

# Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N° 2. Diciembre de 2022

## LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO CULTURAL

Por Alberto Pravia y Jesica Loreley Pravia<sup>1</sup>

### Introducción. Marco constitucional.

Los constituyentes de 1853 no abordaron la problemática ambiental y del patrimonio natural y cultural, no por fuerza de ser desprolijos o desaprensivos en dicha materia, sino que no previeron la incidencia en la vida cotidiana, de la necesidad del resguardo del medio ambiente y del patrimonio natural, histórico y cultural; en el mundo del siglo diecinueve, lo ambiental y darle un entorno seguro a la cultura, no era tenido en cuenta, máxime, por lo menos en materia ambiental, si tenía aristas o costados fuertemente arraigados a lo que es el desarrollo industrial, cuyo vértice se verifica en el siglo veinte y se acrecienta vertiginosamente ya en este siglo que estamos atravesando.

Es por todos conocido que el desarrollo y progreso económico puede provocar algún tipo de daño al medio ambiente como así también al patrimonio histórico cultural, y en sí, lo hace, y acá nos encontramos con una paradoja, ¿qué debemos privilegiar? ¿El desarrollo económico que debería concluir en un progreso social o la defensa del medio ambiente y del patrimonio histórico cultural y con ello la protección de intereses y beneficios para la humanidad en su conjunto?.

Tengamos en cuenta que, sin desarrollo económico no podemos garantizar una mejora en las condiciones de vida de una sociedad, pero si no preservamos el medio ambiente ni el patrimonio histórico cultural, afectamos la calidad de vida de esa sociedad, por lo cual es un deber prioritario e insoslayable que todos, gobiernos, empresas y la ciudadanía en general, debemos procurar equilibrar el

---

<sup>1</sup> Autores: Alberto Pravia (Ex Fiscal y Camarista Federal – Profesor del IUGNA – Especialista en Derecho Procesal – Experto en Narcotráfico y Seguridad – Autor de los libros Teoría y Práctica de la Prueba Penal y sus Nulidades – Narcotráfico y Microtráfico – Fuerzas de Seguridad – Código Procesal Penal Federal Comentado y otros) y Jesica Loreley Pravia (Abogada UM – Diplomada en Derecho de la Salud)

desarrollo económico con la defensa del medio ambiente y el resguardo del patrimonio histórico cultural.

Ya en su momento el Tribunal Constitucional Español por sentencia N° 64/82 de fecha 11 de noviembre de 1982 sostuvo que *“...no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida”*.

En nuestro país, recién con la reforma constitucional de 1994, se recepta en nuestra Carta Magna, lo atinente a la problemática ambiental y del patrimonio natural y cultural, así el artículo 41 de la Constitución Nacional prescribe que: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos”*

Pero a la par de esta norma se estructura también el artículo 43, es decir que los artículos 41 y 43, ambos dentro del título *“Nuevos derechos y garantías”* son el marco constitucional que permite estructurar una legislación que propenda a la protección tanto del medio ambiente como del patrimonio cultural, lo que incluye lo histórico como lo arqueológico o lo paleontológico.

Así el artículo 43 sostiene que *“toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.....”*

Como primera medida y antes de ingresar a un análisis más detallado, y para situarnos en la génesis de esta norma, podemos apreciar que el constituyente de 1994, en la primera parte del artículo 41, recepta lo ya definido en su momento en la Declaración de Estocolmo, y que en nuestro país había tenido acogida en constituciones provinciales, seriamente progresistas en la materia ambiental, como la de Córdoba, San Luis y Tierra del Fuego.

Podemos afirmar que se han elaborado dos conceptualizaciones del *“patrimonio común”*, la concepción clásica y la que nosotros adscribimos que se

extiende a la materia en estudio, los bienes culturales e históricos, como así también al paisaje, la naturaleza el ambiente en general.

La concepción clásica, define al patrimonio como aquel conjunto de bienes y obligaciones de una persona considerada como una universalidad de derechos, de cuyo esta teorización indica cuatro segmentos, un titular de los bienes, la apropiación del mismo, la administración prudente del bien, y el valor pecuniario que ostente.

En cuanto la segunda concepción, el patrimonio común incluido dentro de un interés colectivo enderezado a la preservación de la riqueza de cultural o natural de una Nación que debe trascender tiempo y lugar, y debe ser asegurada para las generaciones futuras, entre estas dos concepciones el único elemento concordante es que el mismo debe ser administrado prudentemente, ya que no existe valor pecuniario determinado para un bien cultural o ambiental, el titular no se encuentra debidamente identificado y por ende, la forma de apropiación es indeterminada.

Humberto Quiroga Lavie, considera que a partir de la reforma constitucional de 1994, el constituyente argentino tuteló el ambiente ecológico mediante la integración de las dos normas constitucionales, una de carácter sustantiva la del artículo 41 y la otra de carácter procesal la del art. 43, siendo la primera una norma del derecho ambiental de fondo y la segunda una del derecho procesal y define a esta inclusión normativa en nuestra carta magna como de estado ecológico de derecho, ya que no solo se regula el ambiente, desde su perspectiva abarcadora de la salud, el equilibrio y la diversidad biológica, sino que se incluye la utilización racional de los recursos naturales incorporando a su vez en este aspecto a los recursos provenientes del patrimonio cultural.<sup>2</sup>

Continúa el citado autor señalando que ese estado ecológico de derecho dentro de nuestra constitución es *“profundamente ecocéntrico y no antropocéntrico”* ya que lo *“ecológico es naturaleza y cultura, es decir también información y comunicación ambientales. Si el hombre es naturaleza pero también cultura, el Estado ecológico de derecho lo protege en ambos sentidos, y no sólo como una animalidad sobreviviente de una libre pero desigualitaria competencia económica”*<sup>3</sup>

Esta postura doctrinal se fundamenta al considerar dicho autor que es *“el hombre el objeto principal de protección, lo cual implica que la economía debe estar al servicio de él y no al contrario”*, esto tiene su asidero en que cuando la Constitución nos habla de un ambiente sano y equilibrado lo hace en referencia a que el mismo sea *“apto para el desarrollo humano”*, siendo este no acotado sino integrador en todas sus vertientes, entre ellas la cultural.<sup>4</sup>

Esta misma idea argumentativa fue sostenida en España por Carmona Salgado al afirmar que *“la actual normativa ha dejado de exaltar la óptica antropocéntrica, que constituía la esencia de la protección penal de esta infracción en el derogado Código Penal, para encumbrar, de forma prioritaria y casi exclusiva, la vertiente ecocéntrica, en la que el objeto amparado por la norma trasciende de la vida y la salud humanas, para materializarse en los distintos elementos que*

---

<sup>2</sup> Quiroga Lavie, Humberto Benedetti, Miguel A. Cenicacelaya, María; El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional- Tratado jurisprudencial y doctrinario.

