

TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES*

ILLICIT TRAFFIC OF CULTURAL OBJECTS

JUAN I. MARTÍNEZ CASAS**

Fecha de entrada: 18/03/2010.

Fecha de publicación: 23/04/2010.

Resumen: En este trabajo el autor tiene como objetivo realizar un análisis de la protección penal del patrimonio cultural en el Derecho Argentino, en todas sus facetas, haciendo especial hincapié en el tráfico ilícito de bienes culturales, por ser dicha conducta, a su juicio, el ataque más grave que puede sufrir un bien cultural. Parte de una descripción fenomenológica de esta particular clase de criminalidad, luego pasa revista de la legislación nacional e internacional y, finalmente, se ocupa del bien jurídico protegido en el tráfico ilícito de bienes culturales.

Summary: In this paper, the author analyzes how cultural property is protected by the Argentinian's Penal Law, specially about the illicit traffic in cultural objects, because he claimed that this criminal behavior is the worst damage caused to a cultural property. He begins dealing with a phenomenology point of view related to this peculiar kind of crimes, then he studies the national and international legislation and, finally, he tries to discover the juridical interest concerned.

Sumario: §1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Fenomenología de la criminalidad relacionada a los objetos culturales. 1.2. El patrimonio cultural como objeto de tráfico. Clasificación. 1.3. El concepto de tráfico. §2. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL. 2.1. En tiempos de guerra. 2.2. En tiempos de paz. §3. RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO. 3.1. La Constitución Nacional. 3.2. La ley 9080. 3.3. Código Penal y leyes especiales. 3.3.1. El Código Penal. 3.3.2. Leyes especiales. 3.3.2.1. La ley 24.633 sobre circulación internacional de obras de arte. 3.3.2.2. La ley 25.743 sobre protección del patrimonio arqueológico y paleontológico. 3.3.2.3. La ley 22.415 (Código Aduanero). §4. EL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO: EL PATRIMONIO CULTURAL. 4.1. Su recepción constitucional. 4.2. Sus características: ¿integra el Derecho penal económico? §5. CONCLUSIONES.

§1. INTRODUCCIÓN

* Conferencia dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, en el marco del Curso de Derecho Penal Económico, organizado por la mencionada casa de estudios y por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Córdoba, el día 27 de septiembre de 2008.

** Abogado, Adscripto a la Cátedra "C" de Derecho Penal I, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Penal Económico por la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

El Hombre en cuanto ser dotado de razón ha sido protagonista y, a la vez, creador de su propia Historia. Su racionalidad la exterioriza de muchas maneras, a través de las ideas, los conocimientos científicos que adquiere y también por medio de la creación de objetos, todos los cuales, por ser una manifestación del pensamiento humano, podemos denominar *bienes culturales*.

Al conjunto de bienes culturales de una determinada comunidad, sociedad o nación, se lo llama *patrimonio cultural*, entendido como la «gama de objetos o artefactos que constituyen la expresión de una cultura específica y que se destacan sea porque no hay muchos, sea por la artesanía con la cual fueron elaborados, o porque poseen características únicas de tal cultura».1 Dicho término, también es conceptualizado como «el conjunto de bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales, de propiedad de particulares, de instituciones y organismos públicos y semipúblicos, de la Iglesia y de la Nación, que tengan un valor excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte y de la ciencia, de la cultura en suma y que, por tanto sean dignos de ser conservados por las naciones y los pueblos conocidos a través de las generaciones como rasgos permanentes de su identidad.»2

En palabras de RIVERA DÍAZ, los bienes culturales «son el resultado de la interacción de elementos que intervienen en el proceso de la creación cultural a lo largo de toda la historia, por lo tanto el patrimonio cultural también es acumulativo»3. Según esta misma autora desde el punto de vista etimológico, denota dos condiciones: 1) es un legado, una herencia, una sucesión; 2) supone la propiedad de tal legado a una persona o grupo de personas.

Desafortunadamente, como casi cualquier cosa u objeto creado por el hombre, el patrimonio cultural, no está exento de ataques a su integridad corpórea o ideológica, ni mucho menos, a la propiedad de quienes legítimamente lo detentan. En la actualidad, los bienes culturales gozan como consecuencia de su rareza, su escasez y originalidad, de un gran valor económico que muchas veces, es incluso, incalculable. Al mismo tiempo, el interés cada vez más creciente por parte de coleccionistas en apropiarse —del modo que fuere— de

1 ASKERUD, PERNILLE – CLEMENT, ETIENNE, *Prevención del tráfico ilícito de bienes culturales – Un manual de la UNESCO para la implementación de la Convención de 1970*, trad. por Víctor Valembois, UNESCO, México, 1999, p. 16.

