

---

# Arqueología y Derecho: intentando solucionar la tragedia de los restos arqueológicos en el Perú

Juan Pablo de la Puente Brunke

Abogado. Miembro de la Asociación Civil  
*Ius et Veritas*.

*“Hay dos cosas en un edificio,  
su uso y su belleza.  
El uso pertenece al propietario;  
la belleza, a todo el mundo”.*  
Victor Hugo

## 1. Introducción

¿Por qué proteger bienes antiguos? ¿Por mero coleccionismo o deleite estético? ¿Acaso, algunas veces, son un obstáculo del progreso y del uso eficiente de los recursos? Pues no, los bienes del patrimonio cultural no son únicamente bienes históricos o artísticos de singular estética, son vehículos de conocimiento científico, fundamentales para el desarrollo, la identidad y la conciencia histórica.

Si tuviésemos diez años y viviéramos en el Perú del siglo XIX, nuestro profesor de historia nos enseñaría el pasado del Perú de la siguiente manera: “Tiempo que abraza la historia del Perú (...) comprende desde los remotos tiempos en que las tribus peruanas principiaron a civilizarse para formar un cuerpo social, hecho que según los cálculos mas generalmente admitidos se remonta hacia el siglo once o doce de la era cristiana, hasta nuestros días; y abraza un período de ocho o nueve siglos”<sup>(1)</sup> (sic).

Volvamos al presente: gracias a la protección pública y privada de los bienes prehispánicos y de su estudio y conservación con tecnologías cada vez más avanzadas, los actuales profesores de historia exponen un concepto muy diferente del pasado del Perú (por ahora quizá): “Los testimonios materiales hasta hoy conocidos nos hablan de un proceso de ocupación humana de 20,000 años y de por lo menos 4,000 de civilización (...)”<sup>(2)</sup>.

Proteger el patrimonio cultural, y el arqueológico en especial, responde a preservar una fuente de memoria colectiva. Representa una herramienta para la investigación científica e histórica<sup>(3)</sup>. La conservación y restauración de monumentos tiende a salvaguardar tanto la obra de arte como el testimonio histórico<sup>(4)</sup>. Por estas consideraciones, el ordenamiento jurídico introduce la categoría del patrimonio cultural como una regulación excepcional para preservar características esenciales y propias de una nación<sup>(5)</sup>.

- (1) SALAZAR, Manuel M. *Compendio de la Historia del Perú para las Escuelas de Instrucción Primaria*. Lima: J. Galland y E. Henriod. 1882. p. 4.
- (2) ALVA, Walter. *Problemática y puesta en valor del Patrimonio Arqueológico Peruano*. En: *Patrimonio Cultural del Perú*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Tomo I. 2000. p. 119.
- (3) *European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage*. La Valette, 16 de enero de 1992.
- (4) Carta Internacional sobre la Conservación y Restauración de Monumentos y de Conjuntos Histórico-Artístico, Carta de Venecia. ICOMOS, 1964. Artículo 3.
- (5) Cabe precisar que si bien las manifestaciones culturales inmateriales (danzas, música, etcétera) son susceptibles de ser declaradas como Patrimonio Cultural, los efectos jurídicos de la protección deben de ser diferentes (ya que su representación no se

El propósito del presente trabajo es analizar el rol del Estado y de los particulares en la protección, investigación y difusión del patrimonio cultural arqueológico. Trataremos de proponer un esquema de solución para desincentivar su destrucción, valiéndonos de la función de control y cambio social de la ciencia del derecho. En esta oportunidad no nos fijaremos en el aspecto disuasivo de la sanción penal y administrativa. Evaluaremos la asignación y el establecimiento coherentes de derechos de apropiación<sup>(6)</sup> que permitan el uso más eficiente de recursos escasos. Asimismo, como veremos, las fallas del mercado de bienes arqueológicos determinarán la necesidad de una regulación estricta y especializada, que fomente su protección, sin distraerse del interés público consustancial a la naturaleza de dichos bienes.

## 2. Naturaleza peculiar de los bienes del patrimonio cultural

Cotidianamente, mencionamos que los bienes de 20 o 30 años de antigüedad son pasados de moda, los de 70 son “viejos” y los de más de 100 son “antigüedades”. Pero, ¿cuál de ellos es un bien cultural? ¿Cuáles merecen una protección especial?.

En sentido amplio, tanto una computadora de última generación como un huaco retrato de la cultura Mochica son manifestaciones y representaciones, sean individuales o no, de culturas y creencias diferentes. En ellos varía la temporalidad de su creación, el uso que le podríamos dar, el valor científico, económico así como el artístico e histórico. Como expone de Trazegnies “(...) los bienes que son expresiones de la cultura no son meras cosas físicas sino una agregación de perspectivas, de valores y de intereses merecedores de protección”<sup>(7)</sup>. Por ejemplo, una pintura tiene componentes físicos indudables, el lienzo, los colores,

el papel, pero también componentes espirituales que los convierten en una obra de arte o del intelecto: los sentimientos del artista, la combinación de los colores, las hipótesis, las ideas y la forma de exponer las mismas.

Podemos definir por “bienes culturales” a cualquier manifestación material o inmaterial del ser humano, como individuo o como grupo social. Es decir, todo bien existente, material o inmaterial, artístico o tecnológico, de época ancestral o contemporánea, es un bien cultural. Sin embargo, la figura del patrimonio cultural no pretende (ni debe hacerlo) tener por objetivo el proteger todos los bienes culturales. Su naturaleza se fundamenta en preservar, proteger, fomentar y difundir elementos o manifestaciones culturales propias, definidoras y esenciales de una nación.

Con la protección se trata de evitar que el paso del tiempo y las nuevas tecnologías, como las de la información en esta época de globalización, contaminen y distorsionen lo propio. Es necesario recordar el por qué (cómo y quiénes) ha surgido la nación en que actualmente nos desenvolvemos. Esa es la razón de la existencia de la figura del patrimonio cultural, fomentar que la sociedad tome conciencia de una común identidad, compuesta a partir de la diversidad cultural.

El término “patrimonio”, según el jurista español Jesús Prieto de Pedro<sup>(8)</sup>, se emplea pues implica tres conceptos: (i) su origen etimológico (*pater*) hace referencia a una herencia que se recibe de los antepasados; (ii) destaca que esa unidad conceptual representa intereses jurídicamente relevantes; y (iii) agrupa un conjunto heterogéneo de bienes a efectos de ser protegidos jurídicamente.

La calidad cultural de un bien responde a su esencia y no a una declaración legal. En efecto, la declaración no define a un bien cultural como tal, importa como instrumento para que un bien cultural integre el

conserva en un soporte físico estático como un bien mueble o inmueble). La declaración de una ejecución musical o de una escenificación debe tener únicamente como consecuencia el reconocido de sus características y la difusión de las mismas. ¿Acaso se justifica que alguien sea sancionado por ejecutar una canción fuera de la partitura original, si acaso es posible determinarlo? (cuyo soporte físico sí puede ser objeto de una protección “material”). La diferencia no implica menor importancia. La diversidad de las consecuencias no responden únicamente por la naturaleza de los bienes protegidos, sino más bien por la naturaleza de los derechos que pueden existir sobre dichos bienes. Asimismo, cabe precisar que, con fecha 17 de octubre de 2003, la UNESCO aprobó la Convención para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

- (6) En el presente trabajo utilizaremos el término “derechos de apropiación” pues la intención es hacer referencia a los *property rights*, término que no condice con lo que conocemos como derecho de propiedad. De acuerdo con Santos Pastor, el primero abarca no sólo nuestro derecho de propiedad, sino además otros derechos sobre las cosas, como el uso y disfrute. Ver: *Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. p. 166.
- (7) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Conservación moderna del patrimonio cultural de la Nación*. En: *Patrimonio Cultural del Perú*. Tomo I. Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000. p. 36.
- (8) PRIETO DE PEDRO, Jesús. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II. Madrid: Civitas,. 1991. p. 1552.

patrimonio cultural de la nación, es decir para que se beneficie de un régimen especial de protección, de naturaleza excepcional.

Es decir, en cuanto a la relación existente entre bienes culturales y los bienes culturales integrantes del patrimonio cultural de la nación, los primeros lo son por su propia naturaleza, los segundos son por opción del legislador y por decisión de la administración pública. Dicho acto responde a la necesidad de protegerlos al reconocerles determinadas características especiales y en algunos casos únicas.

Integrar el patrimonio cultural debe traer consigo las consecuencias de reconocimiento público, como elemento esencial de la cultura y de la identidad nacional. Asimismo, la declaración debe redundar en beneficio del bien materia de la declaración.

Debe tenerse en cuenta que, en estricto, el régimen legal de protección no se aplica a los bienes del patrimonio cultural. Los bienes son objetos inanimados, por ello, en estricto, las normas se aplican a las diversas relaciones jurídicas y a las situaciones jurídicas de los individuos que de alguna manera se relacionan con dichos bienes.

Como ejemplo, sin duda muchos bienes arqueológicos aún no han sido descubiertos. ¿Dichos bienes de encuentran protegidos? En un sentido lato podríamos decir que sí. Sin embargo, supongamos que un ceramio continúe bajo tierra por siempre. ¿Acaso el derecho se aplica en algún momento? El régimen exorbitante de protección del patrimonio cultural aparece en escena cuando una persona entra en contacto con dichos bienes.

