de Machupicchu, que limitaban con tierras del convento de los Agustinos y Betlemitas.

Otro documento paleográfico, indica que en el año de 1782, Doña Manuela Almirón y Villega viuda de Don Francisco Mendo y Valdés, vende las tierras de su propiedad a Don Pablo y Don Antonio Ochoa y años posteriores los hermanos Ochoa, vendieron a Marcos Antonio de la Cámara y Escudero el 3 de Diciembre de 1782.

El Perú es un país que, vista su codificación, puede comprenderse, -si es que existe alguno que no pueda directa o indirectamente- entre los países cuya legislación es directamente tributaria a la tradición civilista romana. Muy posiblemente, nunca se llegue a tener una percepción ecléctica y objetiva de la ocupación europea de América, la historia no tiene una ética, sólo los actos. El Derecho Romano y el pensamiento occidental, llegan a América junto a los conquistadores y la fe cristiana,

Uno de los principales elementos que podemos considerar a este respecto es el hecho de que el documento está redactado en los albores de la colonia.

Establecido o en tren de establecerse el nuevo *status quo* colonial,

“se introduce (...) la noción de propiedad, generándose distintos procesos que requieren de nuevo estudio, en primer lugar la identificación de las tierras como propias, principalmente las de los incas, de los curacas etc. Ello era motivado por la imprescindible urgencia de utilizar las tierras del Estado para que el nuevo poder español pueda repartirlas (...)”<sup>67</sup>.

Cruz Barney, apunta el intento primigenio de los Reyes Católicos de que el derecho castellano rija en las Indias con exclusividad “sin embargo pronto tuvieron que ceder ante la nueva realidad social que exigía preceptos de aplicación peculiar y específica para las tierras recientemente descubiertas.

---

<sup>67</sup> PEASE GARCÍA YRYGOYEN. *La noción de propiedad entre los incas, una aproximación en Etnografía e historia del mundo andino: continuidad y cambio. Op Cit.* pp. 23.

Así nace un nuevo derecho, el indiano, frente al castellano, también vigente. Se le ha denominado también derecho hispano - indiano<sup>68</sup>.

Si bien es cierto, la propiedad en el derecho indiano y castellano, prefiguraba o preparaba el concepto moderno de propiedad, también es cierto que su fundamentación ontológica y subjetivación eran harto distintos.

La propiedad en el Derecho Indiano, se configura, desde nuestra perspectiva, a partir de dos pilares, el primero es el sistema de propiedad, de corte principalmente medieval que regía en la España del siglo XVI, fuertemente influenciado por la religión y por el oscurantismo histórico de la época, en una Europa ensangrentada por las guerras internas, la miseria incontrolable, las grandes crisis humanitarias que aún enviaba al cadalso a científicos y artistas incómodos para el dogma católico y por otro, la apremiante necesidad de organizar nuevo territorio anexado a la Corona por la fuerza, con la obligación de la flexibilidad que el mestizaje de culturas que estaba naciendo, exigía.

La propiedad indígena de una u otra manera, trató de respetarse, paralelamente a satisfacer los intereses de los colonizadores. Al respecto, Mariluz Urquijo, ha dicho “en el requerimiento de 1513, destinado a leerse a los aborígenes de las tierras que acaban de descubrirse, se les promete que *vos dejaremos vuestras haciendas libres e sin servidumbre* y otros múltiples testimonios posteriores prueban el continuado mantenimiento de ese principio<sup>69</sup>” pero a esto hay que agregar que “no llegó a reconocerse sino respecto de aquellas sociedades que demostraban ejercer un efectivo y real dominio<sup>70</sup>”, la oficialidad castellana, se esforzó mucho desde la perspectiva legislativa para continuar con esta política, llegando inclusive a ser una de las varias acusaciones que pesaban sobre Francisco Pizarro, la de repartir tierras indígenas indebidamente<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho indiano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 14.

<sup>69</sup> MARILUZ URQUIJO, José. *El regimen de la tierra en el derecho indiano*. Perrot, Buenos Aires, 1978. pp. 24.

<sup>70</sup> DIAZ. *La propiedad*. Op. Cit. pp. 347.

<sup>71</sup> Pizarro fue el primer gran y poderoso corrupto del Perú hispánico. Hubieron quejas de otros españoles a la Corte contra Francisco Pizarro, de que sus preferencias para encomendar indios y mercedes de tierras se hacían a *sus hermanos y paniaguados en agravio de los demás conquistadores y pobladores*. TANTALEÁN ARBULÚ, Javier. *La corrupción en la colonia. Pizarro el primer corrupto del Perú*. Op. Cit. pp. 139.

Los siglos XVI y XVII, se marcaron por constantes críticas al crecimiento constante del apropiamiento, legal e ilegal, de inmuebles de la iglesia, “las cortes de Valladolid de 1523 formulan ya quejas muy directas contra la amortización eclesiástica, que se reiteran, más agudamente, en las de Toledo de 1525 y en las de Madrid de 1528<sup>72</sup>”, iniciando con esto una serie de acontecimientos históricos y debates ius filosóficos que conducirían a la supresión de conventos de regulares y la expropiación de los bienes del clero regular<sup>73</sup> en 1836 y la desamortización de los bienes del clero secular en 1837.

No hay duda que el descubrimiento del Nuevo Mundo, resultó revolucionario en las relaciones entre la Corona Castellana y la Iglesia Católica de Roma, básicamente por el fortalecimiento de ambas y evidentemente de su relación que significó el empoderamiento entre otras naciones e iglesias de la época, gracias a esta alianza, la Iglesia Católica tuvo exclusividad forzada sobre millones de seres humanos a cambio de bendecir el genocidio y destrucción con fines pecuniarios y geopolíticos, que algunos llaman evangelización.

La existencia y funcionamiento de la Iglesia Católica en América, tuvo desde el inicio, una condición bastante *sui géneris*, dándose situaciones jurídicas y extra jurídicas que la Santa Sede no estaba acostumbrada a permitir ni a promover.

Roma le otorgaba el derecho de gobernar las nuevas tierras a la Corona castellana a cambio de que esta utilice el aparato estatal para cristianizar a los habitantes de las mismas,

“El resultado fue que efectivamente las Indias fueron cristianizadas, y que tal labor fue llevada a cabo por un ejército de clérigos y religiosos dirigidos por el poder político, dándose lugar a una brillante Iglesia en Indias religiosamente pujante y administrativamente controlada por la Corona y sus representantes. La Santa Sede, sin la cooperación del Estado, no hubiese podido obtener el éxito. Carecía

---

<sup>72</sup> BARRIO, Maximiliano *et alri*. *La propiedad eclesiástica en la España del Antiguo Régimen* en Historia de la propiedad en España siglos XV-XX. *Op. Cit.* pp. 38.

<sup>73</sup> El (clero) secular se conformaba por la jerarquía comprendida entre los adjutores y los párrocos hasta los obispos, arzobispos y cardenales. El clero regular, por su parte, se integraba por los clérigos que obedecían a una regla en particular, que son los principios que rigen la organización monástica a la que pertenecen. CRUZ, Oscar. *Historia del derecho indiano*. *Op. Cit.* pp. 329.



no de misioneros pero sí de medios para enviarlos a las Indias y para mantenerlos allí, al par que para dotarlos de los instrumentos precisos para su tarea, desde catedrales a parroquias, desde hospitales a escuelas, desde doctrinas a monasterios<sup>74</sup>”.

La vida de la Iglesia Católica en América Indiana, estuvo completamente en manos del Estado, mientras la Sede Pontifical, flexibilizó mucha de su política habitual para dar cabida a esta actuación porque le resultaba igualmente beneficiosa y el papado no podía, bajo ninguna circunstancia, perder un aliado tan poderoso como la Corona de Castilla. Es importante, para entender lo profundo del asunto, entender el destino de los diezmos. El diezmo procede de una antigua tradición impositiva, que fue asumida por la Iglesia Católica, pero que en el caso particular de la cristianización de América, fue trasladado a la Corona española por el Papa Alejandro VI con la finalidad de equilibrar el gasto que le significaba a dicha corona, la implementación del aparato necesario para cristianizar el nuevo territorio, en Reales Cédulas de 3 de octubre de 1539, de 6 de julio de 1540 y de 13 de febrero de 1541, se fija la distribución del diezmo.

En este orden de cosas, resultan cruciales dos instituciones jurídicas trascendentales, El Regio Patronato Indiano y el Regio Vicariato Indiano.

El Patronato, es una institución jurídica que fue utilizada con regularidad en la Europa Medieval con la finalidad de cristianizar territorios,

“Los señores que incorporaban nuevas tierras a sus señoríos, bien repoblándolas, bien cristianizando a sus habitantes, y los que realizaban una obra de desarrollo y población de sus tierras, fundaban en ellas iglesias y las dotaban económicamente, recibiendo a cambio el derecho de proponer los nombres de las personas que habían de regir esas iglesias, para su nombramiento por la autoridad eclesiástica competente<sup>75</sup>”

---

<sup>74</sup> DE LA HERA, Alberto. *La administración*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 231.

<sup>75</sup> DE LA HERA, Alberto. *La administración*. *Op. Cit.* pp. 273.