<sup>3</sup> Quiroga Lavie y otros, ob.cit

<sup>4</sup> Quiroga Lavie y otros, ob. cit

*integran el ambiente natural*<sup>5</sup>

Quiroga Lavie al hablar de las obligaciones a cargo de las autoridades del Estado, nos señala que la norma del art 41 segunda parte es programática, ya que establece *“las bases de acción policita a ser cumplida por las autoridades) todas, es decir los tres poderes del Estado) y puntualmente sobre la preservación del patrimonio natural y cultural”* y afirma que esta regla *“nos está diciendo que el patrimonio natural no es solamente naturaleza muerta, sino también vida cultural. La cultura es naturaleza transformada por la libertad humana de modo tal que, a estar poa la regla constitucional, el ambiente no es sólo naturaleza sino también cultura”*, esta norma es cuasi un calco del art. 46 de la Constitución Española cuando se establece que *“los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España”*, con una salvedad España separo la tutela ambiental cultural de la natural, mientras que en el caso argentino se la igualo.<sup>6</sup>

Es de suyo clara la sistemática constitucional argentina, por un lado se fijaron pautas mínimas, las que son sin lugar a dudas de un carácter netamente operativo, puesto que fijan principios reguladores en lo atinente a la protección del ambiente en general, y por otro lado queda libre todo el andamiaje de normas que deberán emanar de las autoridades en pos de hacer efectivo la salvaguarda de los derechos establecidos en la Constitución, siendo por ello necesario el dictado de distintas normas, que hagan a la programaticidad de las normas constitucionales ambientales. Esto último no se hace extensivo a los procedimientos tutelares del ambiente ya que la Constitución fijo una clara y concreta acción de amparo, establecida en el art. 43 de la Carta Magna.

En este punto debemos observar, que la ley 24.309, por la cual se declaró la necesidad de la reforma parcial de nuestra constitución, en su artículo 3 letra K posibilitó que los constituyentes traten la incorporación como letra constitucional de una cláusula específica que tendiera a la *“preservación del medio ambiente”*

Según Bidart Campos la recepción constitucional del deber de preservación del patrimonio cultural y en cuanto a la operatividad funcional por parte de los órganos estatales correspondientes, señala que *“cuando la norma dice que estas autoridades proveerán a la protección de este derecho al ambiente sano, apuntan no sólo a una obligación de omisión para no dañarlo, sino a prestaciones positivas para lograr todo cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan a recomponerlo etc. y para exigir de los particulares cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado”*<sup>7</sup>

La norma del artículo 41 constitucional posee una unidad dentro del concepto amplio de ambiente, ya que por un lado nos señala un derecho amplio y genérico a un ambiente sano, abarcador de otros ítems, y por el otro nos muestra la obligación dual, tanto de los estamentos estatales como de los simples ciudadanos o particulares en cuanto al deber de preservarlo.

Reiteramos el ambiente es comprensivo dentro de la sistemática

---

<sup>5</sup> Carmona Salgado, Concepción, Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna “Curso de Derecho Penal Español” De. Marcial Pons, Madrid 1997, t. II

<sup>6</sup> Quiroga Lavie y otros, ob. cit

<sup>7</sup> Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino, ed. ampl. y act. a 1999-2000, T. I-A. Buenos Aires, Ediar, 2000

constitucional argentino de los recursos naturales propiamente dichos como del patrimonio cultural, y este es comprensivo de distintos patrimonios, el histórico y el artístico, lo que demuestra que existe en el concepto ambiente, una identidad y una pluralidad al mismo tiempo.

Pero no solo queda circunscripto el tema ambiental, y particularmente el del patrimonio natural y cultural en lo que establece el artículo 41, sino que existen otras normas que nos van guiando en el camino de desentrañar que intento el constituyente al plasmar dichas normas en el texto, sino que objetivo o fin busca la sociedad toda en este aspecto.

Así dentro de las atribuciones propias del poder legislativo, el artículo 75 nos informa de una serie de tópicos, entre los que podemos citar el de *“reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”* (inciso 17); asimismo *“...dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”* (inciso 19).

Puntualmente, este último inciso determina el derecho a la cultura, que incluye entre otros puntos el reconocimiento al patrimonio cultural, artístico e histórico, este patrimonio artístico que establece el artículo 75 inciso 19, es comprensivo de los patrimonios artísticos e históricos, arqueológicos, antropológicos, paleontológicos etc, este a su vez reenvía a la protección del ambiente porque integra al entorno, muchas veces inmaterial, que sirve de emplazamiento a la vida humana y social.

Hoy en día, lo ambiental y la defensa de nuestro patrimonio natural y cultural es un tema que preocupa y atañe a todos por igual. No debe haber ciudadano indiferente a esta problemática, no es algo que sea lejano, o que podamos llegar a decir, que no tiene ninguna manera de llegar a rozarnos en nuestra cotidianeidad, por el contrario ya convivimos con desastres naturales, contaminación, cambio climático etc, pero a la par hay un mayor involucramiento social de la comunidad en general, de organismos multilaterales, organizaciones no gubernamentales y algunos gobiernos que visibilizan la problemática y buscan denodadamente paliativos a la degradación que se acrecienta en el medio ambiente y del daño a nuestro entorno y que sin una política proactiva de todos sin excepción no tendrá solución y perjudicará a la humanidad sin expectativas favorables hacia futuro.

Estamos contestes que no debe haber país, ni altamente desarrollado, ni en vías de desarrollo o de extrema pobreza, que no pueda dejar de preocuparse y de ocuparse de este tema. Lo cierto es, que quien se encuentra tecnológicamente más desarrollado tendrá mejores y mayores posibilidades de atender y entender los problemas ambientales y de resguardar su patrimonio inmaterial, en su mayor expresión, ya no circunscripto solo a la naturaleza, sino que también a todo lo relativo al patrimonio cultural, porque la cultura es propia del hombre, pero los problemas ambientales repercuten en mayor medida en aquellas sociedades menos tecnificadas, de mayor vulnerabilidad socio económica y donde la política pública implica una baja institucionalidad general.

Digamos que el hombre, se encuentra inmerso en un sistema complejo de interacciones que lo relacionan con el medio que lo circunda, y este ambiente que rodea al hombre lo afecta, lo influye, lo condiciona. El problema del medio ambiente es un problema de todos y debemos tomar conciencia que cuanto más dañamos,

cuanto más destruimos nuestro hogar, la tierra, más nos perjudicamos nosotros y nuestra prole, en sí, las generaciones futuras.

Ahora bien, estos daños al medio ambiente también repercuten y se amplían a los reservorios culturales, que no solo puede ser una pintura agredida por algunas personas como medio de protesta, también pueden ser edificios históricos bombardeados en guerras irrazonables, o la destrucción de monumentos milenarios en manos de yihadistas del medio oriente o los talibanes de Afganistán, o yacimientos arqueológicos o culturales que son diezmados en nombre del progreso al momento de construir represas, acueductos, viaductos, rutas o ciudades.

Estoy conteste con Ricardo Rojas, cuando este analizando la ley italiana de protección histórica y arqueológica, allá por principios del siglo veinte, nos hablaba de las bondades de una ley como la que surgiría con el número 9080, y aunque significaba un avance extraordinario sobre la propiedad privada, implicaba de suyo la primigenia protección de nuestro valioso patrimonio arqueológico y paleontológico. Estábamos en el camino de la búsqueda del equilibrio entre la res privada con la **res comuni**, teniendo esta por prisma los tesoros del pasado, en cualquiera de sus distintas y variadas vertientes.