Es decir, el legislador debe evaluar los efectos que una disposición legal genera en el comportamiento de los individuos. Anticipar los efectos de la regulación es una herramienta útil para determinar la aplicación de la más eficiente. Más adelante evidenciaremos cómo el legislador peruano no tomó ello en cuenta y viene generando incentivos perversos que vulneran el propio interés público que justifica la protección de los bienes arqueológicos.

### 3. Fallas del mercado de bienes arqueológicos: efectos de su naturaleza peculiar

La figura jurídica del patrimonio cultural implica la yuxtaposición de distintas titularidades e intereses

(públicos y privados). Pongamos como ejemplo un pincel. En la esfera pública, el ordenamiento jurídico no encontrará justificación alguna en proteger un simple pincel, salvo quizá si se tratase de uno perteneciente a Leonardo Da Vinci, si acaso es posible determinarlo.

En la esfera privada, a pesar de la inexistencia de la obligación legal de proteger y conservar un simple pincel, es posible que cualquier persona que dedique tiempo en actividades artísticas decida conservar dicho pincel en lugar de botarlo a la basura. ¿Por qué? Simplemente por razones subjetivas. Asimismo, el ámbito privado esta compuesto por los titulares de derechos cuyo objeto es un bien del patrimonio cultural. Los bienes pueden ser de propiedad del Estado, de individuos y de colectividades. Sin embargo, el ámbito privado no se limita exclusivamente al caso de derechos de propiedad. Pueden coexistir una serie de derechos y titularidades sobre un mismo bien. Los derechos que pueden coexistir dependen de las características de cada bien. El caso de una canción declarada como patrimonio cultural<sup>(9)</sup> es radicalmente distinto al de la realidad de una pieza arqueológica.

De otro lado, el ámbito público responde al justificado deber del Estado de proteger, conservar, fomentar y difundir dichos bienes. Se traduce en un régimen excepcional de restricciones y obligaciones (y los debidos incentivos) aplicable a las relaciones y situaciones que se vinculen con el patrimonio cultural<sup>(10)</sup>.

Luego de estas consideraciones, a continuación pondremos atención a las características del mercado de bienes arqueológicos: (i) Demanda: la demanda de bienes arqueológicos está compuesta por científicos, investigadores, museos, coleccionistas y cualquier individuo (por razones subjetivas, placer artístico, histórico, estético, identidad); (ii) Oferta: la oferta no es homogénea. Hay bienes que se encuentran en su contexto original (conocidos o no) y otros que ya han sido extraídos; (iii) Valor científico, histórico y artístico: los bienes arqueológicos, muebles o inmuebles, son bienes de singular belleza, testimonio histórico y valor científico. Este último elemento es determinante y es el mayor rasgo que marca la diferencia con los bienes del patrimonio cultural de épocas posteriores. Tomemos en cuenta que el estudio de una pieza arqueológica en su contexto original (es decir, junto al estudio del lugar

(9) Pueden coexistir los derechos del autor, de la disquera, así como del propietario del soporte técnico de la canción.

(10) Evidentemente, todo ejercicio de un derecho real se encuentra limitado, sea por normas de zonificación, medio ambiente, herencia, expropiación, etcétera. Sin embargo, la protección del patrimonio cultural es sin duda de gran envergadura.

en donde se descubrió) aportará mucho mayor información científica que el estudio de una pieza arqueológica cuyo contexto original no se conoce o se encuentra destruido; y, (iv) Valor social: diversos individuos y comunidades vinculan sus actividades con bienes arqueológicos (o con lo que representan), fruto de la costumbre y de una cosmovisión cultural propia.

Las características mencionadas han sido descritas de manera estática. Es momento de analizar las consecuencias de la interacción de las mismas en el mercado. En caso la demanda de bienes arqueológicos aumente, lo propio sucederá con la oferta. En este punto debemos detenernos. Los efectos variarán en función al tipo de la oferta, es decir, según los bienes se encuentren en su contexto original o en un museo. En caso los bienes se encuentren en su contexto original, el aumento de la demanda perjudicará gravemente a la otra característica del mercado: el valor científico, histórico y artístico. Recordemos que la conservación de monumentos, en especial los arqueológicos, tiende a salvaguardar tanto la pieza como el contexto en donde se descubrió.

Adicionalmente, podemos ver el perjuicio del propio mercado de la siguiente manera. En caso el valor científico, histórico y artístico aumente, la demanda aumentará y consecuentemente su precio. Como ejemplo, sin duda un cuadro con la firma de Leonardo Da Vinci tiene mayor valor económico que uno parecido, de la misma época, pero sin autoría definida. Es decir, si el contexto en donde el cual se ubica un bien arqueológico permite un mayor estudio científico del mismo, lo que eleva su valor científico, histórico y artístico, y por ende su precio, la extracción o manipulación de los bienes arqueológicos debe ser técnica y especial. Por ello consideramos que el aumento de la demanda perjudica al propio valor del patrimonio cultural.

En cuanto al valor social, especialmente en el caso del Perú, el tema cobra mayor importancia. Debido a la gran riqueza cultural, en nuestro país existen numerosas comunidades campesinas y nativas que conservan una cosmovisión propia. Fruto de ello, diversos inmuebles arqueológicos son utilizados para representar tanto fiestas, celebraciones y danzas vernaculares como ceremonias de carácter religioso. Otros inmuebles arqueológicos siguen siendo utilizados de manera cotidiana, como canales de regadío, andenes, caminos, etcétera.

Como consecuencia del valor social y junto al valor científico, histórico y artístico, un tema sumamente

importante es su relación con la posibilidad de exclusión. Es claro que el ordenamiento debe establecer un esquema de protección simétrico al valor científico, histórico y artístico. Es decir, a mayor valor cultural, mayor protección. Sin embargo, a mayor valor cultural, ¿mayor difusión? o dicho de otra manera ¿menor derecho de exclusión? La justificación de la difusión no debe de ser entendida como contraria a los derechos de apropiación privada, o ¿acaso un bien arqueológico se encuentra más cerca de la población cuando es propiedad del Estado y adorna el despacho presidencial?

Por estas consideraciones, permitir el libre uso, comercialización, extracción o manipulación de bienes arqueológicos, vulneraría el interés público que justifica su protección y conservación y que al mismo tiempo aumenta su precio. Las fallas de mercado que hemos identificado y que resumimos a continuación, exigen el establecimiento de un marco normativo que asigne coherentemente los roles del Estado y de los particulares:

- > (Valor Cultural) => (precio)
- > (Demanda) => (perjuicio al valor cultural)
- > (Valor Social) => (uso, explotación)

#### 4. Marco conceptual de la tragedia de los inmuebles arqueológicos en el Perú: ¿Tragedia de los comunes o tragedia de los anticomunes?

En el Perú existe un régimen específico de protección de los inmuebles arqueológicos. La ley los declara de propiedad del Estado, así como intangibles e inalienables. Su exportación se encuentra fuertemente restringida a pocos supuestos y el Estado tiene derecho de preferencia en toda transferencia onerosa de propiedad. A pesar de ello, la gran mayoría de los inmuebles arqueológicos se encuentra abandonada, lo que cataliza su saqueo y destrucción. Desgraciadamente, en muchos casos se han convertidos en basurales, urinarios públicos o guaridas de maleantes.

Las siguientes cifras demuestran su estado al año 2001: (i) aproximadamente, de los 100 mil sitios arqueológicos existentes en el Perú, apenas 1,179 (1.1 por ciento) están inventariados y menos de cien han sido declarados, delimitados e inscritos como tales; y (ii) en el registro del Instituto Nacional de Cultura - INC- se encuentran inscritas 53,360 piezas arqueológicas. Representan menos del 1 por ciento del

total estimado que existe en el Perú. En este registro no se incluyen las piezas pertenecientes a museos. De la mencionada cifra, un 99 por ciento pertenece a colecciones privadas en Lima y provincias<sup>(11)</sup>.

Existiendo un régimen legal de protección tan estricto y con la intervención estatal directa, ¿por qué entonces el abandono y la destrucción de los restos arqueológicos? Entre las diversas variables consideradas, las principales causas de destrucción de los inmuebles arqueológicos se debe al tráfico ilícito<sup>(12)</sup> de bienes culturales y a las obras de expansión rural, urbana e industrial.

Adicionalmente al tráfico ilícito y a las obras de expansión, consideramos que el propio marco legal incentiva comportamientos contrarios a la justificación de un sistema que proteja al patrimonio cultural. Como ya hemos evidenciado, las fallas del mercado de bienes arqueológicos obligan el establecimiento coherente de derechos y obligaciones en lugar de permitir la libre negociación privada.

En cuanto a la difusión y como resultado del abandono, los bienes inmuebles arqueológicos no se encuentran adecuadamente difundidos. Nos referimos a la inexistencia de infraestructura adecuada así como de servicios de difusión eficientes. Dentro del universo conocido de inmuebles arqueológicos, muy pocos cuentan con adecuadas vías de comunicación, museos de sitio, servicio de guías, seguridad y centros de investigación.

La falta de recursos públicos, en países en desarrollo como el Perú, es sin duda una de las razones que agravan la tragedia de los inmuebles arqueológicos. Sin embargo, nuestra realidad debe servir como un impulso mayor para eliminar dicha tragedia, a través de una adecuada asignación de derechos de apropiación que incentiven y permitan la internalización del costo social, es decir, el abandono de los inmuebles arqueológicos.

En esta sección trataremos de identificar el por qué de la tragedia de los inmuebles arqueológicos en el Perú, desde la óptica de la teoría económica de la propiedad y de su utilidad para asignar recursos a sus usos más eficientes.