No existe concesión propiamente dicha de patronato en las bulas alejandrinas de 1493 aunque según opinión de Cruz Barney<sup>76</sup> éstas sirven de fundamento y justificación fáctica para una serie de hechos que el Papa Julio II terminaría de consolidar mediante la bula *Universalis Ecclesiae*, “por ella, nadie podría ya sin el consentimiento del rey erigir iglesias en Indias y el monarca tenía el derecho de presentación en toda clase de beneficios”. Básicamente, el Patronato indiano, se puede resumir, en el poder que tenía la Corona de Castilla, de regir el destino de la Iglesia Católica en los terrenos que ella le asignó en América

En lo relacionado con la legislación contractual, el principio tuvo una decidida continuidad con el *ius commune*, hecho demostrable, puesto que en atención a éste se resolvió a favor de la Corona castellana, el debate sobre la propiedad de los nuevos territorios, atendiendo a los justos títulos de ocupación y descubrimiento confirmados por el pontificado de Alejandro VI. Igualmente es el *ius commune*, el que ayuda a despejar la duda sobre cuál derecho es el aplicable en las nuevas tierras como apunta Barrientos<sup>77</sup>, “era *communis opinio* que los habitantes de aquel territorio que era ocupado y accedía a otro, pasaban a regirse por el derecho del rey o pueblo que había realizado la ocupación”.

En el derecho castellano, como en el resto de legislaciones de occidente, es reconocida, la evolución de “una actitud reverencial respecto del cultivo de las formas en la materialización del acuerdo oral como fuente obligacional a una situación de progresiva consolidación de la autonomía de la voluntad<sup>78</sup>” y en el caso específico de la aplicación del derecho en las Indias tuvo que adecuarse, con la infinita posibilidad de hechos jurídicos imprevistos hasta el momento,

“la complejidad político-social de las Indias motivará que, por ejemplo, se limite la posibilidad de contratar por estar ejerciendo un oficio público, que se limite la capacidad del indio bien para evitarle

---

<sup>76</sup> CRUZ, Oscar. *Historia del derecho indiano*. Op. Cit. pp. 341.

<sup>77</sup> BARRIENTOS, Javier. *Historia del derecho Indiano. Del descubrimiento indiano a la codificación*. Il cigno Galileo Galilei, Roma, 2000. pp. 95.

<sup>78</sup> DIAZ, Carlos *et alri*. *Obligaciones y contratos*. En ANDRES-GALLEGO, José (coord.). *Historia del Derecho Indiano*. Mapfre, Madrid, 1992. pp. 351.

abusos bien para imponerle una relación de trabajo o que se prohíban las ventas y donaciones de indios cuando estaba declarada su libertad<sup>79</sup>.

Si bien es cierto, la libertad contractual del voluntarismo ya se veía asomar débilmente en la legislación indiana, tuvo muchas excepciones y desvíos en función de objetivos más importantes para la Corona que la libertad de contratación, como la cristianización y europeización de los indígenas y su consecuente ingreso al mundo productivo y de pago de impuestos.

En cuanto a la protección del Patrimonio Cultural de la corona castellana, tiene por fecha fundacional al siglo XVIII, por la creación de la Academia de la Historia y por las normas dictadas en la época destinadas a protegerlo. La Real orden de Carlos III de 3 de Octubre de 1777 obligaba a los magistrados y a los ayuntamientos a elevar en consulta cualquier proyecto de construcción o diseño de toda obra pública a la Academia de la Historia que - después se llamó San Fernando en honor a su fundador- para que ésta se pronuncie y corrija cualquier error de contextualización o construcción que se presentase. La circular de 25 de noviembre del mismo año, que en el mismo sentido y relacionada con los bienes de la Iglesia, establecía a la jerarquía eclesiástica el deber de presentar ante San Fernando, cualquier proyecto de construcción que planeara hacer sobre los bienes bajo su dominio, para evaluar su pertinencia artística.

En lo referido a la protección del Patrimonio Cultural y/o Patrimonio Histórico Artístico prehispánico durante la dominación española en América, fue nula, la referencia que solía hacerse de ellos era *cosas de indios y gentiles*, que básicamente se consideraban como fuentes de donde eventualmente podía extraerse oro, plata o alguno que otro mineral precioso, es decir, no tenían valor alguno como obras de arte o manifestaciones culturales y en la mayoría de los casos estuvieron sometidas a procesos de los extirpadores de idolatrías que contribuyeron, a su destrucción sistemática y organizada.

#### IV

---

<sup>79</sup> DIAZ, Carlos *et alri. Obligaciones y contratos. Op. Cit.* pp. 352.

Se retoma el rastro registral el año 1890 porque en tal fecha se ubica inscripción registral acerca de esta propiedad a favor de los esposos Adeodato Nadal y su cónyuge Genara Suárez. En el año 1896 se inscribe a nombre de Genara Suarez y sus cuatro hijos debido a la viudez de la primera, siendo repartida la hacienda, frente a Notario Público de la ciudad del Cusco Dr. José Romualdo Vega Centeno, entre Ramón, Enriqueta, Alejandro, y Eduardo Nadal Suárez, así como la propia viuda.

Esta propiedad se encuentra inscrita y registrada en tomo primero, folio sesenta, número XVI. Dividiendo y partiéndose una porción de la original Silke, en cinco fracciones o partes sobre un inmueble de aproximadamente 400 000 hectáreas de extensión; correspondiéndole una fracción de 80 000 hectáreas a Ramón Nadal Suárez, fracción que nos interesa y donde en la actualidad se asienta el Santuario Histórico de Machupicchu.

En el año 1905, el heredero de esta importante fracción, Ramón Nadal Suárez realiza sucesivas ventas a favor de los esposos Mariano Ignacio Ferró y su esposa Laureana Vizcarra, quienes luego de sucesivas compra ventas legitiman su adquisición el 7 de julio de 1910, ante Notario Público de Cusco, Dr. José Alosilla, inscribiéndose tal transferencia en el Tomo 48, Folio 133, Número 42, de Registros Públicos de la Propiedad inmueble de la ciudad del Cusco. Tal adquisición se eleva a escritura pública, el 12 de julio de 1922, a la vez que se realiza una escritura de adjudicación y anticipo de legítima que corre en el folio 1610 y vuelta, número 741, protocolo 1, Tomo 2. Por este acto jurídico se realizan adjudicaciones en la condición de anticipos de legítima y son otorgadas por el ya viudo Mariano Ignacio en su calidad de albacea y mandatario de su finada esposa Laureana Vizcarra a favor de sus tres hijos: María Salomé, Tomasa e Ignacio Ferro Vizcarra respectivamente. Siendo que en este acto jurídico de disposición Mariano Ignacio Ferro decide transferir el fundo que adquirió conjuntamente que su esposa a su hija Tomasa quien por la época ya estaba casada con el Dr. José Emilio Abril Vizcarra. Ya en enero de 1944, en que se sigue un proceso de división y partición seguido por los herederos de Tomasa Ferro Vizcarra, siendo los beneficiarios forzosos: Su esposo, el Dr. José Emilio Abril Vizcarra y sus hijos José Luis, Carlos Alejandro, Julia Lourdes Abril Ferro, respectivamente. Habiendo sido declarados herederos los cuatro, por el juez de primera

instancia Dr. Alberto Salas, quien ordena el fraccionamiento de la principal propiedad (en este caso una porción extensa de la hacienda Silke, matriz de la propiedad) adquirida dentro del matrimonio; dicho fraccionamiento se realiza, asignándole el lote cuarto o 4 al esposo y ahora viudo José Emilio Abril Vizcarra denominado Qqente, con un área de 22 500 hectáreas, donde se incluye la actual extensión del Santuario de Machupicchu.

Transcurridos nueve meses de estos hechos José Emilio Abril Vizcarra Senador de la República decide vender su parcela a los esposos Julio Hermenegildo Zavaleta Flores y esposa Rosa Maria Zavaleta Alvarez, quienes ya eran arrendatarios de dicha propiedad desde el año 1930, esta compraventa se realiza ante Notario Público Dr. Rosendo A. Fernández de la ciudad de Lima, inscribiéndose en el Asiento 91, Folio 291 del Tomo 121 del Registro de la propiedad inmueble de la ciudad del Cusco.

En el documento de compraventa las partes aclaran y dejan establecido que las ciudades incas de Machupicchu, Huiñayhuayna, Sayaqmarka, y Pfyuyupatamarca, quedan excluidas de la misma por hallarse en pleno procedimiento de expropiación.

El 5 de febrero de 1963, Julio Zavaleta Flores otorga testamento ológrafo protocolizado el 15 de noviembre de 1966 el mismo que se inscribe en la ficha 225 del registro de testamentos del Cusco, siendo beneficiarios sus hijos Rosa, Julia, Leoncio, Lourdes, Blanca, Carlos, Fortunata y Angélica Zavaleta Zavaleta respectivamente con el otro 50% restante falleciendo don Julio Zavaleta Flores el año 1967. El año 1995, fallece doña Rosa María Zavaleta, siguiéndose el proceso de declaratoria judicial de herederos, que se inscribe en el asiento 167 de la ficha 9603, a mérito del cual los hijos sobrevivientes resultan beneficiados con la totalidad de dicha propiedad.

Los años 1974 y 1975 el Estado peruano al amparo de la ley 17716, Ley de Reforma Agraria, mediante dos Decretos Supremos (1207-74-AG del 28 de noviembre de 1974 el primero y el 444-75-AG de 29 de abril de 1975).

En la actualidad existen varios procesos judiciales pendientes de resolución que debaten la propiedad del inmueble.

la fase inicial de la legislación peruana es precisamente la fase final del derecho indiano,

“Se trata de la última fase del derecho indiano. En términos

generales, ella principia con la independencia o muchas veces con el comienzo del movimiento que condujo a la independencia. A partir de entonces, el derecho indiano sufre una serie de transformaciones, pero sigue vigente. La nueva legislación se limita a superponerse al derecho indiano, que en lo demás se mantiene inalterado. Esta situación se prolonga hasta la codificación. Sólo con ella puede decirse que se pone fin a la vigencia del derecho indiano, porque entonces se lo reemplazó por el derecho codificado<sup>80</sup>.