En el camino de la salvaguarda de nuestro patrimonio histórico Ricardo Rojas nos señaló la dirección por la que debía transitar una Nación joven como la Argentina, así sostuvo que *“Desprovistos de un arte glorioso, la parte de protección estética que la ley [italiana] extiende sobre los paisajes y lugares históricos, podría tener vigor en nuestro dilatado territorio: ahí está la selva misionera con sus templos jesuíticos; la montaña andina con sus pucaráes calchaquíes; la puna septentrional con sus cementerios quichuas; tantos paisajes de la pampa y del monte con su originalidad natural y la belleza de sus leyendas indígenas [...] Quedarían bajo la protección de esa ley [...] las ciudades y camposantos indígenas que esperan su excavación y su estudio, los numerosos restos arqueológicos que se hallan en las tumbas indígenas, industria privada que hoy tiene por despierto consumidor a los museos de Norte América y Alemania. Y agregaba una frase que merece destacarse a los efectos de esta nota: Debe el estado argentino comprender que el mismo interés científico de aquéllos tienen los nuestros, y que, además, agrégase en nuestro caso, un interés estético y cívico, inherente a la propia nacionalidad. Sin ello, no llegaremos a conocer nuestros orígenes ni a salvar las fuentes de nuestra historia. Sin ello no lograremos tener museos propios y arte original, o tendremos que ir a estudiarnos en los museos de Europa”*<sup>8</sup>

Por otro lado, y no cabe dudas de ello, la nueva realidad mundial, modifica conductas, hábitos y requerimientos, haciendo ingresar a los bienes culturales, para una gran parte de la población como un *“bien de consumo”*, al que de por sí, se debe garantizar su preservación, y dicho bien se *“consume”*, como recreación, como acceder a un mayor conocimiento de las tradiciones y el pasado, se *“consume”* como algo connatural al hombre globalizado y materialista, las raíces, su acervo cultural, lo que hace hoy que uno sea ciudadano del mundo, amplio, desde una cultura enciclopedista, la expresión de estos nuevos tiempos en los que el acceso y disfrute a los bienes históricos se ha convertido en *“bien de consumo”* en el marco de un Estado que encuentra en la consagración constitucional de los *“derechos de la tercera generación”* -entre ellos, la cultura- unos de sus rasgos

---

<sup>8</sup> Rojas, Ricardo; La restauración nacionalista, págs.. 461/2 – Imprenta de la Penitenciaría, Bs.As.

sustantivos definitorios.<sup>9</sup>

En primer término, y ante la especificidad de la materia a tratar y en tanto y en cuanto el mayor aporte sobre el tema lo encontramos en el derecho comparado, puesto que nuestro país a nivel nacional, solo tiene una mención a la protección del patrimonio histórico cultural en el artículo 41 de la Constitución Nacional, y ciertas leyes a nivel provincial, en ese sentido debemos ocurrir para entender y comprender la tan consabida protección del valioso patrimonio nacional en su aspecto histórico cultural respecto del derecho comparado.

Ya decía Hans Heinrich Jescheck, que el derecho comparado conducía a la investigación del derecho, visto este como una clara y concreta expresión cultural de los países extranjeros, como asimismo a la investigación de ciertos problemas sociales, cuya solución la podemos visualizar en distintos ordenamientos jurídicos. A criterio de este autor, la comparación de distintos sistemas jurídicos, permite una mayor aproximación a un determinado problema con la ayuda de las distintas herramientas que fluyen de los diversos ordenamientos normativos, acabando todo ello en la conjunción unívoca de principios comunes, en búsqueda directa de la idea de justicia.<sup>10</sup>

Según Bidart Campos *“el derecho ambiental presenta, a su vez, áreas ajenas a los recursos naturales, como son las del patrimonio cultural, artístico e histórico”*<sup>11</sup>, y continúa el distinguido profesor señalando que el *“ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos naturales: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los demás elementos que el hombre crea y posibilitan la vida, la subsistencia y el desarrollo de los seres vivos”*<sup>12</sup>, y agrega que *“como el hombre es un ser social, el ambiente también se integra con otros ingredientes que, latamente, cabe calificar como culturales; es así como debemos agregar el patrimonio artístico e histórico que no en vano, recibe el apodo de patrimonio cultural”*<sup>13</sup>

Se ha afirmado que *“La noción de medio ambiente apunta al conjunto de elementos naturales y bienes culturales en que se desenvuelve la vida del ser humano. El concepto involucra también el patrimonio histórico-cultural en su conjunto- por ser representativo de valores estéticos, culturales y espirituales que hacen a la esencia del hombre”. “Por su particular incidencia en la calidad de vida del ser humano, el ambiente abastece las distintas necesidades de una pluralidad de personas. En virtud de esas utilidades, aquel es considerado como un bien jurídico colectivo o de goce colectivo, en tanto resulta compartido por la comunidad”*<sup>14</sup>

En resumidas cuentas, lo que se intenta acercar como una idea novedosa, y tendiente a defender nuestro patrimonio cultural, dentro de la materia ambiental, es que por su componente global, connatural a todos los integrantes de la

---

<sup>9</sup> Perez Moreno, El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico cultural (RDU N°119, año 1990).

<sup>10</sup> Jescheck, Hans Heinrich; El derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal; Revista de Derecho Público, pág. 333, Editorial Edersa, Madrid

<sup>11</sup> Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución Reformada, pág. 84 Editorial Ediar, Bs.As

<sup>12</sup> Bidart Campos, ob. cit. pág. 85

<sup>13</sup> Bidart Campos, ob.cit. pág. 86

<sup>14</sup> citados en Jurisprudencia Argentina 80 Aniversario La Lesión al medio ambiente y el acceso a la justicia por Maria Agoglia, Juan Boragina y Jorge Meza, del libro “Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales” Derecho Ambiental Rev. Del Derecho Industrial De. DePalma, Dr. Paolo Maddalena

comunidad nacional, dichos bienes son propios de la sociedad en general. Bienes que tienen una relevancia especial en nuestra vida, y dentro de la sistemática y sincronicidad penal, toda acción u omisión en contra de los mismos, afectaría a la sociedad en general, de la misma forma que es afectada la comunidad, cuando alguien tiene un arma de guerra, posee estupefacientes, o realiza algún tipo de evasión impositiva.

Es dable destacar que los bienes culturales de suyo son un ingrediente importante de la herencia colectiva, y en ese punto, tanto el Estado en sus distintas vertientes como cualquier ciudadano de a pie tienen y tenemos el derecho y deber de preservar, resguardar y proteger a los mismos.

Así las cosas nuestro patrimonio natural y cultural, se encuentra compuesto de bienes que difícilmente sean renovables, y que se hayan incorporados a nuestro acervo, al ser objeto de delitos, se resiente el cuerpo social, por lo que no es descabellado, intentar sostener que la justicia federal sea competente para entender en los procesos que devengan de la afectación de bienes propios del patrimonio natural y cultural nacional.