#### 4.1. La tragedia de los comunes

El ejemplo de Hardin, ampliamente conocido, nos transporta a un pastizal de propiedad de nadie, en donde cada ganadero, al querer maximizar sus beneficios, intentará ingresar cada vez con un mayor número de cabezas de ganado.

El resultado es la sobreexplotación del recurso escaso (pastizal), con la consecuente pérdida para toda la sociedad. Justamente, uno de los efectos de la propiedad común es el no permitir internalizar ciertas externalidades. Dichas externalidades, entendidas como los costos y beneficios no asumidos por los individuos, generan una asimetría entre el costo social y el privado<sup>(13)</sup>.

En efecto, de acuerdo con la perspectiva de Hardin, Bullard nos explica que la utilidad del ganadero tendrá un componente positivo y otro negativo. El positivo es el beneficio que obtendrá el ganadero por la cabeza adicional. El negativo, es el sobrepastoreo generado por la cabeza de ganado adicional. Es decir, en un sistema de propiedad común se toma en cuenta el beneficio individual pero no el costo social<sup>(14)</sup>.

Adicionalmente, las consecuencias de la propiedad común puede verse de otra perspectiva, formulada esta vez por Posner. Bullard nos explica que la propiedad común no genera incentivos para explotar eficientemente un recurso. En efecto, si los beneficios generados por la acción de un individuo (por ejemplo un agricultor que siembra) pueden ser aprovechados por terceros, no existirá motivo alguno para generar una actividad de uso racional (sembrar)<sup>(15)</sup>.

(11) Fuente: INC y Departamento de Patrimonio Cultural de la División de Investigación Especiales de la Policía Fiscal. Publicado en: *Anuario 2000-2001*. Lima: Empresa Editora El Comercio, 2001. p. 267.

(12) El tráfico ilícito de bienes culturales, junto con el tráfico ilícito de drogas, los delitos contra los derechos de autor y el tráfico ilícito de armas, constituyen los delitos internacionales que involucran mayores sumas de dinero. Debido a su magnitud, existen diversos tratados internacionales para impedir el tráfico ilícito de bienes culturales, como la Convención UNESCO de 1970, convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, adoptada en París el 14 de noviembre de 1970; la Convención UNIDROIT de 1995, Convención para los Bienes Culturales Robados y Exportados Ilícitamente, adoptada en Roma el 24 de junio de 1995; la Convención de San Salvador de 1976, de la Organización de Estados Americanos, la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas; y la Decisión 460 de la Comunidad Andina de 1999, sobre la Protección y Recuperación de Bienes Culturales del Patrimonio Arqueológico, Histórico, Etnológico, Paleontológico y Artístico de la Comunidad Andina.

(13) BULLARD, Alfredo. *Un mundo sin propiedad*. En: *Derecho*. Número 45. Lima, Diciembre 1991. pp. 132-133.

(14) *Ibid.*; p. 134.

(15) *Ibid.*

La falta de recursos públicos, en países en desarrollo como el Perú, es sin duda una de las razones que agravan la tragedia de los inmuebles arqueológicos.

Por lo expuesto, la propiedad pública puede generar la sobreexplotación de un recurso. En casos donde el precio es nulo, la cantidad utilizada será ciertamente mucho mayor que a cualquier precio positivo<sup>(16)</sup>.

Lo propuesto por Hardin podría graficarse de la siguiente manera:

#### **Tragedia de los comunes**

Todos puedes usar el recurso escaso.

Nadie puede excluir del uso.

Resultado: sobreexplotación.

Como solución a la sobreexplotación, emerge la función económica y social de los derechos de apropiación. La posibilidad de exclusión (del uso y de los beneficios) genera incentivos para interiorizar las externalidades, tanto positivas como negativas. Es decir, un ganadero o un agricultor podrán racionalizar sus actividades a niveles que no impliquen la sobreexplotación de los pastizales o suelos.

Adicionalmente, la respuesta puede ser enfocada desde otro punto de vista. Según Cooter y Ulen<sup>(17)</sup> y citando a Demsetz, “una sociedad económicamente racional privatizará un recurso en el momento en que el mantenimiento de la frontera cueste menos que el uso excesivo del recurso”. Es decir, de acuerdo con Demsetz, lo común se transformará en propiedad privada cuando, por presión de la población o de la tecnología, la diferencia entre el beneficio individual y el costo social se incremente<sup>(18)</sup>.

Por ello, es necesario identificar los supuestos en que el costo de exclusión es menor que los beneficios. Cooter y Ullen<sup>(19)</sup> aplican las siguientes variables:

	Bajos costos de exclusión	Altos costos de exclusión
Consumo rival	Bienes Privados (ej. una casa)	
Consumo no rival		Bienes Públicos (ej. el aire)

Este cuadro debe leerse de la siguiente manera: cuando el consumo de un bien es rival (dos o más individuos no pueden usar un mismo bien al mismo tiempo), y el costo de excluir a los demás es bajo, la propiedad privada resulta ser más eficiente que el régimen de bienes públicos. Esta fórmula no es estática pues gracias a la tecnología, los costos de exclusión de un recurso pueden ir disminuyendo.

#### **4.2. La tragedia de los anticomunes**

La tragedia de los anticomunes es la otra cara de la moneda, pues la tragedia no es la sobreexplotación de un recurso, es la subexplotación.

Se refiere a escenarios en los que el ordenamiento jurídico ya ha otorgado derechos de apropiación sobre recursos escasos. Sin embargo, al realizarlo ha entregado un conjunto no coherente de derechos que generan la subexplotación del recurso.

En *The Tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets*, Michael Heller nos explica la teoría de los anticomunes en el contexto de la caída del régimen comunista de la Unión Soviética y su transición hacia el libre mercado, a inicios de 1990. El ejemplo que nos plantea es la proliferación callejera de los kioscos en Moscú mientras que las vitrinas de las tiendas se iban vaciando.

La ley soviética sobre propiedad, como menciona Heller, distaba mucho del régimen occidental que conocemos. No contemplaba el concepto de propiedad predial ni la diferencia entre bienes muebles e inmuebles. Tampoco existía lo que conocemos como el registro de propiedad. Todo ello respondía a que el Estado soviético era propietario de toda la tierra y dicha propiedad era indivisible e inalienable. Sin duda existían mecanismos de transferencia, sin embargo respondían a necesidades administrativas del Estado, pero nunca a favor de la propiedad privada. La propiedad individual

(16) NORTH y LE ROY MILLER. *Los Aspectos Económicos de las Almejas y otros productos gratuitos*. p. 111.

(17) COOTER. *Op. cit.*; p. 164.

(18) HELLER. Michael A. *The Tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets*. En: *Harvard Law Review*. Volumen III. Número 3. Enero 1998. p. 678.

(19) COOTER. *Op. cit.*; p. 144-147.

se respetaba, únicamente, para casos de bienes destinados al consumo personal, como casas, automóviles, etcétera<sup>(20)</sup>.

En cuanto al ejemplo de las vitrinas de las tiendas, cuando el régimen comunista colapsó, dando espacio a la liberación del comercio y la economía, diversas tiendas, antes de propiedad de entidades o empresas estatales, fueron privatizadas, cada una, a múltiples individuos. Según Heller, dicho otorgamiento inicial de derechos de propiedad otorgó a cada individuo un derecho cuyo ejercicio implicaba la imposibilidad del aprovechamiento eficiente de la tienda.

A inicios de 1990, iniciándose la liberalización de la economía, la propiedad predial fue descentralizada desde el nivel federal hacia los gobiernos regionales y locales. Sin embargo, dicho proceso no fue ordenado y generó diversas contiendas de competencia entre las autoridades federales, regionales y locales<sup>(21)</sup>.

Este proceso de descentralización y el consecuente otorgamiento de diversos derechos de propiedad, generaron la coexistencia de cuatro tipos de titulares de derechos sobre las tiendas, cuyo ejercicio implicaba una traba para los demás titulares<sup>(22)</sup>: (i) Los propietarios de las tiendas. El gobierno local es el dueño formal de la tienda, sin embargo, el federal mantenía diversas prerrogativas, como el determinar los procedimientos de venta y los precios de los productos. Es decir, los derechos de los dueños eran ambiguos y limitados; (ii) Los poseedores de las tiendas. Se hace referencia a los grupos de trabajadores de empresas estatales, a las que antes el sistema soviético asignó el espacio de cada tienda. Dichos trabajadores tenían ambiguos derechos derivados en parte a décadas de posesión; (iii) Los tenedores de los libros de la sociedad. Son entidades públicas o funcionarios que gozan de ciertos derechos sobre los bienes. Era una forma arcaica de propiedad soviética; y (iv) Los Reguladores. Seis entidades estatales debían dar su consentimiento previo para poder disponer de un inmueble.

Heller nos muestra entonces la coexistencia de múltiples titulares con derechos semejantes. Uno tiene el derecho de vender, otro de ocupar la tienda, otro de determinar el uso de la tienda, otro para alquilarla, etcétera<sup>(23)</sup>. Como consecuencia, las vitrinas de las tiendas se iban vaciando mientras que los kioscos llenaban los espacios en las veredas. Los kioscos, en contrario, eran de propiedad de una persona, la que, además, tenía que lidiar y negociar con la mafia de las calles y con la corrupción gubernamental.

La tragedia de los anticomunes explica la subexplotación de la tienda, pues múltiples titulares tienen cada uno el derecho de excluir a los demás. Así, ningún titular tiene el privilegio de usar efectivamente el recurso<sup>(24)</sup>.