2 HARVEY, EDWIN R., *Derecho cultural Latinoamericano. Centroamérica, México y Caribe*, citado por RIVERA DÍAZ, JOHANNA ANDREA, *Robo y tráfico ilícito de bienes culturales*, [en línea] publicado por la Universidad de Chile, Facultad de Artes, Departamento de Teoría e Historia del Arte, Santiago de Chile, Chile, 2004, <<http://captura.uchile.cl/dspace/handle/2250/180>>, p. 6. [Fecha de consulta: 21/07/2009.]

3 RIVERA DÍAZ, JOHANNA ANDREA, ob. cit., p. 6.

determinados objetos culturales de singular originalidad, ha logrado convertir a esta actividad en una empresa muy rentable.

En este contexto, los coleccionistas en su desmedido afán de obtener la pieza buscada, recurren a cualquier medio posible —sea lícito o ilícito— para hacerse de ella, conduciéndolos muchas veces a su apropiación a costa del quebrantamiento de las leyes de los Estados y, lo que es más grave aún, a despojar a una sociedad determinada de su identidad, su historia y su cultura.

Por estas razones, los Estados a través de sus legislaciones internas y con la ayuda del resto de las naciones civilizadas —en el ámbito del Derecho internacional sobre todo—, paulatinamente están procurando dar protección integral al patrimonio cultural de sus comunidades. Dicha protección, en general, se manifiesta por la recurrencia al auxilio de leyes de naturaleza civil, administrativas, aduaneras y también tributarias. El Derecho penal, aunque en menor medida todavía, no ha sido ajeno a esta problemática y ha procurado dentro de su esfera, el castigo de aquellas conductas más disvaliosas para la integridad del patrimonio cultural.

Por tanto, será objetivo de este trabajo realizar un análisis de la protección penal del patrimonio cultural en todas sus facetas, aunque debemos destacar que haremos especial hincapié en el tráfico ilícito de bienes culturales, por ser dicha conducta, a nuestro entender, el ataque más grave que puede sufrir un bien cultural. Algún desprevenido dirá sin embargo, que existen otras afectaciones a los bienes culturales que pueden ser reputadas de mayor gravedad y entidad como, por ejemplo, lo sería el delito de daño. Si bien esta afirmación desde un punto de vista lógico parece coherente, resulta en cierto modo impensado, al menos en estos tiempos, que alguien destruya un objeto de valor incalculable, sino que, antes bien, la generalidad de los casos demuestra que éstos son sustraídos de la comunidad a la que pertenecen y trasladados fuera de su ámbito para ser vendidos a codiciosos y voraces coleccionistas privados e, incluso, hasta para ser luego exhibidos en museos de gran prestigio internacional⁴.

4 Caso paradigmático de esta situación fue el saqueo de los “mármoles del Partenón”. A principios del siglo XIX, Lord Elgin, embajador británico en Constantinopla, decidió obtener réplicas de yeso de los monumentos y esculturas de Grecia, para llevárselos cuando regresara a Inglaterra. No satisfecho con dichas reproducciones, “tomó” numerosas estatuas y frisos originales de los templos y monumentos del Acrópolis, para luego ser exhibidas en el Museo Británico. Ya en el siglo XX, más precisamente en el año 1940, una diputada laborista, la Sra. Kreir, preguntó al entonces primer ministro, Winston Churchill, si las esculturas serían devueltas a Grecia como reconocimiento parcial por la resistencia de ese país a los alemanes (como si ese mérito fuese el único justificativo para restituir bienes culturales que legítimamente pertenecían al pueblo griego). Pese a ello, la

1.1. Fenomenología de la criminalidad relacionada a los objetos culturales

Según algunos autores⁵, el tráfico ilícito de bienes culturales comenzó mediante saqueos y pillajes de una nación a otra. Luego, a lo largo de la historia y a medida que los bienes culturales adquirían un mayor valor, no sólo por su peculiaridad sino también como efecto de un aumento de la demanda sobre estos objetos, el robo de bienes culturales fue perfeccionándose en tales dimensiones que se ha convertido en nuestros días en una especialidad del *crimen organizado*. RIVERA DÍAZ expresa que «la aparición de la figura del intermediario fue un síntoma inequívoco de ello»⁶. En la actualidad, existen numerosas organizaciones dedicadas al hurto, a la reducción de obras de arte, al robo y al tráfico ilícito de bienes culturales.