No podemos obviar lo que sostiene el maestro Donna y que compartimos plenamente en el sentido que *“las normas penales existentes en la materia son varias e insuficientes en el sentido de que no existe una ley especial ni tampoco un título que abarque el medio ambiente como tal, que proteja al bien jurídico ambiente y que le dé autonomía y jerarquía propia. Sólo existen normas punitivas que castigan conductas que atentan de alguna manera en contra del medio ambiente, incluidas dentro de la defensa de otros bienes jurídicos, por lo que la protección en este tema sólo lo está de manera indirecta”*<sup>15</sup>

### **Concepto de patrimonio natural y cultural**

Llegados a este punto es necesario en primer lugar alcanzar una idea aproximada de lo que es conceptualmente patrimonio natural y cultural, para luego ingresar a un segundo, que bien jurídico entendemos nosotros debería ser el que sea protegido desde la faz punitiva.

En el Código de Deontología de profesionales de los museos, en su 15ª asamblea general del ICOM desarrollado en Buenos Aires en fecha 4 de noviembre de 1986, y con su modificatoria de la misma asamblea de fecha 6 de julio de 2001, se definió al patrimonio cultural como *“Todo concepto u objeto, natural o artificial, que se considere dotado de un valor estético, histórico, científico o espiritual”*

Ahora bien, nosotros como hombres de derecho, debemos ver en todo caso ¿qué es exactamente lo que se pretende proteger? En todo caso, desde el punto de vista legal ¿de qué estamos hablando? De suyo el léxico legal, es técnico y muy particular, si a eso le agregamos la particularidad y especificidad de lo cultural, hace necesario e imperioso determinar fehacientemente nuestro objeto, una aproximación conceptual para luego llegar al fin perseguido de proteger el patrimonio cultural.

Convengamos que desde el mirador axiológico cultural como del lenguaje metajurídico, la definición del patrimonio histórico- cultural y todo su entorno,

---

<sup>15</sup> Donna Edgardo, Daño Ambiental – Tomo II, “Delito y Medio Ambiente”, Editorial Rubinzal Culzoni



podrán variar en grado sumo, con lo que lo jurídico define y muchas veces aspira, y en todo caso el orden normativo deberá ocurrir al auxilio de los conceptos que se abrevian en el contexto extrajurídico.

En este punto, es bueno remitirse al derecho comparado y muy especialmente a lo que nos señala el derecho español en este sentido, así el concepto de patrimonio histórico español, nos muestra una indeterminación en los conceptos jurídicos donde se asientan las distintas definiciones normativas, requiriendo inexorablemente de recurrir a los conceptos que se encuentran fuera de lo legal, de tal modo que mediante la ley de patrimonio histórico se define que inmuebles o muebles son reconocidos legalmente como integrantes de dicho patrimonio, así vemos que *“Bien cultural es pues no aquel que presenta un interés de esta naturaleza, sino el que presentándolo ha sido expresamente declarado como tal en aplicación de la normativa en cada momento vigente”*.

A modo de ejemplo de esta complementación entre lo jurídico y lo meta jurídico, podemos señalar, el hecho del caso español, donde las concepciones museísticas en cuanto a la conservación de las ciudades históricas, han quedado a un lado, y superadas por el concepto de *“poner en uso”* a los edificios y espacios históricos, siendo este principio acuñado por variadas disciplinas, como la arquitectura, la sociología, la arqueología etc.

En el caso español dicha concepción nace al amparo de lo normado en el artículo 46 por el cual se garantiza por el estado la conservación y promoción del enriquecimiento de los bienes culturales, norma que se complementa con el artículo 44 que proclama el derecho a un acceso a la cultura, en síntesis el principio significa el uso y goce de los bienes culturales por parte de toda la sociedad, y no encerrar a la cultura entre las paredes de un edificio, llamado museo.

Para poder determinar fehacientemente podremos optar por tomar debida nota del concepto de patrimonio, tanto natural como cultural alcanzado en la Convención Mundial que trata el tema del patrimonio cultural, que en Argentina fue aprobada por ley 21836 así *“patrimonio cultural”* se considera a *“Los documentos: 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 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”*

Por su parte se entenderá como *“patrimonio natural”*: *Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.*

## Bien jurídico protegido.

En el derecho penal, todas las figuras o tipos, tienen como fin el resguardo de algún bien jurídico, así la vida es el bien jurídico protegido en el homicidio, la honra en los delitos como injurias o calumnias, la propiedad en el hurto o el robo, ¿pero cuál será el bien jurídico protegido ante la protección del patrimonio histórico cultural?

Como primera medida debemos entender que es un bien jurídico desde la esfera penal, y este no es ni más ni menos que un bien meta jurídico en el que un ordenamiento legal determinado le otorga una impronta de valor, en ese sentido debemos comprender que no puede existir un delito sin que este afecte determinados intereses, ya jurídicamente protegidos por una concreta norma penal.

Tenemos entonces dos visiones diferentes, por un lado la sociedad requiere que ciertas acciones o conductas, sean reprochables penalmente, y por el otro, el legislador deberá adecuar dichas acciones o conductas a un tipo o figura penal, teniendo en cuenta la salvaguarda de los intereses subyacentes en la sociedad respecto de ciertos bienes.

Según Roxin, en cuanto al concepto de bien jurídico protegido, considera que este solo puede provenir de la Constitución, como marco referencial fundacional y que se encuentra en la cúspide de la pirámide legal, ya que es de por sí el sustento del actual Estado de derecho.

*A ese respecto se afirmó que “nuestra constitución define el bien jurídico ambiental, no solo es naturaleza sino también es cultura. Aun cuando hace una salvedad de cierta importancia en cuanto a la materia penal, en vista de determinar la existencia o no de un ilícito, en el caso sobre la tipicidad de una acción reprochable en referencia a lo ambiental, y este autor sostiene que “la referencia a la naturaleza abre, a nuestro juicio, un trascendente debate sobre la definición o contenido de tipo penal ambiental. Porque si el bien jurídico tutelado es no violar las leyes de la naturaleza, y estas no suelen ser conocidas con precisión sino después de haberse producido una afectación concreta, podríamos decir que el postulado de la tipicidad como ley previa puede quedar desplazado en esta materia. Si realmente hay un reenvío de la ley positiva al orden legal de la naturaleza, y este ordenamiento se encuentra en proceso de descubrimiento y precisión permanente, será difícil aplicar los postulados de la tipicidad penal, como ley previa, además a la hora de disponer una condena. Si la ley natural no está codificada ni escrita, pues se está develando en pericias e investigaciones de impacto abiertas a la investigación ¿cómo se compagina el principio de la tipicidad con esta realidad natural que verificamos fácilmente?”<sup>16</sup>*

Alguna idea sobre el bien jurídico protegido en orden a lo aquí tratado lo otorga la ley 25.743 que en su art. 1° señala como su objeto la preservación y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico como parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, por lo que podríamos señalar que lo que protege es el “Patrimonio Cultural de la Nación”.

---

<sup>16</sup> Quiroga Lavié, Humberto Benedetti, Miguel A. Cenicacelaya, María; El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional en Tratado jurisprudencial y doctrinario : derecho ambiental / Número: (Revista (serie)) Año, vol. y nro.: W 035

Ya ingresando a nuestra materia de la protección del patrimonio natural y cultural, podríamos aventurar una definición y conceptualización de este bien jurídico protegido y señalar que lo que se protege es el valor cultural de ciertos bienes que integran el patrimonio arqueológico o paleontológico o histórico o cultural, es por tanto un bien jurídico de naturaleza inmaterial y colectiva.