Por lo expuesto, Heller define el *anticommons property* como un tipo de régimen de propiedad que puede resultar cuando el otorgamiento inicial de propiedad, de un recurso escaso, implica la entrega de un conjunto desagregado de derechos más que un coherente atado de derechos<sup>(25)</sup>. En otras palabras, el *anticommons property* es un régimen de propiedad en donde múltiples dueños mantienen derechos de exclusión efectivos sobre un recurso escaso<sup>(26)</sup>.

La tragedia de los anticomunes de un recurso puede ser graficada de la siguiente manera:

#### **Tragedia de los anticomunes**

Nadie puede usarlo plenamente.

Todos pueden excluir.

Resultado: subexplotación.

Es decir, la tragedia de las vitrinas de las tiendas se traduce en que los dueños desperdician el recurso cuando ellos fracasan al no poder ponerse de acuerdo respecto del uso específico<sup>(27)</sup>.

Para solucionar la tragedia de los anticomunes, Heller menciona que el camino requerido es la unificación de todos los derechos fragmentados para formar un coherente atado de derechos. Asimismo, el

(20) HELLER. *Op. cit.*; pp. 627-628. Ver: infra nota 24.

(21) *Ibid.*; pp. 635-636.

(22) *Ibid.*; pp. 636-637.

(23) *Ibid.*; p. 623.

(24) *Ibid.*; p. 24.

(25) *Ibid.*; p. 623. El término atado de derechos responde a la traducción de *bundle of rights* del texto original. En un *bundle of rights* cada derecho representa la relación entre dos actores sobre el uso y el control de un recurso escaso (Ver p. 623, nota al pie 4). Asimismo, el *bundle of rights* representa todo un número infinito de potenciales relaciones y no relaciones que pueden existir entre individuos, respecto de un determinado recurso. Ver: p. 662.

(26) *Ibid.*; p. 668.

(27) *Ibid.*; p. 639.

camino tiene dos posibilidades: (i) a través del mercado; o (ii) a través del gobierno<sup>(28)</sup>.

En cuanto al mercado, la solución viene determinada por los costos de transacción que implicarán, tienda por tienda y dueño por dueño, la unificación de un coherente derecho de propiedad.

Respecto de la intervención gubernamental, Heller nos menciona que esta opción implicaría que el Estado deba redefinir y reasignar los derechos de propiedad. Podría eliminar diversas entidades públicas para crear una que centralice las decisiones. Sin embargo, mayor complicación aparece cuando se quiera redefinir derechos de privados. La opción de confiscación sin compensación económica implicaría el generar desconfianza e inseguridad jurídica entre los inversionistas.

### 5. Análisis de la tragedia de los restos arqueológicos peruanos: caso del otorgamiento legal inicial de derechos sobre los mismos

La Constitución peruana reconoce la propiedad privada de bienes del patrimonio cultural, sin distinción de época o de otras características. Adicionalmente, establece que el Estado debe proteger al patrimonio cultural, sea de titularidad pública o privada<sup>(29)</sup>.

En cuanto a normas internacionales, cabe precisar que la Convención UNESCO de 1972, establece expresamente que sus disposiciones de protección se aplican sin contravenir las disposiciones internas sobre derechos reales de cada Estado parte<sup>(30)</sup>.

Sin embargo, en cuanto a normas peruanas con rango de ley, la Ley General del Patrimonio Cultural de

la Nación, Ley 28296<sup>(31)</sup> establece expresamente que el Estado es propietario de todos los bienes inmuebles arqueológicos. Adicionalmente, un reflejo de la mayor protección que el sistema otorga a los bienes inmuebles arqueológicos es el hecho que la ley los declara además imprescriptibles e inalienables<sup>(32)</sup>.

Siendo intangibles, únicamente pueden ser utilizados para fines específicos, sea por su naturaleza o por decisión legal. Para el caso concreto de bienes del patrimonio cultural arqueológico, "(...) entiéndase como Intangible el uso exclusivo del sitio para fines de proyectos o programas de investigación, evaluación y emergencia; asimismo por proyectos de conservación de sitios arqueológicos"<sup>(33)</sup>.

Por inalienables, dichos bienes no pueden ser apropiados por nadie. Sin embargo ya hemos visto que mediante norma legal se establece expresamente que los bienes inmuebles arqueológicos son de propiedad del Estado. Algunos podrían argumentar que el mandato legal se refiere a que no pueden ser apropiados por particulares, sin embargo nuevamente, la misma Ley 28296 dispone que los bienes del patrimonio cultural sí pueden ser objeto de transferencia de propiedad dentro del territorio nacional, con algunas restricciones<sup>(34)</sup>.

Por su parte, la declaración de imprescriptibilidad es una consecuencia de la inalienabilidad, como es el caso también de la inembargabilidad.

No es momento, ni hay espacio, de enfrentar la disfunción normativa antes comentada o su conveniencia, a la luz de la teoría del dominio público, la cual por cierto no es unívoca en doctrina. El presente trabajo busca aplicar la herramienta del análisis

(28) *Ibid.*; pp. 640-642.

(29) Constitución Política del Perú de 1993. "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".

(30) Numeral 1 del artículo 6 de la Convención UNESCO 1972. Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.

(31) El artículo 6.1 establece expresamente lo siguiente: "Todo bien 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 privada o pública. Dicho bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación tiene la condición de intangible, inalienable e imprescriptible, siendo administrado únicamente por el Estado."

(32) Artículo 6.1 de la Ley 28296 (publicada el 22 de julio de 2004); Artículo de la Ley 27721 (publicada el 14 de mayo de 2002); Artículo 3 de la Resolución Suprema 04-2000-ED (publicada el 25 de enero de 2000); y el artículo 1 del Decreto Supremo 16-1985-ED (publicada el 22 de febrero de 1985).

(33) Artículo 3 de la Resolución Suprema 004-2000-ED.

(34) Artículo 9.1: "Dentro del territorio nacional, el bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación puede ser transferido libremente bajo cualquier título, con observancia de los requisitos y límites que la presente Ley establece".

económico, en el aspecto de la función económica y social de los derechos de apropiación, para mostrar, según otra perspectiva, la tragedia de los bienes arqueológicos en el Perú. Lo central es evitar que la tragedia continúe.

### 5.1. Efectos del otorgamiento legal de derechos de propiedad

En el Perú, la opción legislativa genera diversas consecuencias negativas. Si bien el Estado, como propietario, puede excluir de su uso (el cual es intangible por ley) a cualquier tercero, ello no cumple con los objetivos de protección perseguidos, es más, los perjudica.

Para graficar el problema, a continuación veremos las consecuencias que se generan cuando el derecho de propiedad del Estado se relaciona con derechos de terceros. Veremos, como menciona Bullard, que la posición de los individuos respecto del uso de bienes escasos es lo que define al sistema de propiedad<sup>(35)</sup>. Analizaremos dos escenarios, las denominadas teoría del canapé y teoría del *sandwich*<sup>(36)</sup>.



#### 5.1.1. La teoría del canapé

Imaginemos un suculento canapé de queso. El trozo de queso representa un inmueble arqueológico y la tostada el suelo donde el mismo se asienta. De acuerdo con la ley peruana, cuando el inmueble arqueológico se encuentra en un predio de propiedad peruana, el trozo de queso es propiedad del Estado y la tostada sigue siendo de propiedad privada.

En efecto, veamos el artículo 6.1 de la Ley 28296, cuyo texto es el siguiente:

“Todo bien 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 privada o pública. Dicho bien integrante del patrimonio cultural de la nación tiene la condición de intangible, inalienable e imprescriptible, siendo administrado únicamente por el Estado”.

Con la teoría del canapé, el Estado pretende formular una abstracción jurídica para evitar conflictos con derechos de terceros, al establecer que el terreno

conserva la condición de privado. Una suerte de derecho de superficie perpetuo a favor del Estado.

Esta teoría implica un menor costo para el actuar del Estado. Notemos que no se contempla la expropiación. Si bien una gestión pública moderna entiende el ahorro de recursos públicos como fundamental, el costo social es mayor que el ahorro. La realidad nos lo demuestra.

La aplicación de la teoría del canapé incentiva comportamientos indeseados y contrarios al interés mismo de protección pues disminuye grandemente el valor económico del predio privado en donde se “asienta” el inmueble arqueológico (de propiedad del Estado). Más que proteger al inmueble arqueológico, la norma mencionada fomenta su destrucción. El propietario del terreno sin duda verá restringido el uso del mismo, por exclusión del Estado o de terceros vía una acción de interés difuso. Para evitar dichos riesgos, así como la disminución del valor de su propiedad, posiblemente el propietario del predio decida no difundir la existencia de los restos arqueológicos, o en todo caso decida destruirlos. Desgraciadamente, le resultará más barato incumplir la ley.

(35) BULLARD. *Op. cit.*; p.137.

(36) Debo mencionar que el bautizo de los términos de las mencionadas teorías es inspiración del arquitecto y amplio conocedor del Patrimonio Cultural Peruano, el señor Augusto Alvarez-Calderón Welsch.

### 5.1.2. La teoría del sandwich

Esta teoría surge de otro supuesto de otorgamiento de derechos de apropiación sobre bienes de la época prehispánica. A diferencia del canapé, esta teoría se refiere al caso del *sandwich*, es decir, pongamos otro trozo de pan sobre el queso del canapé.