Desde esta perspectiva, es importante, señalar que la **Constitución de Cádiz de 1812**, anterior a la independencia peruana, ya muestra una protección a la propiedad privada bastante potente inspirada en las revoluciones liberales que la antecedieron. La primera Constitución peruana fue sancionada en el año 1823 y aunque no hemos podido registrar movimiento de propiedad de Machupicchu demostrable durante su vigencia, consideramos importante señalar que el derecho de propiedad individual se protegía en el capítulo 5º artículo 193º, mientras el 194º señalaba que “todos los peruanos pueden reclamar el uso y ejercicio de estos derechos y es un deber de las autoridades respetarlos y hacerlos guardar *religiosamente* por todos los medios que estén en las atribuciones de cada una de ellas”.

Durante la etapa republicana, el Perú ha atravesado por una modernización y codificación del derecho de propiedad influenciado por las economías burguesas en desarrollo y de la misma manera, ha ido orientando su concepción jurídica del Patrimonio Cultural desde el monumentalismo moderno, hasta el multiculturalismo posmoderno.

Nos ocupamos también respecto del debate sobre la propiedad del Santuario Histórico de Machupicchu. Este es un trabajo dedicado a aclarar este punto cuya importancia radica en que Machupicchu además de ser fuente de ingresos en varias actividades económicas, configura un caso emblemático en la protección de Patrimonio Cultural inmueble a nivel mundial.

El principal proceso legal es sostenido por la familia Zavaleta, quienes eran

---

<sup>80</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. *El derecho indiano después de la independencia en América española: legislación y doctrina jurídica*. En Historia vol. 19. U.C. Santiago de Chile, 1984. pp. 6.

dueños de un fundo que abarcaba casi la totalidad de la margen izquierda del río Urubamba y que en la década de los años setenta del siglo veinte, fue expropiado por la Reforma Agraria. El Estado Peruano no regularizó el trámite ante los registros públicos, los ex dueños aducen no haber recibido pago alguno y han hecho notar que parte de la propiedad aún aparece inscrita a su nombre en registros públicos, motivados por lo cual han iniciado acciones legales. Aparentemente el Estado Peruano ya regularizó el trámite ante los registros públicos. Funcionarios del MINAM piensan que una vez que terminen con esta querrela legal con la familia Zavaleta, será la población asentada en el interior del santuario la que constituya el siguiente problema legal.

Respecto de la familia Abrill, se han incoado otros procesos judiciales argumentando que ellos fueron los propietarios formales del Santuario hasta 1944, en que vendieron su propiedad a la familia Zavaleta y el Estado inició un procedimiento de expropiación sobre la parte monumental mas importante. El conflicto con los antiguos propietarios es complicado, han llevado el problema a nivel judicial, y cada actor tiene sus propios planteamientos. Por ejemplo, Roxana Abril Núñez, descendiente de antiguos propietarios menciona que “como se sabe, Machupicchu está dentro de la propiedad de mi bisabuelo y posteriormente de mi abuelo. El estado dictó una expropiación forzosa a mi abuelo respecto a los terrenos de Machupicchu en lo que respecta a la parte arqueológica, declarando que los monumentos históricos son de propiedad del Estado, pero si estos se encuentran sobre terrenos particulares el Estado deberá pagar su justiprecio y expropiarlos. En 1944 mi abuelo vende la propiedad denominada Qente y Santa Rita a la familia Zavaleta quedando en la cláusula quinta expresamente establecida la exclusión en la venta de los grupos arqueológicos de Machupicchu, Huaynapicchu, Puyupatamarca, Sayacmarca y Wiñaywayna que estaban siendo expropiados por el Estado, de tal manera que los Zavaleta no pueden argumentar que esto les pudiera pertenecer. Si existe un derecho particular éste pertenece a los descendientes de José Emilio Abrill Vizcarra a quienes yo represento. Sólo son propietarios de Kente y Santa Rita de Kente, que son alrededor de 11,000 hectáreas.

Nuestra propuesta consiste en declarar el abandono civil del inmueble, el plazo exigido por la norma se ha superado, tras haberse completado la compraventa del predio circundante. Y al no haberse concretado el proceso de expropiación el predio cayó en derelicción, por parte del primigenio dueño. Además, el Estado se comportaba como propietario con las acciones mencionadas con anterioridad como la carretera conocida como el camino Bingham inaugurada en el gobierno de Manuel Odría en octubre de 1948, la restauración del complejo Arqueológico de Machupicchu en 1952 o la creación en 1962 el museo de sitio de Machupicchu, acciones estas, próximas al inicio de la mencionada expropiación.

Se configuran todos los elementos que constituyen requisitos para la figura del abandono:

- El abandono consiste “paradójicamente en el ejercicio de una facultad de dominio mismo, la facultad de disposición”<sup>81</sup>, por lo que se puede considerar como una afectación al “derecho de disposición que el titular tenía sobre su bien”<sup>82</sup>
- El abandono decididamente es la consecuencia de una declaración de la voluntad, “generalmente se le considera un acto jurídico (...) toda vez que se trata de un hecho jurídico donde se manifiesta la voluntad de renunciar al derecho”<sup>83</sup>, hecho que se manifiesta al no demostrar la parte interesada, haber mantenido relación propietaria con el inmueble durante los años transcurridos, como podría ser, el pago de tributos o labores de mantenimiento del bien.
- Es, como se ha dicho, un acto jurídico voluntario que además proviene de una sola declaración de voluntad, convirtiéndolo en un “acto jurídico unilateral, puesto que no se tiene en cuenta otra voluntad que la del propietario. Renuncia sin la necesidad de acto otro alguno por su parte; el titular no negocia el destino del bien a un tercero.”<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 453.

<sup>82</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 453.

<sup>83</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 453.

<sup>84</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.



- Por seguridad jurídica y para garantizar orden en su aplicación el abandono, es “irrevocable. Una vez consumado, el titular primigenio no puede dar marcha atrás y efectuar actos negatorios.”<sup>85</sup>
- El abandono por tratarse de un acto que beneficia al Estado, es un acto que prescinde de acción por parte del abandonante es decir que “no es un acto solemne o formalista. Se trata simplemente de hechos externos (físicos), actitudes o conductas (...) Se perfecciona por la simple consumación de algunos hechos.”<sup>86</sup>
- Al no necesitar una declaración formal, se restringe la posibilidad de limitar el abandono, por lo que este “no es parcial ni condicional. (...) afecta la totalidad del bien y no una parte. Es consecuencia de que la voluntad es irrelevante.
- De la misma manera es necesario probar el abandono por parte del interesado –que en este caso sería el Ministerio de Cultura -, “en forma indubitable (deben probarse) los hechos que acrediten que el bien se ha convertido en una *res derelictae*.”<sup>87</sup>

## V

A pesar de la homogenidad internacional, no se ha logrado configurar una definición de Patrimonio Cultural. Desde la perspectiva retroalimentadora española, el omnicomprensivismo francés o el internacionalismo de la UNESCO, se aglutinan en un conjunto indeterminable de elementos, cuya conservación ya no necesita de justificación más allá de la propia lógica de su contenido, porque, al representar la capacidad de creación, los valores espirituales y la facultad creadora humana<sup>88</sup> en los cuales confluyen intereses privados y públicos, “distintos de los del puro propietario, que son intereses

---

<sup>85</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.

<sup>86</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.

<sup>87</sup> RAMÍREZ CRUZ. *Tratado de derechos reales. Op. Cit.* pp. 454.

<sup>88</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José. *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Marcial Pons, Madrid, 2004. pp. 316.

de la comunidad y que tienen que coordinarse con aquéllos de la forma más eficaz para la conservación de ese patrimonio<sup>89</sup>.

Patrimonio Cultural, es el resultado conceptual e idiomático de una dialéctica evolutiva, hasta considerar a sus integrantes como testimonios materiales dotados de un valor de civilización de acuerdo a la famosa Declaración I<sup>90</sup> de la Comisión Franceschini<sup>91</sup>. Las conclusiones de esta comisión, se convertirán en un referente trascendental para las construcciones legislativas en el mundo, resaltando que uno de sus integrantes, Massimo Severo Giannini señalará un importante camino construido a partir de las conclusiones de la comisión, al afirmar que existen “determinados bienes materiales (...) que ofrecen una dimensión cultural, en cuanto a expresiones del devenir histórico del hombre (...) y poseen de una manera inmanente la referida cualidad cultural<sup>92</sup>”.

Es desde esta perspectiva, que la normativa sobre Patrimonio Cultural, tiende a constituir un sistema jurídico organizado *ad hoc*, orientado a la protección de un universo de bienes, tanto materiales como inmateriales jurídicamente indefinidos<sup>93</sup>, *"appare come un insieme coordinato di norme costituenti un*

---

<sup>89</sup>ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España. Op. Cit.* pp. 316.

<sup>90</sup> *Dichiarazione I.- Patrimonio culturale della Nazione. Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà.* Declaración I.- Patrimonio cultural de la nación. Pertenecen al patrimonio cultural de la nación todos los bienes que hagan referencia a la historia de la civilización. Se sujetan a la legislación los bienes de interés arqueológico, histórico, artístico, ambiental y paisajístico, archivístico y libresco, y cada bien que constuya testimonio material con valor de civilización (Traducción del autor).

<sup>91</sup> La *Commissione Franchescini* fue oficialmente denominada *D'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e del paesaggio* (Comisión de investigación para la protección y valorización del patrimonio histórico-arqueológico y valoración del patrimonio histórico artístico y del paisaje), fue instituida por la ley de 16 de abril de 1962, nro. 310, del Parlamento Italiano para estudiar las condiciones vigentes y las necesidades en orden a la tutela y protección de las cosas de valor cultural.