Definido el bien jurídico, como podríamos conceptualizar las acciones que deberían ser consideradas como ilícitas en orden a su prevención y persecución penal, en ese contexto y según nuestro criterio, deberíamos seguir los pasos del legislador español, protegiendo al patrimonio histórico en forma autónoma en el ordenamiento penal, tipificando el hecho de delitos contra el patrimonio histórico, previo dictado de leyes administrativas extrapenales que definan los bienes que serán considerados patrimonio histórico cultural nacional, teniendo como punto de partida, la cláusula ambiental del art. 41 en cuanto a la preservación del patrimonio cultural.

De las leyes existentes sobre la materia en nuestro país, la 9080 y la 12.665, solo esta última en su artículo 8 prevé una sanción administrativa, en cuanto establece una sanción de multa para quienes de algún modo, oculten, destruyan, transfieran ilegalmente o exporten, bienes históricos, artísticos de la Argentina, siempre y cuando, no constituya el hecho generador, el tipo penal previsto y reprimido en el artículo 184 inciso 5, pero este último entiende al daño en su modo agravado y solo en los casos de cometerse respecto de bienes públicos, es decir que lo que se pune es que los bienes se encuentren colocados en edificios o lugares públicos, no teniendo en consideración si pertenecen al patrimonio histórico cultural, ya que de suyo habrá daño en bienes que no pertenecen a dicho patrimonio, pero si son bienes públicos, como un paseo, un signo conmemorativo, un puente.

Es decir, nosotros buscamos que el legislador, prevea como una conducta delictual el hecho de afectar el patrimonio histórico cultural, por ejemplo, en el caso de los innumerables yacimientos arqueológicos, estos pueden ser motivo de hurto, robo o daño, pero siempre deberá estarse a la figura básica, y entonces, tendrá la misma pena, quien hurte, robe o dañe una bicicleta, como aquel que hurte, robe o dañe, una momia de quinientos años de antigüedad, encontrada en algún paraje de nuestra puna, cuando de suyo, la depredación respecto de esta última, será de imposible regeneración o recomposición, recordemos que los bienes de los que hablamos son bienes no renovables, por lo que su afectación de cualquier forma, se encuentra a nuestro criterio agravada.

En tal sentido, como técnica legislativa, debería sancionarse una ley especial, que no solo prevea las distintas conductas que pudieran ser penalmente reprochables, sino que también debería contemplar un párrafo, donde se establezca puntualmente que le queda reservada a la justicia federal, el entender en este tipo de procesos.

Un avance importante lo fue la ley 25.743 sobre protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, que estableció un capítulo respecto a los "delitos y sus penas" y así se incorporó al digesto punitivo nacional diversas acciones reputadas ilícitas "*ARTICULO 46. - Será reprimido de un (1) mes a un (1) año de prisión o de reclusión y con inhabilitación especial de hasta tres (3) años, el que realizare por sí u ordenare realizar a terceros tareas de prospección, remoción o excavación en yacimientos arqueológicos y paleontológicos.*

*ARTICULO 47. - Si durante la comisión del hecho descripto en la norma*

*precedente, se produjere un deterioro en los objetos ocasionándose una pérdida irreparable para el patrimonio cultural del Estado, se estará incurso en el delito de daño prescripto en los artículos 183 y 184 del Código Penal.*

*ARTICULO 48. - Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el que transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier modo pusiere en el comercio piezas, productos o subproductos provenientes de yacimientos arqueológicos y paleontológicos nacionales e internacionales.*

*ARTICULO 49. - La tentativa de exportación e importación del territorio nacional de piezas, productos o subproductos arqueológicos o paleontológicos y colecciones arqueológicas o paleontológicas, será pasible de las penas previstas para el delito de contrabando establecidas en los artículos 863 y concordantes del Código Aduanero”.*

Pero nos quedamos a medio camino y no solo debemos proteger penalmente el patrimonio arqueológico y paleontológico sino también todo lo histórico y cultural, no solo respecto al daño, sino también al robo y hurto, a las defraudaciones, al tráfico ilegal de estos bienes etc.

Es allí que surgió entonces el Anteproyecto de Código Penal que fue presentado hace cuatro años el cual contenía un reconocimiento de este tipo de delitos, así en el Título XXIV sobre Delitos contra el Patrimonio Arqueológico y Paleontológico se configuraban una serie de ilícitos, a saber:

## **Capítulo 1**

### **Tareas no autorizadas**

**ARTÍCULO 462.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a UN (1) año o SEIS (6) a DOCE (12) días-multa y, en ambos casos, inhabilitación especial de hasta TRES (3) años, al que, sin autorización estatal, realizare por sí u ordenare realizar a terceros, tareas de prospección, remoción o excavación en un yacimiento arqueológico o paleontológico.**

Acá se advierte que la conducta reprimida era llevar a cabo áreas de prospección, remoción o excavación de un yacimiento arqueológico o paleontológico, requiriendo la figura dolo, consistente en el conocimiento de la inexistencia de la autorización estatal para proceder a realizar tareas de prospección, remoción o excavación de un yacimiento arqueológico o paleontológico. Se admite además del dolo directo, el dolo eventual.

Si el agente no conociera del valor o interés cultural de la pieza, producto o subproducto dañado, o bien desconociera que existía un yacimiento arqueológico o paleontológico, estaríamos en presencia de un error de tipo.

Advirtiéndose que en el caso de esta figura el error de tipo podría originarse en el desconocimiento de un elemento integrador del tipo de naturaleza descriptiva, el origen arqueológico o paleontológico de lo dañado o la presencia de un yacimiento arqueológico o paleontológico.

Siendo un delito material por ende se consumaría en el momento de realizar la prospección, remoción o excavación del yacimiento arqueológico o paleontológico sin autorización estatal, de modo que es posible la tentativa.

Y el agente podía ser cualquier persona habida cuenta la expresión “*al que*”. Ahora bien, la norma reprime la conducta ilícita también con la pena accesoria de

inhabilitación lo que abarcaría a ciertos profesionales u obreros especializados como podrían ser arquitectos, ingenieros, arqueólogos, paleontólogos etc.

Por lo demás el sujeto pasivo de este delito es la colectividad dado que el patrimonio y acervo cultural que dimana de un yacimiento arqueológico o paleontológico es propio de un bien jurídico colectivo y no individual.

**ARTÍCULO 463.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años o DOCE (12) a TREINTA Y SEIS (36) días- multa y, en ambos casos, inhabilitación especial de hasta SEIS (6) años, si como consecuencia no querida de la prospección, remoción o excavación no autorizada se destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo se dañare o pusiere en peligro el yacimiento arqueológico o paleontológico o algún bien arqueológico o paleontológico, siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado.**

En esta figura la conducta típica sería dañar o poner en peligro el yacimiento arqueológico o paleontológico o algún bien de los existentes en los mismos. La figura comprende cuatro acciones destruir, inutilizar, hacer desaparecer, o de cualquier forma dañar.

El daño se produce a partir de llevar adelante determinadas maniobras que la norma establece de manera taxativa, durante la prospección, la remoción o la excavación siempre y cuando la misma no estuviere autorizada.