Veamos la norma, el artículo 6.2 de la Ley 28296 establece expresamente lo siguiente:

“Toda construcción edificada sobre restos arqueológicos conforman una sola unidad inmobiliaria, sin perjuicio del derecho de apropiación por el Estado, de ser el caso, si fuera conveniente para su conservación o restauración (...)”.

A diferencia del supuesto del canapé, el *sandwich* nos grafica el caso de inmuebles arqueológicos sobre los cuales existen estructuras no arqueológicas. Generalmente, las estructuras superpuestas son manifestaciones culturales de la época virreinal y republicana. Es muy común encontrar iglesias o casonas virreinales o republicanas sobre restos arqueológicos, tanto en ambientes urbanos (como el caso de gran parte del centro histórico de la ciudad del Cusco) como rurales.

Otra diferencia. La norma establece expresamente que el *sandwich* es enteramente de carácter privado. No atribuye propiedad alguna obligatoria a favor del Estado. En este caso, la ley no pudo crear una abstracción jurídica para otorgar al Estado la propiedad del contenido del sándwich, pretendiendo (en teoría como en el caso del Canapé) evitar la colisión con derechos privados.

Sin embargo, expresamente otorga al Estado la posibilidad de excluir del uso del bien a través de la expropiación, si fuera conveniente para su conservación o restauración, la que deberá aplicarse según la legislación de la materia.

Cabe precisar que el reconocimiento expreso de la expropiación se encuentra regulada para todos los bienes del patrimonio cultural inmueble, de cualquier época, sean arqueológicos, virreinales o republicanos. En efecto, los artículos 11.1 y 11.2 de la Ley 28296 establecen expresamente lo siguiente:

“11.1 Declárase de necesidad pública la expropiación de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación de propiedad privada, siempre que se encuentren en peligro de perderse por abandono, negligencia o grave riesgo de destrucción o deterioro sustancial declarado por el Instituto Nacional de Cultura”.

“11.2 Declárase de necesidad pública la expropiación del área técnicamente necesaria del predio

de propiedad privada donde se encuentre un bien inmueble integrante del patrimonio cultural de la Nación, con los fines de consolidar la unidad inmobiliaria, conservación y puesta en valor”.

Nuevamente, evidenciamos que el Estado entiende su rol de protección del patrimonio cultural a través de la propiedad. Expropiar para evitar el abandono, la destrucción o el deterioro sustancial. Sin duda podría ser una medida eficaz para evitar que un propietario destruya un bien del patrimonio, pero ¿qué hacemos cuando la realidad peruana nos muestra que los bienes del patrimonio cultural más abandonados, es decir, los inmuebles arqueológicos, son de propiedad del Estado?

Adicionalmente, para el caso de bienes inmuebles arqueológicos, la comentada disposición justifica la expropiación para fines de conservación y valoración. La pregunta del párrafo anterior también es aplicable. Sin embargo, va más allá pues entiende que la propiedad estatal es preferible para conservar y poner en valor un bien inmueble arqueológico. Acaso, en el supuesto que el Estado cuente con los recursos necesarios, ¿será eficiente que el Estado expropie la mayoría del centro histórico del Cusco para investigar y difundir dichos inmuebles?

### 5.2. Diversos titulares de derechos sobre bienes inmuebles arqueológicos: consecuencias del canapé y del *sandwich*

Este proceso de otorgamiento legal de derechos sobre el uso y la protección de bienes arqueológicos, generan la coexistencia de seis tipos de titulares de derechos sobre los inmuebles arqueológicos: (i) El propietario. Por mandato legal el Estado es el único propietario; (ii) El propietario del suelo y del área circundante. Realidad puesta de manifiesto por la teoría del canapé y la teoría del *sandwich*; (iii) Los investigadores. Para poder usar los bienes arqueológicos (únicamente para fines de investigación) se debe de solicitar la autorización respectiva del Instituto Nacional de Cultura - INC. De acuerdo a la intangibilidad, se permite la intervención de ciertos individuos (estatales o privados), previo cumplimiento estricto de diversas condiciones, tanto personales como técnicas, y únicamente para fines de exploración, investigación, restauración, previa autorización expresa de la autoridad competente. La ley, en cuanto a derechos privados, únicamente prevé el reconocimiento de los derechos intelectuales sobre los resultados de las investigaciones realizadas, con ciertas limitaciones<sup>(37)</sup>; (iv) Entidades protectoras. También participa el Estado,

pero no en su rol de propietario. Tiene el deber de proteger al patrimonio cultural, sea de propiedad privada o no. Este rol se traduce en autorizar, a través del INC, el uso de bienes arqueológicos (para fines de investigación). Asimismo, el Estado se encuentra facultado expresamente para expropiar el suelo y los alrededores (caso del canapé) o todo el inmueble (caso del *sandwich*). Junto a ello, las siguientes entidades, tanto públicas como privadas deben cooperar obligatoriamente en la protección: gobiernos regionales y locales, ministerios, universidades públicas y privadas, la Superintendencia de Registros Públicos, la Superintendencia de Bienes Nacionales y la Policía<sup>(38)</sup>. El rol de cooperación de dichas entidades también se relaciona con el inventario, la elaboración del catastro, investigación, conservación y difusión. Finalmente, el Ministerio Público, los gobiernos regionales, los gobiernos locales se encuentran facultados de interponer acciones de interés difuso en defensa del patrimonio cultural<sup>(39)</sup>; (v) Las comunidades Campesinas y Nativas. La realidad nos evidencia que existen otros usos relacionados con bienes inmuebles arqueológicos, no permitidos expresamente por la ley, pero tampoco prohibidos. Nos referimos a las diversas manifestaciones culturales vernaculares que se ejecutan o realizan en los mencionados inmuebles, como danzas, representaciones, ceremonias, etc, según la rica y diversa cosmovisión de las comunidades campesinas y nativas de nuestro país. Junto a ello, diversos restos arqueológicos siguen siendo utilizados para el mismo fin que justificó su construcción: es el caso de los andenes, caminos y canales, entre otros. Adicionalmente, las comunidades campesinas y nativas se encuentran facultadas de interponer acciones de interés difuso en defensa del patrimonio cultural<sup>(40)</sup>; y (vi) Público en general. Nos referimos al derecho de todo individuo para poder ingresar y apreciar del inmueble arqueológico. Adicionalmente, el público en general, debidamente organizado, se encuentra facultado de interponer acciones de interés difuso en defensa del patrimonio cultural<sup>(41)</sup>.

Sobre los inmuebles arqueológicos coexisten diversos clases de derechos, unos otorgados por la

ley, los otros por la costumbre; como menciona Heller, la creación del *anticommons* puede derivarse de orígenes distintos a la ley<sup>(42)</sup>.

#### 6. La tragedia de los inmuebles arqueológicos peruanos se debe a un problema de *anticommons*

Mientras que en la tragedia de los *anticommons* la tragedia se traduce en que individuos racionales, actuando separadamente, pueden desperdiciar colectivamente un recurso, en la tragedia de los comunes, individuos racionales, actuando separadamente, pueden sobreexplotar un recurso escaso<sup>(43)</sup>.

Como ya hemos visto en el punto cinco, la ley peruana ha otorgado únicamente al Estado la propiedad de inmuebles arqueológicos; sin embargo, ha otorgado diversos derechos a otros titulares. Por ello, el dilema aquí no es determinar si asignar derechos de apropiación sobre bienes del patrimonio cultural arqueológico resulte más eficiente (el Estado es propietario y excluye). Lo urgente es verificar que la asignación de derechos implique la entrega de un conjunto coherente que incentive el uso eficiente y evite el abandono. Siempre tomando en cuenta la naturaleza peculiar del patrimonio cultural.

En la Ley 28296, el otorgamiento inicial de derechos de apropiación sobre inmuebles arqueológicos peruanos no implica un conjunto coherente de derechos. Si bien la ley postula únicamente propiedad estatal, los casos del canapé y del *sandwich* evidencian las características especiales de la realidad, creadas por la propia ley y la costumbre. A continuación y según la teoría de los anticomunes, estudiaremos los efectos del esquema legal.

a) Nadie puede usar plenamente los inmuebles arqueológicos: debido a la propiedad estatal y de acuerdo a la actual regulación de protección, hemos podido determinar que hay seis grupos de individuos, tanto estatales como privados, que son titulares de variados derechos sobre inmuebles arqueológicos.

Asimismo, la restricción legal (intangibilidad) en el uso de dichos bienes es de la mayor magnitud. Solo se

(37) Artículo 22 del Reglamento de Investigaciones Arqueológicas, aprobado mediante Resolución Suprema 004-2000-ED, publicada el 25 de enero de 2000.

(38) Artículo 2 de la Ley 27721, publicada el 14 de mayo de 2002.

(39) Ley 27752, publicada el 8 de julio de 2002, que modifica el artículo 82 del Código Procesal Civil.

(40) *Ibid.*

(41) *Ibid.*

(42) HELLER, *Op. cit.*; p. 669.

(43) *Ibid.*; p. 677.

permite usarlos: “(...) para fines de proyectos o programas de investigación, evaluación y emergencia; asimismo por proyectos de conservación de sitios arqueológicos”<sup>(44)</sup>.

Como ejemplo, en caso nos topemos con alguna evidencia de restos de la época prehispánica, originada por cualquier actividad, fortuita o no, la ley obliga la paralización inmediata. De la misma forma se debe comunicar a la autoridad competente, bajo pena de sanción penal, administrativa y civil, cuando corresponda<sup>(45)</sup>.