<sup>92</sup> ALEGRE ÁVILA, Juan. *El ordenamiento estatal del Patrimonio histórico español: Principios y bases de su regimen jurídico.* En REDONDO LAGÜERA, José-Pablo (dir.). *El Patrimonio Cultural español, aspectos jurídicos – Curso monográfico.* Ayuntamiento del Burgo de Osma, Guarnizo, 1994. pp. 51.

<sup>93</sup> Es trascendente el apunte de Roca Roca hace respecto de la complejidad de los bienes de interés cultural, separándola en: 1. Bienes materiales; 2. Bienes Inmateriales; 3. Un *tertius genus* “recogido por la legislación (...) que se integra por elementos fácticos conjugados por razones estéticas, históricas, arqueológicas, etc. como son los parajes urbanos, los parajes

*sistema, e quindi caratterizzato da un indirizzo unitario proprio del sistema nel suo complesso*<sup>94</sup>”.

Más allá de las definiciones académicas, las legislaciones han definido el Patrimonio Cultural como una especie de *tertium genus*, es decir, que en muchos casos enumera con bastante prolijidad el tipo de bienes que serán identificados como de interés cultural pasibles de protección estatal, dejando, sin embargo, abierta la posibilidad de crearse nuevas categorías o intereses de acuerdo con el devenir de los acontecimientos históricos.

Esta tesis precisamente pretende que esa motivación, es una oda y una elegía al trabajo, idea que se plasma de una manera muy nítida en el Paisaje Cultural Industrial y Minero, “la mina es un paisaje de paradójicas dimensiones, (...) paisaje de dolor, esfuerzo, sufrimiento, muerte. La mina como antesala del infierno (...). Donde se desecha toda esperanza. Paisaje de invención, de maquinarios, de artilugios, de estrategias, de procedimientos mágicos<sup>95</sup>”. En cierta manera, el Patrimonio Cultural, protegido y no, es una metáfora constante de la humanidad y su lucha por la existencia en una permanente sala de máquinas, elaborando estrategias, fabricando magia, tratando de huir de la única certeza que la humanidad nos regala, la certeza de la muerte. Y donde los frutos del trabajo, son probablemente, el único documento cierto de nuestra existencia.

Se trata de demostrar que lo trascendental en la constitución del Patrimonio Cultural como institución jurídica es el reconocimiento del trabajo humano.

---

rústicos y los parajes naturales (...) que no pueden catalogarse estrictamente desde el punto de vista material”. ROCA, Eduardo. *El patrimonio artístico y cultural*. IEAL, Madrid, 1976. pp. 25. Además deberá agregarse el hecho de que los bienes de interés cultural, normalmente tienden a presumirse, es decir no necesitan una declaración administrativa previa para ser considerados como tales, limitándose las legislaciones a una enumeración parcial de aquellos bienes que eventualmente podrían considerarse como de interés cultural, pero sin cerrar la posibilidad a las sociedades de agregar motivaciones de acuerdo a sus propios razonamientos.

<sup>94</sup> Aparece como un conjunto coordinado de normas que constituyen un sistema, por lo tanto, se encuentra caracterizado por una dirección propia y unitaria (Traducción del autor). ALIBRANDI, Tommaso *et altri*. *I beni culturali e ambientali*. Giuffrè ed. Milano, 1985. pp. 20.

<sup>95</sup> SOBRINO SIMAL, Julián. *El Patrimonio Industrial y Minero*. En UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA (Coord.). *Patrimonio Histórico y desarrollo territorial*. UNIA, Sevilla, 2009. pp. 51.

Hemos podido ver Machupicchu y la evolución de su concepción en la sociedad a lo largo de su existencia, nos hemos acercado a alguna doctrina y legislación relevantes que nos han mostrado su innominación en el derecho, con lo cual, es menester, buscar consideraciones más profundas que nos permitan sostener nuestro argumento. El Patrimonio Cultural representa dos caras de una misma moneda, Civilización y Barbarie se confunden en un mismo concepto, para decantarse de acuerdo a la verdad que los detentadores del poder (por tanto, propietarios de la verdad como Nietzsche la entendía), estatuyan de acuerdo a su ideología dominante.

Kojève, en su *Dialéctica del amo y del esclavo* de Hegel<sup>96</sup> diseña que “la cultura nace de la lucha y de la oposición, es en y por la lucha que la cultura humana será realizada” entendiéndose la lucha como voluntad de reconocimiento subjetivo. De esta manera y habiendo aceptado que quien transforma la realidad a través del trabajo es el esclavo hegeliano, nos ubicamos en la lógica de que quien crea la cultura es él mismo. A partir de esta premisa, nos acercamos a una carga aún inexplorada de contenidos trascendentes desarrollados por Walter Benjamin<sup>97</sup>,

“la reflexión de Benjamin se refiere también al reverso bárbaro de la medalla brillante y dorada de la cultura, ese botín que pasa de vencedor a vencedor, como el candelabro de siete brazos, la *Menorah* del Templo de Jerusalén, en el mismo alto relieve del Arco de Tito. En lugar de oponer la cultura (o la civilización) y la barbarie como dos polos mutuamente excluyentes o como etapas diferentes de la evolución histórica - dos leitmotiv clásicos en la filosofía de las luces - Benjamin las presenta dialécticamente como una unidad contradictoria<sup>98</sup>”.

---

<sup>96</sup> KOJÈVE, Alexandre. *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*. La Pléyade, Buenos Aires, 1982. pp. 90.

<sup>97</sup> BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. U.A.C.M. México, 2008. pp. 32

<sup>98</sup> LOWY, Michael. *AVISO DE INCENDIO: Una lectura de las Tesis sobre el concepto de la historia*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002. pp. 87

La tesis de Benjamin, llama la atención poderosamente respecto del Patrimonio Cultural como objeto de interés regulatorio y del manejo de su estatuto propietario. La perspectiva de Benjamin, resulta congruente con el concepto de cultura o creación de cultura de Hegel<sup>99</sup> a partir de la llamada dialéctica del amo y del esclavo, en donde, no existe amo capaz de crear cultura, sino mas bien es el esclavo que al trabajar la materia crea cultura, porque cultura es la transformación que el hombre obra sobre su entorno a través del trabajo.

Se desprende como principal concepto subyacente conformador del concepto Patrimonio Cultural, el trabajo humano, que como señala Hannah Arendt junto a su producto artificial, “concede una medida de permanencia y durabilidad a la futilidad de la vida mortal y al efímero carácter del tiempo humano<sup>100</sup>”. Está claro que, en concordancia con Benjamin y muchos otros, nos referimos al trabajo como un acto heroico y trágico al mismo tiempo, el trabajo como creador de belleza y Patrimonio Cultural. En Todo lo sólido se desvanece en el aire, Berman relata la historia de la construcción de San Petersburgo en el Imperio Ruso, desde la perspectiva de los constructores. Pedro I dispuso la construcción de San Petersburgo, porque decidió que Rusia necesitaba “tener un nuevo comienzo, sobre una tabla rasa<sup>101</sup>” y que para alcanzar ese objetivo era necesario construir una de las grandes metrópolis europeas de su tiempo en el medio de un pantanal. La historia recuerda a Pedro el Grande de Rusia como uno de las grandes personalidades de la humanidad, seguramente esta entronización en los altares de la historia tiene alguna justificación más allá de los metarrelatos, sin embargo, el reconocimiento como Patrimonio Cultural, está vinculado con el trabajo y sacrificio de sus constructores,

“Pedro ordenó que todos los albañiles de todo el Imperio ruso, se trasladaran al emplazamiento de la nueva construcción y prohibió construir en piedra en cualquier otro lugar; ordenó a un considerable

---

<sup>99</sup> HEGEL, Georg. *Fenomenología del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1966. pp.33.

<sup>100</sup> ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Paidós, Buenos Aires, 2009. pp.22.

<sup>101</sup> BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. La experiencia de la modernidad. Siglo XXI, Buenos Aires, 1989. pp. 178.

número de nobles que no sólo se trasladaran allí, sino también que construyeran castillos. De lo contrario perderían sus títulos, finalmente, en una sociedad de siervos donde la gran mayoría de las personas eran propiedad de terratenientes nobles o del Estado, Pedro tenía poder sobre una fuerza de trabajo prácticamente infinita. Obligó a esos cautivos a trabajar sin respiro (...) Los sacrificios humanos fueron inmensos: en tres años la nueva ciudad había devorado un ejército de unos 150 000 trabajadores –destrozados físicamente o muertos – y el Estado hubo de acudir constantemente al interior de Rusia en busca de más hombres<sup>102</sup>.

Este relato puede considerarse como una constante en la edificación de los grandes monumentos físicos de la humanidad, tanto en Egipto cuanto en México, en el Perú prehispánico, como en la España imperial, que fueron inspiración, mesiánica, religiosa, nacionalista o de cualquier otra índole de los ostentadores de poder político, pero que en profundidad, existen gracias a la colectividad humana, al trabajo de los esclavos hegelianos que construyen la historia con sus brazos y su vida, cuyos relatos la historia recién comienza a descubrir.

El Patrimonio Cultural, es un intento de identificación del ser humano consigo mismo y con su rol histórico de transformador del medio, conmemora la dialéctica trágica y heroica que Benjamin describe “desde el paraíso sopla una tempestad que se ha aferrado a sus alas, es tan fuerte que ya no puede cerrarlas. La tempestad lo empuja irresistiblemente hacia el futuro, al cual le da la espalda, mientras que frente a él las ruinas se acumulan hasta el cielo. Esa tempestad es lo que llamamos progreso<sup>103</sup>”.

Nos referimos también, para estar más cerca de nuestro objeto primigenio de estudio, al poema, *Alturas de Machu Picchu*, del chileno Pablo Neruda<sup>104</sup>, que

---

<sup>102</sup> BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Op. Cit. pp.179.