Sería un delito doloso tal cual surge de la expresión “*no autorizada*”, por lo que la persona que comete el ilícito debe conocer que para las tareas de prospección, remoción o excavación requiere de una autorización y sin contar con ella igualmente tiene la voluntad de seguir con las tareas y de tal modo dañar o poner en peligro al yacimiento o algún bien arqueológico o paleontológico.

Si bien la norma no establece una calidad especial en el agente, la pena accesoria de “*inhabilitación especial*” nos indica que quién comete el ilícito tiene que ser un profesional con relación a las tareas que tipifica la norma, es decir prácticas profesionalizantes en relación a la construcción edilicia o bien a la investigación científica, por los primeros entendemos a arquitectos o ingenieros, por los segundos a arqueólogos o paleontólogos.

**ARTÍCULO 464.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o SEIS (6) a VEINTICUATRO (24) días-multa y, en ambos casos, inhabilitación especial de hasta CINCO (5) años, al que, sin autorización estatal, tuviere con fines de comercialización, transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier otro modo pusiere en el comercio una pieza, un producto o un subproducto proveniente de un yacimiento arqueológico o paleontológico situado dentro o fuera del territorio argentino.**

En esta figura la conducta punible sería comerciar con una pieza, producto o subproducto proveniente de un yacimiento arqueológico o paleontológico, a través de distintas acciones como transportar, almacenar, comprar, vender, industrializar o poner en el comercio dichos bienes.

Puede ser cualquier persona, pero la pena accesoria de inhabilitación especial abarca a determinados individuos como arquitectos, ingenieros, comerciantes, arqueólogos, paleontólogos entre otros.

La investigación y judicialización de este tipo de delitos abarcaría a los hechos cometidos aún respecto de bienes que se encuentren ubicados fuera del territorio nacional. Por ende la extensión de la aplicación de esta norma en virtud del principio de jurisdicción universal por considerarse los bienes culturales parte integrante de los bienes inmateriales de valor histórico-cultural propios de la colectividad ya no solo de un país determinado sino de la comunidad internacional en su integridad.

## **Capítulo 2** **Hurto y robo**

**ARTÍCULO 465.- Se impondrá prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, al que se apoderare ilegítimamente de una pieza, un producto o un subproducto proveniente de un yacimiento arqueológico o paleontológico situado dentro o fuera del territorio argentino.**

Esta figura comprende el hurto de piezas, productos o subproductos provenientes de un yacimiento arqueológico o paleontológico.

En cuanto al elemento normativo, la ilegitimidad es la falta de razón o derecho que tiene la persona para apoderarse del bien arqueológico o paleontológico. Es decir, el agente no tiene ningún derecho en relación a la tenencia, posesión o dominio de la cosa.

El adverbio "*ilegítimamente*" denota la exigencia subjetiva de que el agente conozca y sepa de manera fehaciente que está obrando en forma ilegal.

Es un delito doloso que requiere de parte del sujeto activo la conciencia y voluntad de cumplir con el hecho del desapoderamiento ilegítimo, con la intención de tener la pieza, producto o subproducto para sí y poder disponer del bien.

Se consuma esta figura en el momento que se desapodera el bien. Por tanto la tentativa es posible.

Se extiende la aplicación de la norma aun para aquellos bienes desapoderados que se hallen fuera del territorio nacional pero pertenecieran a un yacimiento arqueológico o paleontológico.

**ARTÍCULO 466.- Se impondrá prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años si el hecho se cometiere con fuerza en las cosas o con violencia física o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tengan lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.**

Estaríamos en presencia del ilícito de robo pero de bienes arqueológicos o paleontológicos. Al igual que el robo previsto en el art. 164 se requiere que el desapoderamiento sea con fuerzas en las cosas, violencia física o intimidación.

En cuanto a las modalidades de desapoderamiento, encontramos la fuerza en las cosas implica vencer la resistencia de la cosa misma o bien de las defensas o reparos que tuviere, como la violencia en las personas tanto es la fuerza física como la violencia moral.

Se exige el dolo del agente desde el momento que se requiere el

conocimiento de la ilegitimidad en orden al desapoderamiento del bien.

Es un delito instantáneo. Se configura el ilícito cuando se desapodera el bien. La tentativa es admisible.

Cualquier persona puede cometer el injusto de desapoderamiento de un bien arqueológico o paleontológico.

**ARTÍCULO 467.- En los casos del artículo 466, se impondrá prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años:**

**1°) Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91;**

**2°) Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado e intervinieren en el hecho TRES (3) o más personas.**

**Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.**

Estamos ante una figura agravada dado que el desapoderamiento de un bien perteneciente al patrimonio arqueológico o paleontológico ubicado en un yacimiento, se agravará: a) Por lesiones: en tanto se produzcan lesiones al momento de acometer el robo con violencia física; b) Por el medio, el lugar o el número: Si el desapoderamiento se realiza con el uso de armas o en despoblado o en el hecho intervinieren tres o más personas.

Dentro del concepto de armas están comprendidas las propias como las impropias, es decir todo instrumento apto para acrecentar el poder de ofensa o daño, aun cuando dicho poder sea ocasional, no ingresa en este concepto aquellas que son ineptas para cumplir el fin de aumentar el poder de ataque. Vgr. Un arma de juguete.

Para que el ilícito se agrave por el uso de armas, estas debieron ser utilizadas efectivamente no alcanzando el mero hecho de portarla o exhibirla. Además debe utilizarse durante el robo y no en una etapa previa o posterior al desapoderamiento.

En el caso del agravamiento por el robo en despoblado, implica realizado en lugares remotos, alejados de la presencia de vecinos o centros urbanos, lo que impide el auxilio inmediato en favor de la víctima. Si aplicáramos los conceptos que dimanarían de la figura básica de robo, para que sea de aplicación esta norma requiere inexorablemente de la presencia de personas de forma circunstancial al momento del robo. Entendemos que así debe aplicarse la norma porque cuando ha

Para el caso que el arma fuere de fuego, la pena se elevará en un tercio sobre el mínimo y el máximo.

**ARTÍCULO 468.- Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años, si con motivo u ocasión del robo resultare, como consecuencia no querida, la muerte de la víctima.**

Otra figura agravada, dado el caso que se produjera con motivo o en ocasión del robo el homicidio de una persona de manera accidental, pero no con medio de preparar, ocultar o asegurar el resultado o la impunidad del hecho.

**ARTÍCULO 469.- En los casos enunciados en este Capítulo, el mínimo y el máximo de la pena se elevarán en un tercio cuando el hecho fuere cometido o facilitado por un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, abusando de su función o violando los deberes a su cargo.**

**Las demás circunstancias agravantes mencionadas, para el hurto en el artículo 163, y para el robo en el artículo 167, deberán ser consideradas para la determinación de la pena con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de este Código.**

Otra figura que agrava cualquiera de los ilícitos contenidos en este Capítulo (Hurto o robo) cuando la comisión de los mismos se produjere o facilitare por la participación de un funcionario policial o del servicio penitenciario, abusando de su función o violando los deberes a su cargo.