En cuanto a los usos turísticos, la gestión sólo puede ser desarrollada por una entidad pública, el Instituto Nacional de Cultura. La participación privada únicamente se encuentra contemplada para casos de investigación, conservación, donaciones, etcétera.

b) Todos pueden excluir: la diversidad de derechos otorgados por la ley y la costumbre son de tal amplitud que su ejercicio implica la exclusión efectiva del uso de bienes culturales. Hay que subrayar que la intervención del Estado, responde tanto por ser propietario como regulador y policía.

Adicionalmente, todos podemos excluir. En efecto, la figura de la acción de interés difuso otorga dicha facultad en tanto el patrimonio cultural se encuentre en peligro.

La combinación de estas dos características, muestra la existencia de un enmarañado esquema de protección de bienes arqueológicos. Coexisten diversas individuos, de distinta naturaleza, cada uno con diversos derechos. El ejercicio de los mismos interviene directamente respecto del uso del recurso.

Asimismo, agrava la situación el hecho que el Estado es el único propietario y que la ley los considere inalienables. Asimismo, evidenciamos que la intangibilidad de su uso (al no considerar la gestión privada con fines turísticos) restringe aún más la posibilidad de ubicar usos más eficientes.

En consecuencia, el abandono de los inmuebles arqueológicos podría graficarse en los siguientes términos, de acuerdo a la teoría del *anticommons*:

#### **Tragedia de los inmuebles arqueológicos.**

Nadie puede usarlos plenamente.

Todos pueden excluir

Resultado: abandono

Identificado el problema según la tragedia del *anticommons*, para proponer un esquema de solución es relevante el entender la naturaleza de los bienes del patrimonio cultural. Si bien en el punto dos hemos comentado la naturaleza peculiar de los mencionados bienes, es momento de aplicar dichos conceptos a los criterios del mercado expuestos en el punto tres.

#### **7. Propuesta para desincentivar la destrucción y saqueo de bienes inmuebles arqueológicos: evitar el *anticommons***

Habiendo identificado el problema del abandono de los inmuebles arqueológicos, como un problema de *anticommons*, la propuesta consiste en rediseñar los derechos de apropiación sobre inmuebles arqueológicos, es decir, otorgar un coherente atado de derechos, en los términos de Heller.

Para solucionar la tragedia, Heller menciona que el camino de solución es la unificación de todos los derechos fragmentados, cabiendo dos posibilidades, (i) a través del mercado o (ii) a través del gobierno<sup>(46)</sup>.

En cuanto al mercado como camino de solución, las fallas del mercado comentadas en el punto tres determinan que por sí solo no es un camino esperanzador.

En consecuencia, la solución de la tragedia de los inmuebles arqueológicos en el Perú debe estructurarse a través de la participación estatal, debiendo asignar derechos de apropiación coherentes, así como la estructura de una regulación que cree incentivos y que proteja al patrimonio arqueológico.

La tragedia de los inmuebles arqueológicos peruanos es un ejemplo de cómo la intervención estatal genera costos mayores que los que genera la propia externalidad que pretende eliminar<sup>(47)</sup>. El Estado debe cambiar de perspectiva. Como lo indica el teorema de Coase, cuando los costos de transacción son elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad<sup>(48)</sup>.

El Estado peruano ha fracasado en su rol de único propietario y gestor de servicios de difusión turística de inmuebles arqueológicos. El abandono y la subexplotación de dichos bienes nos lo demuestran. La situación es preocupante. La mayoría se encuentran

(44) Artículo 3 de la Resolución Suprema 04-2000-ED.

(45) Artículos 11 y 18 de la Resolución Suprema 004-2000-ED.

(46) HELLER. *Op. cit.*; pp. 640-642.

(47) BULLARD. *Op. cit.*; p. 136.

(48) COOTER. *Op. cit.*; pp.117-118.

abandonados y en general la participación del estado, a través del INC, se limita, en el mejor de los casos, al cobro de una entrada sin mayor prestación de servicios de difusión.

Consideramos como propuesta de solución que el otorgamiento del atado de derechos debe tener como objetivo el permitir la gestión privada de bienes inmuebles arqueológicos, para fines turísticos y de difusión.

Sin embargo, ¿el valor de la difusión de un inmueble arqueológico podría generar incentivos suficientes para racionalizar comportamientos que generen su adecuada explotación, es decir, que eviten el abandono (subexplotación) y el consecuente saqueo y destrucción?

La respuesta puede ser enfocada de la siguiente manera. Según Cooter y Ulen<sup>(49)</sup> y citando a Demsetz: “(...) una sociedad económicamente racional privatizará un recurso en el momento en que el mantenimiento de la frontera cueste menos que el uso excesivo del recurso”. Es decir, podríamos decir que se justifica la gestión privada de un bien arqueológico cuando los costos de la exclusividad en la gestión, sean menores al costo provocado por el saqueo y la destrucción del mismo bien arqueológico.

A ello debe apuntar el contenido de los derechos que el Estado debe asignar. Como menciona Heller respecto de cómo evitar el anticommons, adicionalmente a la asignación clara de derechos de apropiación, la experiencia del anticommons property sugiere que es más importante el contenido del atado de derechos<sup>(50)</sup>.

Según lo expuesto y en cuenta a nuestra propuesta, el Estado debe entender la naturaleza del mercado turístico. El costo de la gestión privada de un inmueble arqueológico no sólo viene determinado por el valor cultural del bien en cuestión. Como ejemplo, la ciudadela de Caral es considerada como la cuna de todas las civilizaciones andinas. En cambio, Machu Picchu fue una ciudadela del imperio incaico. Sin duda goza de una singular belleza, pero no representa la importancia

cultural de Caral. Sin embargo, Machu Picchu, como atracción turística, es mucho más atractiva que Caral. En 1999, Machu Picchu atrajo a 307,649 turistas, lo que generó ingresos de US\$3'076,490 únicamente por concepto de entrada<sup>(51)</sup>.

A diferencia de Machu Picchu, Caral no cuenta con adecuados hoteles, vías de comunicación ni servicios básicos. La inexistencia de estos servicios genera menores incentivos de mercado para que los operadores turísticos privados asuman su función ya que dicha carencia implica mayores costos<sup>(52)</sup>.

Por estas consideraciones, el rol del Estado debe concentrarse, además de crear seguridad jurídica al otorgar claros y adecuados derechos de apropiación, en la provisión de bienes públicos para fomentar el mercado turístico, como vías de comunicación, servicios básicos, seguridad, etcétera.

Lo que se propone es el establecimiento de un esquema de concesión turística, en donde se entregue al privado la gestión del propio inmueble arqueológico así como la exclusividad de los servicios turísticos de la zona de influencia del mismo. De esta manera, el costo de la gestión turística de un inmueble arqueológico posibilitará que el costo de exclusión sea menor al del abandono o saqueo del bien.

Finalmente, el presente trabajo no pretende demostrar que la gestión privada de bienes arqueológicos, para fines turísticos, es la única solución a la tragedia. Las posibles soluciones dependerán de las características de cada resto arqueológico, pudiendo resultar la propiedad privada, estatal como comunal. La intención es demostrar cómo la tragedia del Patrimonio Cultural puede ser analizada desde otra perspectiva. Como precisa Heller, la preocupación sobre la explotación o subexplotación de un recurso y sobre la política pública, debe basarse en la experiencia y la observación<sup>(53)</sup>. La Ley 6634 de 1929 fue la primera norma que estableció la propiedad estatal sobre los bienes arqueológicos. Ha pasado 75 años y los resultados son evidentes. Es necesario y urgente establecer nuevos mecanismos de protección. 卐

(49) *Ibid.*; p. 164.

(50) HELLER. *Op. cit.*; p. 688.

(51) Fuente: INC y Departamento de Patrimonio Cultural de la División de Investigación Especiales de la Policía Fiscal. En: *Anuario 2000-2001*. Lima: Empresa Editora El Comercio. 2001. p. 267.

(52) PROMPERU. *Manual del Marco Conceptual del turismo en el Perú*. Lima, 2000. p. 21.

(53) HELLER. *Op. cit.*; p. 676.

---

# Historia jurídica, cultura jurídica, transformación jurídica

## Cambio constitucional poscomunista y la “carga de la historia”<sup>(\*)</sup>

**Christian Boulanger**

Historiador, politólogo, abogado y romanista. Encargado de varios cursos de ciencias políticas.

Director del periódico *Friedens-Warte*, miembro de redacción del periódico *WeltTrends* y del Instituto alemán de Derechos Humanos.

El 29 de diciembre de 1994, el Tribunal Constitucional de Eslovaquia declaró inconstitucional una decisión del Ministerio de Salud. En una aclaración del ministerio de salud, éste declaró que no se atendería a la sentencia del Tribunal. El presidente del Tribunal Constitucional, Milanski, se pronunció sobre los hechos y señaló que las sentencias del Tribunal son obligatorias para la administración estatal; y que era responsabilidad del gobierno y del parlamento hacer valer dichas sentencias. El entonces existente gobierno eslovaco, bajo el populista Vladimir Meciar reaccionó desobedientemente sobre ésta actitud del Tribunal Constitucional. Meciar criticó al Tribunal públicamente con estas palabras: “Una situación, en la cual el Tribunal Constitucional, a través de la interpretación, extiende o modifica las leyes constitucionales, no se puede tolerar”.