<sup>103</sup> BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. UACM, México D.F., 2008. pp. 52

<sup>104</sup> NERUDA, Pablo. *Alturas de Macchu Picchu*, Ediciones de Librería Neira, Santiago, 1948. pp. 16.

describe con maestría y belleza este punto de vista, refiriéndose a la construcción americana de piedra, como uno de los picos de la cultura universal, “Macchu Picchu. Maldad de piedras

de piedra, espuma de los cóndores. Alto arrecife de la aurora humana” y que sin embargo lo conecta dentro de una dialéctica de cultura y de vitalidad colectiva, destacando la fortaleza y trascendencia vital de sus constructores, “Aquí los pies del hombre descansaron de noche junto a los pies del águila, en las altas guaridas carniceras, / y en la aurora pisaron con bo  
trueno la / niebla enrarecida, y tocaron las tierras y las piedras / hasta reconocerlas en la noche o la muerte”.

El Patrimonio Cultural, es un concepto surgido a la sombra de la desacralización de las sociedades posmodernas y pensado en los funerales de Dios y del individuo, buscando el hombre encontrarse a si mismo desde una perspectiva nihilista, tratando de recoocerse transformador de su entorno, reivindicando el vehículo que lo ha conducido con éxito entre sus pares biológicos en el accidente de la existencia: el trabajo.

## VI

Decidimos enfocar el problema desde la perspectiva histórica y comparar ambas instituciones por las características ideológicas que las inspiraron en el momento de su aparición. Consideramos, que la mejor manera de enfocar el tema es a partir de la multiplicidad de estatutos propietarios que tiene la ventaja de invertir el enfoque subjetivo del derecho de propiedad, para objetivarlo y otorgarle una formación legislativa especializada.

En cuanto al objeto integrante del Patrimonio Cultural como puede decirse que muestra claramente la manera en que objeto en el derecho de propiedad se ha desarrollado desde su inicio como un elemento unidimensional e inanimado, podría decirse que ha pasado a convertirse en el protagonista del derecho de propiedad. Grossi grafica este hecho, cuando se refiere al primer código civil italiano de la unidad, de 1865,

*“Il bene (en este código) appartiene a la realtà esterna, ma non ha contrassegni strutturali, economici, sociali. E una realtà neutra, amorfa, di cui l’ordenamento generale si disinteressa, pago*

*unicamente di asserire che un carattere giuridicamente tipizzante gli proviene solamente dalla proiezione su di esso della volontà del proprietario<sup>105</sup>*

y cierra reflexionando sobre lo que llama la Revolución Copernicana de Finzi, de ver la relación persona – cosa de arriba para abajo,

*“affermando la primazia del bene sul soggetto proprietario, valorizzando la cosa nella sua intrínseca natura materiale di bene, cioè in una sua specificità e peculiarità derivanti dalla sua diversità di índole strutturale (...) dalla quale scaturiva anche la sua specificità e peculiarità di índole economica<sup>106</sup>”*,

esta reflexión nos lleva a pensar respecto de la cosificación del Patrimonio Cultural, en cuanto material, al contradecirse con su naturaleza invaluable desde la perspectiva económica y que resulta una contradicción casi insalvable en el tránsito de fragmento del cosmos a objeto de propiedad

*“la cosa a qui perduto la neutralità del frammento muto del cosmo, non è più una sorta di vaso vuoto, ma è, al contrario, carica di contenuti economici (è la res frugífera di cui parlano fittamente i gius-agraristi) ed ha un suo messaggio típico che la impone alla volontà degli individui<sup>107</sup>”*,

esta afirmación, nos deja la certeza que la condición de Patrimonio Cultural

---

<sup>105</sup> El bien pertenece a la realidad externa pero no tiene marcas estructurales, económicas, sociales. Es una realidad neutra, amorfa, de la cual el ordenamiento general se desinteresa, asegurándole únicamente un carácter tipificante que proviene únicamente de la proyección de la voluntad del propietario (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1063

<sup>106</sup> Afirmando la primacía del bien sobre el objeto propietario, valorándola en su intrínseca naturaleza material de bien, es decir en su especificidad y peculiaridad derivadas de su diversidad d índole estructural (...) de la cual emana también su especificidad y peculiaridad de índole económica (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1070.

<sup>107</sup> La cosa ha perdido la neutralidad del fragmento mudo del cosmos, no es más una suerte de envase vacío, al contrario, es una carga de contenidos económicos (la *res frugifera* de la que hablan profundamente los ius-agraristas) y tiene su propio contenido típico que la impone a la voluntad de los individuos (Traducción del autor). GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*. Op. Cit. pp. 1070.



de un bien será determinante en una futura relación propietaria y que el antieconomicismo valorativo que caracteriza al Patrimonio Cultural exige un tratamiento y una densidad tan especializados, que sólo podrán ser comprendidos desde las propiedades y nunca desde la propiedad.

Desde esta perspectiva, la fundamentación teleológica de la protección al Patrimonio Cultural, encuentra su respaldo, en valores absolutamente disímiles y contradictorios con los valores que inspiran la protección de la propiedad liberal cuyo modelo por motivos prácticos deberá ser superado.

La propiedad puede ser un producto artificial, tan antiguo como la cultura. Decía Fustel de Coulanges<sup>108</sup> *“Les anciens ont fondé le droit de propriété sur des principes qui ne sont plus ceux des générations présentes ; il en est résulté que les lois par lesquelles ils l’ont garanti sont sensiblement différentes des nôtres”*. Su historia se pierde en la noche de los tiempos, sin embargo, terminada la guerra fría y con un pensamiento económico unívoco podemos aspirar a una lógica propietaria.

Podemos sintetizar denominadores que podrían llamarse universales en la estructura del derecho de propiedad (por lo menos en lo concerniente al derecho continental) un derecho real, absoluto, ilimitado (o cuasi ilimitado) y exclusivo.

Una mirada medianamente acuciosa sobre el derecho de propiedad, nos revelará, como venimos desarrollando en este trabajo, la existencia de una sustitución de una perspectiva exclusivamente dogmática por una perspectiva analógica y realista<sup>109</sup> que la doctrina llama propiedades. Anguita, ya deja prever la necesidad de considerar al Patrimonio Cultural, que se trata de justificar desde estas páginas,

---

<sup>108</sup> Los antiguos han fundado el derecho de propiedad sobre principios, que no son más, los de las generaciones presentes, por eso resulta que la normativa que les ha servido es considerablemente distinta de la nuestra (Traducción del autor). FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *La Cité Antique*. Hachette, Paris, 1900. pp. 81

<sup>109</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata*. Op. Cit. pp 52.

“Independientemente de su régimen público o privado para diferenciar la propiedad, que ahora nos interesa, dentro de la propiedad privada se ha venido considerando desde hace tiempo, que ésta no obedece a un tipo unitario sino que se diversifica conforme a su regulación<sup>110</sup>”.

De acuerdo a lo señalado, inferimos que el derecho de la propiedad, si bien es cierto se muestra legislativamente como una unidad, principalmente por motivos prácticos,

“la pretendida unidad clásica del derecho de propiedad jamás ha existido plenamente, ni podrá existir (...) tiene que amoldarse a la naturaleza de los mismos (bienes)(...) delimitar la propiedad en atención a la función social que debe cumplir su ejercicio sobre determinados bienes en la sociedad<sup>111</sup>”.

Grossi en *Un altro modo di possedere*, remarca que definitivamente el derecho de propiedad como lo conocemos es un producto de la historia y que varía en sus matices y su orientación, puesto que, de ninguna manera es un derecho invariable,

*“a fronte della proprietà appartenenza in cui si incarnava il messaggio d’una cultura impronta romanistica, era una proprietà funzione che si veniva ad affiancare nel deliberato disegno di mettere in crisi una nozione troppo assolutizzata di dominium, d’uno schema pensato e costruito al di sopra della storia<sup>112</sup>”.*

Pugliatti, primer organizador de la teoría de las propiedades, ya sostenía que *“Se prima si poteva pensare: le proprietà sono sempre (rami del tronco che si*

---

<sup>110</sup> ANGUITA, Luis. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 47.

<sup>111</sup> ANGUITA, Luis *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Op. Cit. pp. 49.

<sup>112</sup> Frente a la propiedad pertenencia que encarnaba el mensaje de una cultura marcada por una huella Románica, existía una propiedad función que deliberadamente puso en crisis una noción muy absolutizada del *dominium*, de un esquema de pensamiento construido encima de la historia. GROSSI, Paolo. *Un altro modo di possedere*. Giuffrè, Milano, 1977. pp. 39

*dice) la proprietà; quando si parla di statuti diversi e dell'appropriazione de beni , e lecito, dubitare almeno della possibilità che alcuni di tali statuti sia così diferente tra loro<sup>113</sup>.*

Nos inclinamos a considerar, que a parte de las conveniencias y convicciones ideológicas, la ceguera iconoclasta ha producido una especie de presbicia científica que nos impide ver con suficiente claridad el nacimiento de estatutos de propiedad cada vez más diversos entre sí como ya lo señalaba Vasalli hace tiempo *“Sembra corrispondente allo stato attuali delle leggi, le quali hanno disciplinato in vario modo i poteri del proprietario, riconoscere che non vi e una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà<sup>114</sup>”*.

La propiedad privada que objetiviza al Patrimonio Cultural dentro de una relación positivista y ritualista, ha sido diseñada tomando el contenido de lo Histórico Artístico, que como hemos señalado, dada su condición objetivizadora de los bienes que protege, tiene una ontología e historia distintas y mucho más parciales que la del Patrimonio Cultural, que al mismo tiempo, pretende ser custodio de la tradición humana pasada y generador de iconografía colectiva a la manera de Levi – Strauss. La propiedad sobre Patrimonio Cultural, resulta un interesante ensayo al tratar dos instituciones encontradas en constitución, en historia y en proyección. El Patrimonio Cultural, como hemos visto, aspira a ser un punto cohesivo en la humanidad, un facilitador de microrrelatos, pero al mismo tiempo es un proyecto, endeble y amenazado por la realidad, en gran parte diseñada –a la forma nietszcheana- por el derecho moderno de propiedad y sus usuarios, que han convertido el sistema de protección de la individualidad ciudadana y la base de la libertad, en un metarrelato sacralizador que promueve la inequidad.