Es decir el agravamiento del ilícito se configura por la calidad que reviste el autor. Obviamente el tipo penal requiere que el agente posea la calidad de integrante de una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario y que además se encuentren en actividad o en retiro activo, para el caso que hubieren sido exonerado o excluido de la institución habría perdido la calidad exigida por esta figura en orden al sujeto activo especial.

### **Capítulo 3 Daño**

**ARTÍCULO 470.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CUATRO (4) años, SEIS (6) a CUARENTA Y OCHO (48) días-multa, e inhabilitación especial de hasta SEIS (6) años, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado, al que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una pieza, un producto o un subproducto proveniente de un yacimiento arqueológico o paleontológico situado dentro o fuera del territorio argentino.**

**El máximo de la pena de prisión se elevará a SEIS (6) años si lo destruido, inutilizado, hecho desaparecer o dañado, en todo o en parte, fuera el yacimiento arqueológico o paleontológico.**

Corresponderá la aplicación de este tipo penal si no hubiere un delito más severamente penado de acuerdo a la acción ilícita llevada a cabo.

La acción típica es causar daño sobre piezas, bienes o subproductos provenientes de un yacimiento arqueológico o paleontológico. El daño se configura a través de tres conductas específicas y una genérica, las primeras, destruir, inutilizar, hacer desaparecer y por último la genérica que implica el daño de cualquier forma posible.

Obviamente estamos en presencia de un delito de daño específico a partir de la especialidad al recaer sobre cosas u objetos arqueológicos o paleontológicos.

Destruir es arruinar materialmente un objeto.

Inutilizar es dejar al objeto sin posibilidad de ser aprovechado para lo que se configura como su destino.

Hacer desaparecer sería suprimir algo, a través de determinados acciones.



Este delito es de resultado a partir de la producción del daño sobre una pieza, producto o subproducto de un yacimiento arqueológico o paleontológico, sea destruido, inutilizado, hecho desaparecer o dañado de cualquier forma afectando a través de esa acción el valor cultural de los mismos.

Puede llevarse la acción dañosa tanto por acción como por omisión, al ser bienes culturales los mismos pueden ser dañados cuando el agente no haya evitado la causación del daño.

En este último sentido podría configurarse el delito por omisión si la persona no avisare a las autoridades de la producción de un incendio, inundación; o bien no tomare los recaudos pertinentes para evitar el ingreso de moradores a la propiedad.

Sería un tipo penal doloso. El dolo debe abarcar un doble conocimiento, que se está cometiendo un daño y que haya voluntad de hacerlo y que la pieza, producto o subproducto dañado integra el acervo de un yacimiento arqueológico o paleontológico teniendo un valor científico, histórico y/o cultural.

Sería un delito material por ende se consuma en el momento de dañarse una pieza, producto o subproducto proveniente de un yacimiento arqueológico o paleontológico, admitiéndose el delito tentado.

Obviamente que el objeto material serían las piezas, productos o subproductos que provengan de un yacimiento arqueológico o paleontológico.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso el propietario, arrendador, locatario del terreno o propiedad donde se encuentra el yacimiento arqueológico o paleontológico.

En cuanto al sujeto pasivo lo constituye la sociedad toda, que es quién se beneficia de todo bien cultural.

La conducta se agrava si la destrucción, inutilización, desaparición o daño lo fuere en todo o en parte de un yacimiento arqueológico o paleontológico.

**ARTÍCULO 471.- Las demás circunstancias agravantes mencionadas para el daño en el artículo 184 deberán ser consideradas para la determinación de la pena con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de este Código.**

Lo antecedente es el Anteproyecto de Código Penal, al que le agregamos un análisis muy general, lamentablemente dicha idea no paso de ser solo un "anteproyecto" y por tanto no fue tratado en el Congreso de la Nación pero que bien valdría la pena considerar, por lo menos en este avance que compartimos por llevar al papel las ideas que pregonamos por casi veinticinco años.

Llegados a este punto, no nos cabe ninguna duda que estamos en presencia de unos particulares y trascendentes bienes que deben inexorablemente ser protegidos ya no solo desde el mirador legal administrativo y/o civil sino que se debe expandir su protección a la faz punitiva.

Por tanto, consideramos necesario avanzar un paso más en orden a la jurisdicción y competencia, dado que por ser bienes inmateriales y que le

pertenecen a la Nación, al conjunto social, y que vienen de tiempos pasados y que debemos resguardar a las futuras generaciones, entendemos que la jurisdicción y competencia respecto a este tipo de ilícitos debería estar en cabeza del fuero federal.

Cuando nos encontramos en presencia de un ilícito penal, que tiene como objeto protegido un yacimiento arqueológico, o paleo antropológico, o de un bien cultural o histórico, la primera pregunta que nos deberíamos hacer, es ¿cuál será el juez competente, el local o el federal? A la fecha no caben dudas, dicha causa debería radicarse y sustanciarse ante el juez local, salvo situaciones especiales, que determinen la competencia federal por razón del territorio o bien por razón de la persona, es decir que todo delito que afecte a estos yacimientos arqueológicos y paleo antropológicos, es de exclusivo y excluyente resorte de la justicia local, reitero, la jurisdicción federal solo se abriría en cuanto a la competencia, en virtud del lugar o de las personas intervinientes.

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que “ *corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*”; es dable observar que con la reforma constitucional del año 1994, se modifica la anterior concepción doctrinaria, en virtud de la cual, la jurisdicción en materia ambiental era concurrente, entre la Nación y las Provincias, hoy, el constituyente considero atinado asignarle al Congreso Nacional, la facultad exclusiva de legislar sobre los aspectos básicos en cuanto a la protección ambiental, reservándole a las provincias, el dictado de normas que complementen esta legislación mínima.

Es harto elocuente, que existe entonces una escala de normas, donde prevalece lo legislado por el Congreso Nacional, y por debajo del mismo, nos encontraremos con todas aquellas normas que dicten los estados locales, es decir que estamos en presencia de una complementación en materia de legislación ambiental.

Siguiendo al Dr. Cassagne podemos afirmar que hay una “*suerte de poder legislativo complementario a las Provincias para reglamentar la legislación básica nacional, cuyo marco normativo y principios no pueden ser alterados por las leyes provinciales*”<sup>17</sup>; en este sentido la Constitución Nacional, es tajante al señalar que la normativa que se dicte en cuanto al resguardo del medio ambiente y como presupuesto básico por parte de la Nación, no debe “*alterar las jurisdicciones locales*” puesto que son las provincias, a través de sus órganos específicos quienes tienen facultades para fiscalizar y aplicar la legislación que dicten en consonancia con aquellos presupuestos básicos o mínimos de la legislación nacional.

En el derecho comparado algunos países tratan el tema de la protección del patrimonio cultural, como una materia federal, como así lo vemos en la ley federal del año de 1972 sobre monumentos y zonas arqueológicas e históricas, el que en el artículo 19 establece que “*A falta de disposición expresa en esta ley, se aplicará supletoriamente: I. Los tratados internacionales y las leyes federales; y II. Los códigos civil y penal vigentes para el Distrito Federal en material común y para toda la República en material federal*”, se visualiza mucho mejor al corroborar lo expuesto en el artículo 2 de la citada ley que establece que “*La Secretaría de Educación Pública, el Instituto Nacional de Antropología e Historia, el Instituto*

---

<sup>17</sup> Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Bs.As.