La actitud antes mencionada del gobierno de Meciar frente al Tribunal Constitucional no se limitó a este único caso. En otra decisión del Tribunal Constitucional de julio de 1997, se privó del mandato de un miembro del partido de Meciar. Después de que el Tribunal anuló esta acción del gobierno, los miembros del mismo estarían solo relacionados con él mediante su “conciencia”, y no a través del “consejo” del Tribunal Constitucional. El Tribunal habría dado únicamente una “recomendación”, señaló Meciar. Los parlamentarios estaban en la libertad de seguir, como no, dicha recomendación. Al respecto se pronunció claramente el representante del partido nacional eslovaco, Jan Slota: “el Tribunal Constitucional no tiene nada que

decir sobre qué es lo que se debe hacer, ya que el parlamento es la autoridad máxima del país”. A pesar de las duras protestas de la oposición, del presidente y del extranjero, se mantuvo intacta la sentencia del Tribunal, hasta el final del período legislativo<sup>(1)</sup>.

En 1995, año en el cual Hungría se desprendió de un gobierno a través de una coalición de reformistas-comunistas y social-liberales, el nuevo gobierno comprobó que el presupuesto nacional estaba mal manejado. A través de su pionero, el Ministro de Economía Lajos Bokros, se dio inicio y se consolidó un drástico sistema de medidas de ahorro en el aspecto social. Las leyes fueron discutidas y aprobadas en mayo y junio de 1995. Dichas leyes debieron entrar en vigor el 1 de julio del mismo año. Las grandes protestas públicas quedaron fuera. Sin embargo, el Tribunal Constitucional húngaro obtuvo numerosas solicitudes, pospuso sus vacaciones de verano y dictó el mismo 30 de junio cinco resoluciones, que declaraban parte de la legislación antes mencionada como inconstitucional. En otra serie de resoluciones en el otoño de 1995 el Tribunal anuló otras partes de la legislación. Las repercusiones para el gobierno fueron devastadoras: según información del Ministerio de Economía el Estado perdió un cuarto de los ahorros planeados, es decir, \$ 300 millones aproximadamente.

El gobierno atacó fuertemente al Tribunal debido a sus resoluciones. Aquel tuvo la posibilidad, con sus dos tercios de mayoría en el parlamento, de cambiar la Constitución de tal forma, que dichos cambios deseados fueran constitucionales. Sin embargo no se hubiera

(\*) La traducción de este artículo, con expresa autorización del autor, fue realizada por Silvia La Torre Matuk, miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*.

(1) Comparar: BOULANGER, Christian. *Constitutionalism IN East Central Europe? The case of Slovakia under Meciar*. En: *East European Quarterly*. Bd. 33. 1999, 1. pp. 21-50.

visto perjudicada la autoridad del Tribunal Constitucional, sino la del gobierno. Muchos ministros renunciaron, entre ellos el de economía, Bokros. Pero estos sucesos no fueron un caso único. El Tribunal Constitucional húngaro ejerció, en los primeros años de la transformación del sistema político de dicho país, una incomparable posición de poder. Trató de limitar su poder político, pero sin tener éxito<sup>(2)</sup>.

Estos dos relatos deben servir de ejemplo para poder guiar la respuesta a la interrogante teórica de la que quiero ocuparme en este ensayo: ¿cómo se explica que una idea, como la de constitucionalidad, se desarrolle de una manera totalmente distinta en los estados postcomunistas en desarrollo? Hungría es uno de los casos en los que el Tribunal Constitucional pudo ocupar un lugar importante dentro del sistema político. Complementariamente existen países con un Tribunal más débil, como en el caso de Eslovaquia. Pero existe un ejemplo aún más claro. En Rusia, en 1993, el presidente Jelzin disolvió el primer Tribunal Constitucional a través de la creación de una nueva Constitución y lo reemplazó por un Tribunal mucho más personal e institucional. El presidente de Casajistán Nasarbajew utilizó la creación de ésta nueva constitución, para reemplazarlo por un nuevo Tribunal Constitucional a través de un “Consejo constitucional” según modelo francés<sup>(3)</sup>.

En este ensayo no puedo referirme a todos los factores que posiblemente pueden aclarar el desarrollo diverso de la constitucionalidad. Quiero concentrarme en un solo aspecto, el cual puede ser particularmente interesante para historiadores jurídicos: ¿cómo pueden ayudar los “factores históricos” a aclarar el desarrollo jurídico, después del fracaso del comunismo en Europa oriental? ¿Pueden jugar incluso algún rol?

Esta pregunta aún no está aclarada. Mientras algunos investigadores le dan más importancia al factor “pasado” a nivel regional, otros acentúan el determinismo histórico en la investigación de la transformación en discusión. Ambas construyen modelos de aclaración sobre la interacción de los actores políticos al interior de instituciones políticas nuevas. La referencia de estos actores hacia el pasado se refiere al punto de partida de los mismos al comienzo de la transformación postcomunista.

De hecho, no se quiere decir con esto que estas dos posiciones son modelos ideales, ni se quieren

---

Naturalmente, las herencias históricas no pueden determinar el desarrollo político de un país en general, como tampoco su desarrollo jurídico.

---

formar castillos en el aire, para luego reclamar el “justo medio”. Lo que quiero hacer en las próximas líneas, son tres cosas:

a) A continuación voy a tratar la doctrina acerca de este tema. Es reconocido que una integración de la investigación debe colocarse en un primer lugar.

b) Seguidamente propondré un modelo teórico. Este modelo debe analizar los fenómenos de la transformación jurídica postcomunista y ayudar a aclararlos. Este modelo es “históricamente sensible”. Debe incluir las “cargas” tanto estructurales como culturales, así como los “puestos activos” del pasado en la aclaración. Al mismo tiempo deseo además mostrar las barreras de esta interpretación.

c) Por último, retornaré a mis dos ejemplos anteriores, Hungría y Eslovaquia, para poder darle un poco de vida al modelo que trataré de esbozar a lo largo de este ensayo.

## 1. Doctrina

Quiero tomar dos aspectos de la doctrina de investigación y llevarlos hacia la transformación política de los estados de Europa oriental: por una parte, el dejar de lado cuestionamientos jurídicos; y, por otra parte, la pelea acerca de cómo se debe aclarar el desarrollo de los estados desde comienzos de los años 90.

Como ya se ha dicho anteriormente, se han dejado de lado los cuestionamientos jurídicos acerca del Derecho y de los tribunales en general. Ninguna de las obras estándares que investiga sobre el proceso de transformación, se ha ocupado detalladamente del papel que juegan la administración, los tribunales o el Derecho extranjero. ¿A qué se debe esto? Según mi opinión, se debe sobre todo a las barreras disciplinarias entre los juristas, los cuales conocen escasas teorías

(2) Comparar: FÜZÉR, Katalin. *Wirtschaftlicher Notstand: Konstitutionalismus und ökonomischer Diskurs im postkommunistischen Ungarn*. En: BOULANGER, Christian. *Recht in der Transformation*. Berlin: Berliner Debatte Wissenschaftsverlag, 2002. pp. 173-195.

(3) Para Rusia ver: SCHWARTZ, Herman. *The struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: Chicago University Press, 2000.

sociales y métodos de investigación; y a los sociólogos, que no confían adentrarse en el terreno de los juristas normativo-dogmáticos. Pero no solo en el campo de los estudios acerca de la transformación esta integración existe: incluso en Alemania se debe reforzar la investigación sociológica interdisciplinaria como un todo. Este tipo de investigación ayuda a trabajar comparativamente en diferentes áreas de estudio, como lo son la investigación social, cultural, antropológica, económica, idealista, etcétera.

Mientras este primer punto es puramente social, el segundo aspecto que trataré a continuación, es un verdadero punto de debate entre sociólogos, y el cual puede ser denominado como “institucionalismo” o “teoría de la cultura”. Simplificado al máximo, podemos decir que se quiere responder a la siguiente pregunta: ¿frente a determinados estímulos institucionales ofrecidos, se comportan todos los hombres de igual manera? ¿se puede entonces abstraer a través de una aclaración de los fenómenos empíricos, históricos y culturales? Estas preguntas tienen una respuesta afirmativa por ejemplo en los argumentos teóricos del juego del *rational-choice*. Estas teorías aceptan que se pueda formar un nuevo régimen institucional, lo que hace que se de una ruptura con el pasado.

A los oponentes de dicha interpretación se les puede agrupar bajo la etiqueta de “teóricos culturales”. Ellos afirman que no es posible entender el desarrollo de un país sin tener en cuenta su historia y cultura específicas. Además señalan que, al mismo tiempo estas herencias históricas pueden impedir e incluso destruir cualquier intento de una transformación conciente. “Teóricos culturales” los hay con muchos matices. Se pueden diferenciar, por ejemplo, en cuánto se tiene que retroceder en el tiempo para poder aclarar sus teorías. En el caso de Europa oriental, se pueden tomar referentes desde la edad media, como por ejemplo el famoso ensayo de Jenö Szücs *Las tres regiones históricas de Europa*. Otros toman desarrollos históricos del tiempo de la guerra y preguerra para poder explicar actuales situaciones. Otros le dan todo el peso al tiempo del comunismo, el cual dejó “herencias leninistas” muy específicas.