---

<sup>113</sup> Si antes se podía pensar: las propiedades son siempre (ramas del mismo tronco) la propiedad, cuando se trata de diferentes estatutos y de la apropiación del bien, es legítimo dudar, al menos, la posibilidad de que algunos de estos estatutos sean diferentes entre sí. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Giuffrè, Milano, 1954. pp.149

<sup>114</sup> Parece corresponder al estatuto actual de la normativa que ha legislado de diversa forma los poderes de propietario, el reconocimiento de que no existe una propiedad sino mas bien muchas propiedades. VASALLI, Filippo. *Per una definizione legislative del diritto di proprietà : La concezione facista della proprietà private*. Giuffrè, Milano, 1960. pp. 114.

Ante la evidente multiplicidad de estatutos propietarios existentes, puede sostenerse cumplidamente que el Patrimonio Cultural configura, en sí mismo, una forma de propiedad, con estatuto propio, orientado principalmente por la especial situación objetiva que caracteriza el contenido de la relación propietaria, es decir, que configura una situación propietaria objetiva antes que subjetiva, atenuando en su caso, el profundo subjetivismo que caracteriza el derecho de propiedad privada, anteponiendo valores extrapatrimoniales y metaeconómicos, a los tradicionales valores individuales cuya hipertrofia ha desbordado y desnaturalizado el individualismo libertario primigenio de la revolución francesa, para convertirlo en un propietarismo desbocado, totalizador y generador de desigualdades. Los múltiples problemas que el derecho de propiedad atraviesa, son mucho más profundos que la subjetivización de la propiedad, evidentemente el reconocimiento de estatutos propietarios, por sí mismo no constituye una solución, como ya lo dice Rodotà, pero marca un paso importante hacia la construcción de un derecho de propiedad con un diseño más inclusivo más allá del promotor de desigualdades que hoy conocemos. Como Grossi y tantos otros, creemos que la propiedad y el propio derecho, son expresión de la ideología dominante de una época -parafraseando la conocida frase dedicada a Hegel- creemos que cada época se define por el tratamiento que da al derecho de propiedad. Quisimos contribuir con esta investigación, a que nuestra época no sea aquella en la cual la civilización gira exclusivamente en torno a la apropiación de los elementos, sino que se esfuerza por conseguir que su dominio, se traduzca en desarrollo integral de la especie, expresado en los frutos de su trabajo, cada vez más lejos del ente y más cerca del ser que Heidegger quería.

## Conclusioni

- i. Uno degli obiettivi i quali perseguiamo con questa ricerca è costruire una postura rispetto della proprietà del Santuario di Machu Picchu. La pretesa iniziale, e principalmente mediatica, della famiglia Zavaleta, ascende a riuscire una titolarità di 22500 etaree (a dire duecentoventicinque milioni di metri quadrati, i quali d'accordo alla valorizzazione realizzata prendendo come riferimento il vaglia di un'etarea simile nella Valle Sacra degli Inka ascenderebbero ad un valore approssimativo di Duecentodiciasettemilioni novecentonovantamila dollari americani). Ma d'accordo alla Risoluzione del Tribunale Registrale Numero 239-2007, l'area che questa famiglia può considerare come parte del suo patrimonio di un massimo di 2293.99 etaree dentro del lote conosciuto come frazione quattro o Qquente. L'ubicazione di questo territorio è discutibile e determinabile, incluso addirittura i Registri Pubblici, prendendo in conto che in nessun caso questi coprono zone monumentali giacchè così fu contrattato nel patto di compra-vendita per il quale la famiglia Zavaleta acquista la proprietà.
- ii. A peggio della postura finale della famiglia Zavaleta, secondo il quale i predii materia di anticipo di legittima non formano parte del Patrimonio Culturale della Nazione, il Tribunale Registrale ha dichiarato coerentemente che i detti predii si possiedono questa condizione in attenzione al D.S. 036-91-AG, il quale afferma che il Santuario Storico di Machu Picchu non si limita alle cittadelle inka

ma che anche copre il paesaggio circostante, il quale è composto tra altri per i predii Qquente e Santa Rita de Qquente e per lo tanto sono soggetti a tutti i limiti alla proprietà stabiliti nella normatività corrispondente, d'accordo alla trascendenza della sua ubicazione. Uno degli argomenti espressi in questo caso in generale, benchè senza essere parte della rogazione davanti I registri Pubblici, è la possibile incidenza dei raggiunti della Reforma Agraria nel predio materia di studio di più la trascendenza del Decreto Supremo 036-01-AG. A quello che c'è d'aggiungere che questa non è la prima volta il quale si debate la proprietà di questi predii, esistendo un antecedente che incluso arrivò a istanze del Tribunale Costituzionale mediante Azione Costituzionale di Protezione. Antecedente che fu incoado per la signora Rosa Eudoxia Zavaleta Zavaleta, chi chiedette al Giudice delle terre di Quillabamba chi tramitò l'espropriazione delle terre in menzione, che in merito al detto Decreto, dichiarare la nullità ed insussistenza di tutto l'agiato per la Reforma Agraria. Petizione che fu dichiarato improcedente fra altri motivi, perchè gli attuanti avevano già recuperato per detti beni, per i quali incluso avevano esito un maggiore valore, confermandosi detta sentenza nella Sala Superiore e infine avendo stato rifiutata una Demanda di Protezione davanti il Tribunale Costituzionale, lo stesso che dichiara improcedente la richiesta e conferma la detta risoluzione nell'allegato Numero 1271-2000-AA/TC.

- iii. Rispetto della familia Abrill, la quale ha incoado due procesi giudiziari di reivindicazione, consideriamo che le sue pretensioni di danni e pregiudizi così come la reivindicazione della zona monumentale di Machu Picchu (cona costrutta), di più di contraddire il testo espresso della norma, la quale segnala che quando si tratta di monumenti pre spanici, la proprietà privata copre il predio contenente ma non il monumento costruito, si può segnalare compie con tutti i requisiti che figurano nell'articolo 986º del Codice Civile peruviano, il quale versa sull'abbandono o derelizione. Per

tanto e secondo al diritto conferito allo Stato per l'abbandono nel quale è incorso da parte degli iniziali proprietari sui beni materia di controversia durante più di vent'anni, il legittimo ed inequivoco proprietario del Patrimonio Monumentale di Machu Picchu è lo Stato peruviano.

- iv. Lo scontro tra Patrimonio Culturale e Proprietà è, come abbiamo detto, lo scontro fra modernità e pos modernità. Abbiamo visto che il diritto di Proprietà contemporaneo, passa per un processo di specializzazione adeguata all'oggetto proprietario, restandole certe intensità in casi speciali, ma senza variare le controdette ed antinomie esposte nel testo, confermando la sua tradizione positivista, razionalista e moderna. Ora bene, il Patrimonio Culturale, esiste dal quale esiste la cultura, essendo la sua forma moderna, il Patrimonio Storico con orientazione monumentalista e che nella pos modernità passa ad essere una forma del multiculturalismo.
- v. È innegabile, che il diritto di proprietà, si trova in un momento di crisi ed evidente che davanti la crisi deve adeguarsi o sparire come istituzione giuridica ribasata per l'economicismo ed il pragmatismo commerciale. L'istituto giuridico proprietario civile, come risultato di molti secoli d'evoluzione culturale (che evidentemente rispettano molte marce e contromarce) rappresenta la migliore alternativa, fronte all'assegnamento della ricchezza nella società, se si compara con l'anglosassona property che come segnala bene Gambaro, chiama proprietà a qualunque insieme di utilità la cui unica rilevanza è lo sfruttamento esclusivo e che non ha interesse qualsiasi nella giustizia o l'uguaglianza, sacrificandole in onore ad una libertà che più di un giurista della Rivoluzione Francese chiamerebbe libertinaggio.
- vi. Il diritto di proprietà come istituzione giuridica chiave in Occidente, è stato modellandosi da Roma, fino consacrarsi nella Rivoluzione Francese, ispirando la creazione di Stati classiste e fortalezzendo la borghesia. Ha gravi sfide da affrontare nell'attualità. La

specializzazione obbiettiva costituisce un grande sviluppo che sicuramente illuminerà alle molte crisi del futuro, il quale segnala che la proprietà continentale, è un diritto disegnato per legistare sulla maggioranza dei soggetti proprietari ma il quale risulta deficiente per legistare sulla gran maggioranza degli oggetti appropriabili, fatto il quale plantea alla sua volta, il dilemma fra proprietà e ricchezza, nel senso che, tutti i soldi può diventarsi in proprietà, ma non è sicuro che tutta la proprietà (accludendo evidentemente proprietà finanziaria) possa diventarsi in denaro (in tanto ricchezza percettibile). Il diritto di proprietà continentale, contemporaneamente, è compreso sui beni finanziari prima che gli economici, fatto che ritaglia la necessità di utilizzare i diritti di uso e di goda classicamente compresi come contenuto di questo diritto, riformandolo e permeabilizzandolo fronte ad una concezione mercantilista della proprietà, che, lontano di promuovere una cittadinanza fra individui uguali in diritti e possibilità, rafforza le principali critiche fatte al capitalismo, tanto per Marx quando indica che è creatore de disuguaglià e miseria, quanto per Heidegger chi avverte che il tecnocapitalismo viene distruendo la terra. L'incrocifissa del diritto di proprietà continentale, si trova fra riformarsi conforme alle sue pilastre fondazionali, procurando uguaglià e giustizia fra cittadini o sciogliersi lentamente in un sistema di appropriamento la quale non consce la cittadinanza e l'umanità stessa.