*Nacional de Bellas Artes y Literatura y los demás institutos culturales del país, en coordinación con las autoridades estatales, municipales y los particulares, realizarán campañas permanentes para fomentar el conocimiento y respeto a los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos”.*, y para clarificar aún mejor el tema podemos observar lo dispuesto en el artículo 7 donde se determina que las *“autoridades de los Estados y Municipios cuando decidan restaurar y conservar los monumentos arqueológicos e históricos lo harán siempre, previo permiso y bajo la dirección del Instituto Nacional de Antropología e Historia”.*

Anteriormente habíamos sostenido que el patrimonio natural y cultural, es algo innato a toda la población y más aún, si advertimos que la Convención de la Unesco de 1972, nos habla en referencia al patrimonio cultural, como algo perteneciente a toda la comunidad internacional, esto permitiría fundamentar, en principio, la competencia federal en razón de la materia.

Observemos que nuestra Carta Magna, en cuanto a la jurisdicción en materia ambiental, estableció a la Nación como la responsable de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, quedando a cargo de las provincias la complementación de las mismas, sin que la Nación altere las jurisdicciones locales, con esos presupuesto básicos, es decir que el constituyente dispuso un deslinde de competencias entre la Nación y las provincias, que, en sí es altamente novedoso, ya que la Constitución de 1853 había dividido las competencias de tal forma, que se verificaba un reparto de atribuciones otorgadas al gobierno federal, en virtud del principio que todo aquello no delegado por las provincias al poder central quedaba reservado a estas, y en ese aspecto, con la novedosa reforma de 1994 y en lo atinente al medio ambiente, se verifica un giro de ciento ochenta grados, en cuanto a las atribuciones, puesto que hoy, hay una complementación, una armonización de políticas entre el gobierno federal y las provincias con una apoyatura de base que emana del gobierno central.

Como bien nos enseña el Profesor Alsina, los jueces ejercen la jurisdicción, según su competencia, entendiendo a la jurisdicción como aquella potestad de administrar justicia, en tanto que la competencia establece los lindes entre los cuales puede el magistrado resolver en consecuencia.

Es innegable, que el hecho de la gran diversidad y disparidad de culturas, tradiciones, ni hablar de la extensión territorial, con todo aquello que hace a climas y geografías variadas entre las distintas Provincias argentinas, hizo que el constituyente optará, por esta suerte de equilibrio legal, entre lo que establezca la Nación y las provincias, es por ello, que la competencia ambiental fue delegada al gobierno federal, sólo en aquello que hace a los presupuestos mínimos de protección, así las provincias se reservaron las atribuciones para complementar y extender el resguardo ambiental a través del dictado de la legislación propia.

Por lo antes expuesto, existe una normativa básica nacional, común para todo el país, y que las provincias tienen facultades para legislar en cuanto al medio ambiente, teniendo como base esos presupuestos básicos, complementándolas u ocupando un vacío legal cuando así se verificare, pero en materia penal, la facultad de legislar fue delegada por las Provincias al Estado Federal, y en ese punto sería coherente con lo normado por la Constitución Nacional, que en materia del resguardo del patrimonio natural y cultural, se dictarán los presupuestos mínimos sin alterar las jurisdicciones locales, pero en materia penal es de resorte netamente nacional, en cuanto al dictado de normas de fondo.

No nos olvidemos, que por imperio del artículo 75 inciso 12, el Congreso Nacional, por delegación de facultades de las Provincias a la Nación, es el único órgano habilitado para dictar los códigos de fondo, entre otros el Penal, en esa inteligencia, que mejor, que nuestro país, tuviera una legislación penal que reprimiera toda acción u omisión, que afectará al medio ambiente, y en especial a los yacimientos arqueológicos y los lugares o monumentos declarados históricos.

Y en cuanto a la jurisdicción y competencia en materia penal. ¿A quién le corresponde actuar hoy en día?. Según el Dr. Hutchinson, considera que la legislación básica federal será aplicable en las provincias por los jueces locales y que los jueces federales ya no tendrán competencia en cuestiones ambientales por razón de la materia, aunque podrán tenerla por razón del lugar o de las personas, basando su opinión en la parte del artículo 41 de la Constitución que dice “*sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*”, puesto que esta expresión no significa más que “*sin que la legislación básica avance sobre las facultades de los órganos provinciales para fiscalizar y aplicar la legislación ambiental que dictan las provincias*”.<sup>18</sup>

No negamos la jurisdicción y competencia provincial, en todo lo referente a la parte administrativa, en la materia ambiental, y por ende en lo atinente al patrimonio cultural, de suyo, el Congreso de la Nación dicta la normativa ambiental mínima para todo el país, aunque su aplicación tanto administrativa como jurisdiccional corresponde a los gobiernos locales, dado que los problemas ambientales se caracterizan por su localización en un ámbito geográfico determinado.

A nuestro entender, todo lo relacionado al resguardo a la defensa de la protección de nuestro patrimonio natural y cultural, debería ser motivo de una ley especial, del mismo modo que existen leyes sobre residuos peligrosos, régimen penal de estupefacientes, lealtad comercial, ley nacional de alcoholes, régimen federal de pesca, etc.

Toda esta normativa, que traemos a colación se encuentra dentro del plexo jurídico federal, en cuanto a la razón por materia, según la Dra. Palacio de Caeiro, dicha competencia federal es en virtud de “*aquellas cuestiones que resultan violaciones o conductas delictuosas que contrarían los bienes o intereses jurídicos que pertenecen a la comunidad nacional toda e integran el derecho colectivo de la sociedad argentina, por lo cual la Constitución Nacional decidió sustraerlas de la órbita de las competencias locales o provinciales. De este modo, el contenido de los delitos que atenten contra los puntos respecto a los cuales la Nación se reservó como de su exclusivo interés, conforman la materia federal penal y dan sustento a la competencia de igual orden*”.<sup>19</sup>

Desde nuestra perspectiva, todo lo atinente al patrimonio natural y cultural argentino, y en ello debemos considerar tanto a los yacimientos arqueológicos, como paleontológicos, los reservorios naturales, los rastros históricos, y toda expresión cultural que haga a nuestras raíces, nuestras tradiciones, y que se encuentren incorporadas de por sí al patrimonio nacional, todo ello no puede ser visto como propiedad de un particular ni de una provincia en especial, muy por el contrario, son bienes pertenecientes a toda la comunidad, por lo que y siguiendo

---

<sup>18</sup> Hutchinson, Tomás, Daño Ambiental, Editorial Rubinzal Culzoni

<sup>19</sup> Palacio de Caeiro, Silvia, Tratado de Leyes y Normas Federales en lo Penal, Editorial La Ley, Bs.As

nuestro criterio, ante un ilícito penal en relación a las cosas arqueológicas o paleoantropológicas, históricas o culturales que se visualicen como propias del patrimonio natural y cultural de la Nación, se afectarían los intereses de la comunidad en general, en ese sentido, dichos bienes, para la sistemática penal, deberían ser considerados bienes del patrimonio público, con un marcado tinte federal, y serían en todo caso, propiedad nacional, por lo que su afectación daría pie al resguardo por ante la justicia federal.