## 2. Un modelo para la operacionalización de las continuidades históricas

Yo defiendo una no muy impresionante posición, la cual afirma que ninguna de las dos piezas adicionales puedan por sí solas aclarar todas las observaciones empíricas. Si por sí misma la época actual está

determinada por el pasado, con más razón no puede ser entendida sin el conocimiento del desarrollo histórico. El teórico social Jürgen Kocka señaló en su ensayo *La oriental Europa del centro como exigencia para una historia comparativa de Europa*, que los sucesos revolucionarios de los años 1989/1990 fueron un “cambio en la acentuación del pensamiento histórico de estructuras a largo plazo, fuerzas anónimas y grandes movimientos, a hombres experimentados, intérpretes y actores”. Estos actores se manejan dentro de un sistema histórico ya desarrollado y coherente (a diferencia de los teóricos del juego como Max Weber), el cual cuenta con un concepto y sentido globales, que significan una gran influencia en el actuar político de las elites postcomunistas y de las poblaciones.

Conforme a lo anterior, soy de la opinión que toman los teóricos culturales: que tanto las instituciones como las leyes y las formas de organización se desarrollan en diversos contextos culturales, de forma diferente.

Por eso es que no basta simplemente con señalar el elemento histórico-cultural en el proceso de transformación. Un examen sociológico nos plantea la pregunta de cómo la influencia de factores históricos influyen en esta operacionalización.

Del lado de las ciencias políticas se utiliza frecuentemente el término “cultura política” para poder enriquecer culturalmente los modelos aclarativos. Yo considero este término, a lo largo de la discusión, como poco útil. Esto vale sobre todo después, cuando la “cultura política” de determinados países se operacionaliza mediante el aprovechamiento de encuestas.

Pero esta pieza adicional no contó con el hecho, de que en cada país existe una cantidad enorme de culturas políticas coexistiendo simultáneamente: culturas de elites y de masas, sub y contraculturas, las culturas de las minorías y de las mayorías, etcétera.

Se subestima además, que el término “cultura” no se analice en el plano de la regulación y de los valores:

a) De un lado, se hace necesario preguntarse de dónde vienen estas regulaciones. Esto nos lleva a un plano de análisis, el cual toma en consideración discursos dominantes e ideologías, y su influencia sobre la socialización de los actores.

b) Por otra parte, no solo se deben entender y analizar bajo la rúbrica de “cultura” a estas regulaciones, sino también a modelos de acción, relaciones interpersonales e instituciones informales. Estas juegan, en la socialización de los sujetos bajo análisis, un papel muy importante.

Después de las rupturas del sistema, se puede analizar dos tipos de continuidad, las cuales me gustaría

nombrar “continuidad psicológica” y “continuidad sociológica”.

a) La continuidad psicológica se ocupa de la socialización concreta de los actores y se extiende, sobre todo, en su edad. En el caso concreto de la Europa oriental postcomunista, las continuidades de los años 50 y 60 bastan. En menor medida, las regulaciones de los años 80 participaron del cambio de sistema e influyeron en los actores participantes.

b) La continuidad sociológica abarca tanto factores ideales como identidades, ideologías políticas y mitos, que se han desarrollado a lo largo de décadas y siglos, y que han reflejado, aunque de manera deformada, determinadas experiencias históricas. También los modelos de comportamiento grupal, instituciones informales y relaciones interpersonales nace de procesos más largos. Finalmente existen estructuras de más larga duración, las cuales están bajo la mira de los historiadores sociales: reparto de recursos, estructura de clases, comportamientos económicos. Éstos factores, sin embargo, no los incluiría bajo la rúbrica de las herencias culturales, sino bajo de la socioeconómica.

Lo expuesto hasta este punto no se deja trasladar muy fácilmente al campo del Derecho, y tampoco a los elementos estructurales del derecho, los que Max Weber acentúa: pensamiento jurídico, base jurídica y práctica jurídica.

a) Cada sistema jurídico desarrolla su propio discurso, el cual, de alguna manera, cuenta con cierta independencia frente a la realidad social y frente al sistema político. Esto rigió también, de una forma más restringida, en los sistemas jurídicos socialistas. Y este discurso jurídico sigue teniendo efectos después de la introducción de nuevas instituciones.

b) El “bastón de los hombres” que busca hacer prevalecer el derecho, se limita no solo a la policía y a la administración, sino también, en un sentido más amplio, a todos los elementos necesarios que contribuyen al mantenimiento de un sistema jurídico, es decir, jueces, abogados y estudiosos del derecho. Su socialización, lineamiento ideológico y posición social son factores importantes en el análisis del cambio jurídico.

c) Finalmente es importante analizar qué papel ha tomado la ley y el Derecho en la vida de la amplia población de un país. Una exitosa transformación jurídica nace y muere con las regulaciones y modelos de comportamiento de la población a los cuales corresponde este rol. Un país como Rusia, en el cual el cumplimiento de las leyes incluso hoy en día tiene un papel menos que secundario, es un buen ejemplo de la continuidad de tal modelo de comportamiento.

### 3. Casos prácticos: Hungría y Eslovaquia

Antes de regresar a los casos prácticos de Hungría y Eslovaquia, quiero recalcar una vez más, que el significado de las herencias históricas siempre es relativo. En la transformación de las sociedades postcomunistas existen también otros factores causales importantes, los cuales no trataré aquí: la lógica propia de instituciones recién creadas, la política concreta de los gobiernos, y, decididamente, la influencia del exterior.

La transformación postcomunista no puede ser entendida, si al mismo tiempo no se consideran los procesos de integración de los países orientales, y, sobretodo, los países centro-orientales de Europa a las estructuras europeas occidentales. El derecho comunitario y otros valores legislativos y jurídicos fueron también asimilados en una gran extensión por los sistemas jurídicos de los estados en proceso de transformación. Los actores internacionales ejercieron y ejercen de alguna manera una fuerte influencia sobre la política de gobierno, la cual hace retroceder la perseverancia de fuerzas políticas, sociales y culturales.

A pesar de todo, sostengo la tesis, que el significado de las continuidades históricas no se pueden menospreciar, y lo quiero comprobar a través de la comparación de Hungría y Eslovaquia.

Si se quiere aclarar el alto prestigio y autoridad del Tribunal constitucional húngaro, se debe tener en cuenta la tradición jurídica de dicho país. Efectivamente, se puede demostrar una larga tradición legalista en Hungría, la cual también se formó en parte durante el período leninista. Así fue que se dio el cambio, derogando, por ejemplo, de la investigación jurídica y la enseñanza después de 1956 acerca de las ventajas del “marxismo-leninismo”, la cual siguió practicándose oralmente por un período. Hubo muchos contactos en el área del derecho entre Hungría y el “occidente”. Muchos juristas húngaros pudieron, entre otros lugares, en Alemania, perfeccionarse e investigar; el presidente del Tribunal Constitucional, Sóloyom, es un ejemplo de dicha “ilustrada” élite. Dentro de este sistema, sobre todo después de las reformas económicas a principios de los años 80, se insertó un proceso de judicialización, el cual hizo cada vez más dependiente la legitimidad del régimen frente a la élite, en relación al cumplimiento de las leyes. Finalmente el Tribunal húngaro pudo presentarse, después del cambio de régimen, como protector de “la milenaria tradición constitucional estatal húngara”, la cual, por supuesto, pertenecía a la élite húngara y a la identidad europea.

Menos comparativo es el caso de Eslovaquia. A través de las experiencias históricas de la opresión real e imaginaria por parte de los húngaros y, luego, de los checos, se ha formado un discurso totalmente distinto, el cual dominó la élite eslovaca, o por lo menos aquella que estuvo en el poder después de 1992: el deseo de poseer soberanía en Eslovaquia, y, de no ser posible (siendo esta una pregunta totalmente distinta), el deseo de nacionalidad propia. Esta ideología se manifestó, luego de la ansiada independencia hacia “adentro”, sobre todo contra las minorías étnicas y los oponentes al régimen. Vladimir Meciar se tiene que proteger, además de las promesas, de la liberación del mercado y de sus consecuencias en Eslovaquia, los cuales sirven ampliamente a esta ideología. La élite política del período de Meciar estuvo compuesta, sobre todo, de una forma provinciana y clientelista, cuya idea de nacionalidad “occidental” y su callada nacionalidad constitucional, les eran ajenas.

#### 4. Conclusión

Dos casos no pueden confirmar una teoría. Sin embargo, a través de la comparación del desarrollo constitucional no solamente de Hungría y Eslovaquia,

sino también de Eslovenia y Polonia, podremos responder a la pregunta que cuestiona el rol de las continuidades históricas a través de la cultura constitucional de cada uno de estos países.

Naturalmente, las herencias históricas no pueden determinar el desarrollo político de un país en general, como tampoco su desarrollo jurídico. Hungría y Eslovaquia nos ofrecen en este caso muy buen material de estudio. Desde que, en 1998, Valdimir Meciar perdió las elecciones contra la oposición democrática, ha regresado a Eslovaquia también una nacionalidad constitucional. En Hungría los jueces del Tribunal Constitucional, al final de su mandato, no fueron reelegidos, debido mayormente a sus jurisprudencias ofensivas. Desde 1999 Hungría cuenta con un Tribunal bastante reservado, que ya no se aúne a este activismo espectacular de los primeros años.

Pero algo sí queda claro: la transformación política no es posible sin transformación jurídica, y los dos niveles de transformación solo se pueden entender teniendo en cuenta el desarrollo histórico, el cual puede interrumpirse de alguna manera a través de cambios institucionales, pero que no queda del todo fuera. Este examen debe ser fortalecido y tomado más en cuenta en los análisis del desarrollo poscomunista. <sup>42</sup>

ESTUDIO  
CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE  
ABOGADOS E.I.R.L.

Av. José Gálvez Barrenechea 592 - 601 Corpac, San Isidro, Lima 27  
☎ 476-4628 - 475-7859  
estcbb@terra.com.pe