- vii. Il Patrimonio Culturale, è una categoria inconmensurabile in termini patrimoniali di mercato, in questa condizione radica il motivo per il quale si trova allontanato della proprietà nel senso economicista. Nonostante, quello significa che il Patrimonio Culturale non abbia trascendenza nel mercato, fatto che si può spiegare perfettamente dalla teoria del capitale simbolico de Bordieu. Da dove si capisce che il Patrimonio Culturale, partecipa dell'arricchito di un collettivo o un individuo, rilasciato prestigio al suo proprietario, che può scambiarlo in capitale economico.



- viii. Dentro della specializzazione del diritto di proprietà, quella che si può ostentare sui beni d'interesse culturale, può trovare i suoi antecedenti nell'istituzione medievale che i francesi chiamarono *sisine*. Questa istituzione, come bene appunta Lasalle, configurava uno speciale tipo di proprietà- sfruttamento, orientato all'utilità della cosa prima che alla proprietà-appartenenza, che era centrata nella titolarità sul bene corporeo. Nella proprietà sul Patrimonio Culturale, il titolare del diritto, ha la libertà di sfruttare della cosa e dei redditi economici che questa possa plantare, nonostante il suo signorato sulla cosa corporea (quando parliamo di beni materiali) risulta limitato e fino annullato.
- ix. L'adeguamento legislativo di uno statuto speciale sui beni integranti del Patrimonio Culturale aiuterebbe a risolvere le controposte legislative tra Patrimonio Culturale ed il diritto di Proprietà moderno e ortodosso, nonostante, la logica della proprietà alle proprietà, che al di là di essere una teoria risulta una realtà legislativa alcune volte ricoperta, non risulta una soluzione totale ai problemi fondamentali che presenta il diritto di proprietà. Coincidiamo con Rodotà quando dice che, detti statuti continuano facendo riferimento ad un concetto univoco di proprietà e per tanto riproducendo le sue falenze ed incoerenze.
- x. Il diritto di proprietà, risulta probabilmente il principale riflesso della costituzione ideologica di una società. Nel breve reimpiego che facessimo della proprietà nel Perù, possiamo veder che, la proprietà ha passato dal concetto pre spanico di accesso alla proprietà come conseguenza naturale dell'appartenenza a una gens, passando per quella che si ordinava in funzione del diritto di conquista e l'acquiescenza del Re ed il Papa. Fino la profonda influenza del Code, nel Perù repubblicano, senza nominare le filtrazioni del diritto anglosassone nella legislazione proprietaria peruana, che si sono venuti integrando negli ultimi anni a questo sistema giuridico.

- xi. L'evoluzione del diritto di proprietà allo lungo della storia, ha modellato la proprietà sul Patrimonio Culturale come uno statuto proprietario sui generis, a partire di uno sguardo di giù verso su, come segnalebrebbe Finzi e tan magistralmente analiza Grossi. Il Patrimonio Culturale immobile si costituisce in uno sociale oggetto di proprietà, principalmente, se ci guardiamo nel quale per normativa internazionalmente accettata, è invaluable economicamente, ma allo stesso tempo è passibile di formare parte di patrimonio tanto pubblico quanto privato. La proprietà privata sullo stesso è intornata e costretta per una serie di limitazioni, dalla proibizione di variazione dalla sua forma strutturale, passando per l'esigenza condivisa con lo Stato di conservare e vigilare il bene, fino le restrizioni della sua utilizzazione economica, per motivi soggettivi ed strapatrimoniali, che precisamente costituiscono, allo stesso tempo, la base della sua valuta economica. Osserviamo che la principale caratteristica dello statuto proprietario sul Patrimonio Culturale quella che stabilisce diritti di titolatità private sui beni considerati universalmente invaluablei. Questo fatto allontana la proprietà sui beni integranti del Patrimonio Culturale di una maniera radicale della proprietà civile liberale, considerando che questa si trova orientata basicamente a regolare fatti giuridici rilevanti che coinvolgono al soggetto moderno e liberale con l'oggetto quasi intrascendente che componevano questa relazione alla fine del secolo XIX, configurando uno statuto proprietario il quale regola la proprietà economica su un bene non economico, i cui valore radica al di là della suggerenza del mercato e la cui integrità lo Stato è compromesso a proteggere, incluso prescindendo della volontà del proprietario. Il Patrimonio Culturale, configura un tipo di bene che è un prodotto di anni d'evoluzione della cultura giuridica e che sarebbe impensabile senza la pos modernità, determinando un tipo di proprietà che consolida la strada della specializzazione proprietaria, iniziata da più di un secolo, nelle codificazioni civili. La proprietà sul Patrimonio Culturale, abbandonando il conservadurismo proprietario liberale, si incammina verso una

visione stagionalmente più obbiettiva ed efficiente dell'istituzione, verso la metaproprietà.

- xii. Il concetto Patrimonio Culturale, risulta incidentato allo lungo della storia, di più di complesso e fundamentalmente ambivalente. La logica iniziale, ha avuto una valorizzazione doppia, ornato delle città e reivindicazione fondazionale delle nazioni, che orientavano alle legislazioni a proteggere i monumenti visibili più importanti del suo passato per un lungo processo d'evoluzione / involuzione il quale gli guidò ad essere un imperativo disnazionalitore / universalizzatore, replicando la scoperta della diversità nella periferia per il centro della civiltà occidentale e contribuendo ad evitare il debatito rispetto della gran differenza tra abitanti del mondo, quella che esiste fra i ricchi e poveri, allo stesso tempo di costituire una reivindicazione degli scopi del lavoro umano nella storia. Lacan, diceva che la parola è un mezzo per essere riconosciuto e allo stesso tempo, ha una funzione creatora che sorge al proprio concetto e che non c'è parola senza risposta, di questa forma, siamo testi della variazione del concetto Patrimonio Culturale, attribuendogli allo stesso nomen, diversi contenuti secondo al momento storico e agli interessi del potere, contenuti che vanno, dall nazionale all'internazionale e dell'esultazione del regionale all'universale. A dire, a partire di una stessa nomenclatura, la verità del potere ha propriciato variazioni profonde all'ontologia e alla stetica del Patrimonio Culturale, progettando una trascendenza valorica planetaria la quale non esiste e che adesso si modella, strappandolo della sua trascendenza suprapatrimoniale per accluderlo alla logico di mercato.

## Conclusiones

- i. Uno de los objetivos que perseguimos con esta investigación es construir una postura respecto de la propiedad de Santuario de Machupicchu. La pretensión inicial, y principalmente mediática, de la familia Zavaleta, asciende a obtener una titularidad de 22500 hectáreas (es decir doscientos veinticinco millones de metros cuadrados, los cuales de acuerdo a valorización realizada tomando como referencia el valor de una hectárea similar en el Valle Sagrado de los Incas ascenderían a un valor aproximado de Doscientos diecisiete millones novecientos noventa mil y 00/100 Dólares americanos). Pero de acuerdo a Resolución del Tribunal Registral Número 239-2007, el área que esta familia puede considerar como parte de su patrimonio es de un máximo de 2293.99 hectáreas Dentro del lote conocido como fracción cuatro o Qquite. La ubicación de este territorio es discutible y determinable, inclusive hasta para los Registros Públicos, tomando en cuenta que en ningún caso estos abarcan zonas monumentales puesto que así fue contratado en el pacto de compraventa por el cual la familia Zavaleta adquiere la propiedad.
- ii. A pesar de la postura final de la familia Zavaleta, según la cual los predios materia de anticipo de legítima no forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación, el Tribunal Registral ha declarado coherentemente que los mencionados predios si

poseen esta condición en atención al D.S. 036-91-AG, el cual afirma que el Santuario Histórico De Machupicchu no se limita a las ciudadelas incaicas sino que también abarca el paisaje circundante, el cual está compuesto entre otros por los predios Qquente y Santa Rita de Qquente y por lo tanto están sujetos a todos los límites a la propiedad establecidos en la normatividad correspondiente, de acuerdo a la trascendencia de su ubicación. Uno de los argumentos esgrimidos en este caso en general, aunque sin ser parte de la rogación ante los Registros públicos, es la posible incidencia de los alcances de la Reforma Agraria en el predio materia de estudio además y la trascendencia del Decreto Supremo 036-01-AG. A lo que hay que agregar que esta no es la primera vez que se debate la propiedad de estos predios, existiendo un antecedente que inclusive llegó a instancias del Tribunal Constitucional mediante Acción Constitucional de Amparo. Antecedente que fue incoado por la señora Rosa Eudoxia Zavaleta Zavaleta, quien solicitó al Juez de tierras de Quillabamba que tramitó la expropiación de las tierras en mención, que en mérito al mencionado decreto, declare la nulidad e insubsistencia de todo lo actuado por la Reforma Agraria. Pedido que fue declarado improcedente entre otros motivos, porque los accionantes ya habían cobrado por dichos bienes, por los que incluso habían exigido un mayor valor, confirmándose dicha sentencia en la Sala Superior y finalmente habiendo sido rechazada una Demanda de Amparo ante en Tribunal Constitucional, el mismo que declara improcedente el pedido y confirma la mencionada resolución en el expediente Número 1271-2000-AA/TC.

- iii. Respecto de la familia Abrill, que ha incoado dos procesos judiciales de reivindicación, consideramos que sus pretensiones de daños y perjuicios así como la reivindicación de la zona monumental de Machupicchu (zona construida), además de contradecir el texto expreso de la norma, que señala que cuando

se trata de monumentos prehispánicos, la propiedad privada abarca el predio continente mas no el monumento construido, se puede señalar cumple con todos los requisitos que figuran en el artículo 986° del Código Civil peruano, el cual versa sobre el abandono o derelicción. Por lo tanto y de acuerdo al derecho conferido al Estado por el abandono en que se ha incurrido por parte de los iniciales propietarios sobre los bienes materia de controversia durante más de veinte años, el legítimo e inequívoco propietario del Patrimonio Monumental de Machupicchu es el Estado peruano.

- iv. El desencuentro entre Patrimonio Cultural y Propiedad es, como hemos dicho, el desencuentro entre modernidad y posmodernidad. Hemos visto que el derecho de propiedad contemporáneo, pasa por un proceso de especialización ajustada al objeto propietario, restándole ciertas intensidades en casos especiales, pero sin variar las contradicciones y antinomias expuestas en el texto, confirmando su tradición positivista, racionalista y moderna. Ahora bien, el Patrimonio Cultural, existe desde que existe la cultura, siendo su forma moderna, el Patrimonio Histórico con orientación principalmente monumentalista y que en la posmodernidad pasa a ser una forma del multiculturalismo.
- v. Es innegable, que el derecho de propiedad, se encuentra en un momento de crisis y evidente que ante la crisis debe adecuarse o desaparecer como institución jurídica rebasada por el economicismo y el pragmatismo mercantil. El instituto jurídico propietario civil, como resultado de muchos siglos de evolución cultural (que evidentemente representan muchas marchas y contramarchas) representa la mejor alternativa, frente a la asignación de la riqueza en sociedad, si se compara con la anglosajona *property* que como bien señala Gambaro, llama propiedad a cualquier conjunto de utilidades cuya única relevancia es el disfrute exclusivo y que no tiene interés alguno

en la justicia o la igualdad, sacrificándolas en honor a una libertad que más de un jurista de la Revolución Francesa llamaría libertinaje.

- vi. El derecho de propiedad, como institución jurídica clave en Occidente, ha ido moldeándose desde Roma, hasta consagrarse en la Revolución Francesa, inspirando la creación de Estados clasistas y fortaleciendo a la burguesía. Tiene graves retos que afrontar en la actualidad. La especialización objetiva constituye un gran avance que seguramente alumbrará a las muchas crisis del futuro, que señala que la propiedad continental, es un derecho diseñado para legislar sobre la mayoría de sujetos propietarios pero que resulta deficiente para legislar sobre la gran mayoría de objetos apropiables, hecho que plantea a su vez, el dilema entre propiedad y riqueza, en el sentido que, todo el dinero puede convertirse en propiedad, pero no es seguro que toda la propiedad (incluyendo evidentemente propiedad financiera) pueda convertirse en dinero (en tanto riqueza perceptible). El derecho de propiedad continental, contemporáneamente, está comprendido sobre bienes financieros antes que económicos, hecho que recorta la necesidad de utilizar los derechos de uso y de goce clásicamente comprendidos como contenido de este derecho, reformándolo y permeabilizándolo frente a una concepción mercantilista de la propiedad, que, lejos de promover una ciudadanía entre individuos iguales en derechos y posibilidades, refuerza las principales críticas hechas al capitalismo, tanto por Marx cuando señala que es creador de desigualdad y miseria, cuanto por Heidegger que advierte que el tecnocapitalismo está destruyendo la tierra. La encrucijada del derecho de propiedad continental, se encuentra entre reformarse conforme a sus pilares fundacionales. Procurando equidad y justicia entre ciudadanos o disolverse lentamente en un sistema de apropiamiento que niega la ciudadanía y la humanidad misma.

- vii. El Patrimonio Cultural, es una categoría inconmensurable en términos patrimoniales de mercado. En esta condición radica el motivo por el cual se encuentra alejado de la propiedad en el sentido economicista. Sin embargo, eso no significa que el Patrimonio Cultural no tenga trascendencia en el mercado, hecho que se puede explicar perfectamente desde la teoría del capital simbólico de Bordieu. De donde se entiende que el Patrimonio Cultural, participa del enriquecimiento de un colectivo o un individuo, otorgado prestigio a su propietario, que puede ser intercambiable en capital económico.
- viii. Dentro de la especialización del derecho de propiedad, aquella que se puede ostentar sobre los bienes de interés cultural, puede encontrar sus antecedentes en la institución medieval que los franceses llamaron *saisine*. Esta institución, como bien apunta Lassalle, configuraba un especial tipo de propiedad-disfrute, orientado a la utilidad de la cosa antes que a la propiedad-pertenencia, que estaba centrada en la titularidad sobre el bien corpóreo. En la propiedad sobre Patrimonio Cultural, el titular del derecho, tiene libertad de disfrutar de la cosa y de los réditos económicos que ésta pueda plantear, sin embargo su señorío sobre la cosa corpórea (cuando hablamos de bienes materiales) resulta limitado y hasta anulado.
- ix. La adecuación legislativa de un estatuto especial sobre los bienes integrantes del Patrimonio Cultural ayudaría a resolver las contradicciones legislativas entre Patrimonio Cultural y el derecho de Propiedad moderno y ortodoxo. Sin embargo, la lógica de la propiedad a las propiedades, que más allá de ser una teoría, resulta una realidad legislativa muchas veces encubierta, no resulta una solución cabal a los problemas fundamentales que presenta el derecho de propiedad. Coincidimos con Rodotà cuando dice que, dichos estatutos continúan haciendo referencia a un concepto unívoco de propiedad y por lo tanto reproduciendo sus falencias e incoherencias.



- x. El derecho de propiedad, resulta probablemente el principal reflejo de la construcción ideológica de una sociedad. En el breve repaso que hicimos de la propiedad en el Perú, podemos ver que, la propiedad ha pasado desde el concepto prehispánico de acceso a la propiedad como consecuencia natural de la pertenencia a una *gens*, pasando por aquella que se ordenaba en función del derecho de conquista y la aquiescencia del Rey y del Papa, hasta la profunda influencia del *Code*, en el Perú republicano, sin mencionar las filtraciones del derecho anglosajón en la legislación propietaria peruana, que se han venido integrando en los últimos años a este sistema jurídico.
- xi. La evolución del derecho de propiedad a lo largo de la historia, ha modelado la propiedad sobre el Patrimonio Cultural como un estatuto propietario *sui generis*, a partir de una mirada de abajo hacia arriba, como señalaría Finzi y tan magistralmente analizara Grossi. El Patrimonio Cultural inmueble se constituye en un especial objeto de propiedad, principalmente, si nos fijamos en que por normativa internacionalmente aceptada, es invaluable económicamente, pero al mismo tiempo es pasible de formar parte de patrimonio tanto público como privado. La propiedad privada sobre el mismo está rodeada y constreñida por una serie de limitaciones, desde la prohibición de variación de su forma estructural, pasando por la exigencia compartida con el Estado de conservar y custodiar el bien, hasta las restricciones de su utilización económica, por motivos subjetivos y extrapatrimoniales, que precisamente constituyen, al mismo tiempo, la base de su valoración económica. Observamos que la principal característica del estatuto propietario sobre Patrimonio Cultural es la que fija derechos de titularidad privados sobre bienes considerados universalmente invaluable, Este hecho aleja la propiedad sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural de una manera radical de la propiedad civil liberal, considerando que esta se encuentra orientada básicamente a

regular hechos jurídicos relevantes que involucren al sujeto moderno y liberal con el objeto *cuasi* intrascendente que componían esta relación a finales del siglo XIX, configurando un estatuto propietario que regula la propiedad económica sobre un bien no económico, cuyo valor radica más allá de las asignaciones del mercado y cuya integridad el Estado está comprometido a proteger, inclusive prescindiendo de la voluntad del propietario. El Patrimonio Cultural, configura un tipo de bien que es producto de años de evolución de la cultura jurídica y que sería impensable sin la posmodernidad, determinando un tipo de propiedad que consolida el camino de la especialización propietaria, iniciada más de un siglo atrás en las codificaciones civiles. La propiedad sobre el Patrimonio Cultural, abandonando el conservadurismo propietario liberal, se encamina hacia una visión eventualmente más objetiva y eficiente de la institución, hacia la metapropiedad.

- xii. El concepto Patrimonio Cultural, resulta accidentado a lo largo de la historia, además de complejo y fundamentalmente ambivalente. La lógica inicial, ha tenido una valoración doble, ornato de las ciudades y reivindicación fundacional de las naciones, que orientaban a las legislaciones a proteger los monumentos visibles más importantes de su pasado, pasando por un largo proceso de evolución/involución que lo condujo a ser un imperativo desnacionalizador/universalizador, replicando el descubrimiento de la diversidad en la periferia por el centro de la civilización occidental y contribuyendo a soslayar el debate respecto de la gran diferencia entre habitantes del mundo, aquella que existe entre los ricos y los pobres, al mismo tiempo de constituir una reivindicación de los logros del trabajo humano en la historia. Lacan, decía que la palabra es un medio para ser reconocido y al mismo tiempo, tiene una función creadora que hace surgir al propio concepto y que no hay palabra sin respuesta, de esta manera, somos testigos de la variación del

concepto Patrimonio Cultural, atribuyéndole al mismo *nomen*, diversos contenidos de acuerdo al momento histórico y a los intereses del poder, contenidos que van, desde lo nacional a lo internacional y de la exaltación de lo regional a lo universal. Es decir, a partir de una misma nomenclatura, la verdad del poder ha propiciado variaciones profundas a la ontología y a la estética del Patrimonio Cultural, proyectando una trascendencia valórica planetaria que no existe y que ahora se modela, despojándolo de trascendencia suprapatrimonial para incluirlo a la lógica de mercado.