Sin embargo, otros autores distinguen históricamente dos etapas bien marcadas⁷. En un comienzo, fueron los intelectuales quienes estaban interesados por el patrimonio cultural y lo *salvaban* de las guerras y de los consecuentes saqueos que normalmente se verificaban en los pueblos menos *civilizados*. Luego, con el marcado incremento del valor de dichas mercancías en el mercado sumado al aumento de la demanda, trajo como consecuencia el nacimiento de un verdadero comercio altamente organizado, a tal punto, que en nuestros días se dice que «valdría más de un billón de dólares al año, lo que lo hace ocupar un segundo lugar en valor monetario directamente después del negocio de las drogas»⁸.

Desde un punto de vista criminológico, podemos decir que el tráfico ilícito de bienes culturales constituye el último y más importante eslabón de una cadena delictiva que se

respuesta fue negativa. Actualmente, el país griego ha venido reclamando internacionalmente desde el año 1984, aunque sin éxito, la restitución de dichos bienes. Sin embargo, el Estado inglés todavía se niega a devolverlos con el argumento de que fueron adquiridos legalmente. (Vid. WALDEN, DAVID, “Invasores del Arca Cultural”, en *La prevención del tráfico de bienes culturales. Un manual de la UNESCO para la implementación de la Convención de 1970*, UNESCO, México, 1999, p. 80; URUEÑA ALVAREZ, RAFAELA, “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz” [en línea], en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, año 2004, n° 14, p. 252 y 253, <www.dialnet.es>, [Consulta: 1° de septiembre de 2008]; y RIVERA DÍAZ, Johanna, ob. cit., p. 20.

5 WALDEN, DAVID, “Invasores del arca cultural”, en ASKERUD, PERNILLE y CLÉMENT, ETIENNE, “*La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales. Un manual de la UNESCO para la implementación de la Convención de 1970*”, UNESCO, México, 1999, p. 80.

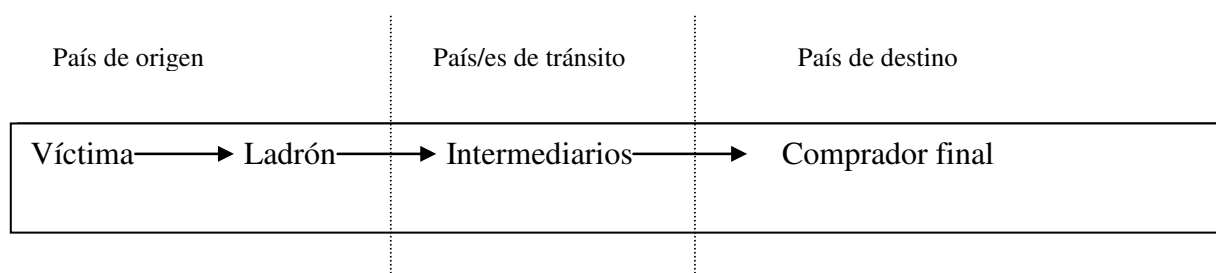
6 RIVERA DÍAZ, JOHANNA ANDREA, ob. cit., p. 14.

7 Por ej. EYO EKPO OKPO, “Una amenaza en contra de los tesoros del arte nacional”, en ASKERUD, PERNILLE y CLÉMENT, ETIENNE, ob. cit., p. 83.

8 WALDEN, DAVID, ob. cit., p. 82 y ASKERUD y CLÉMENT, ob. cit., p. 28. Incluso el autor citado en primer término, va aún más allá y sostiene que en muchas ocasiones el tráfico de bienes culturales está ligado al comercio de las drogas, pues provee un medio fácil para el lavado, es decir, para encubrir las grandes ganancias en efectivo adquiridas por el tráfico de estupefacientes.

caracteriza por una sucesión de actos ilícitos que comienzan, generalmente, por la reducción de una obra de arte o de una pieza arqueológica o paleontológica, pasando por su transferencia ilícita a otras personas, su traslado en forma legal o ilegal desde uno o hacia varios Estados, sin poder llegar a determinarse la procedencia cierta del objeto cultural, para finalmente, ser adquirido por un comprador o coleccionista a un precio muy elevado, quien puede llegar a ser de buena o de mala fe.

Según RIVERA DÍAZ, es «raro que un objeto robado que sea importante se encuentre dentro del país donde se cometió el robo. Por este motivo, la policía debe moverse a escala internacional para la recuperación de objetos»⁹. Sin embargo, los esfuerzos en tal sentido no siempre —o casi nunca— rinden sus frutos¹⁰ porque «para el Estado de donde proviene la pieza, resultará casi imposible repatriar los objetos culturales una vez que han sido sacados del país, incluso es usualmente todavía más difícil para los Estados en vías de desarrollo custodiar completamente las fronteras y prevenir su salida.»¹¹ Otra cuestión que incide también a este respecto, es que aún cuando «la policía se tope con colecciones de objetos evidentemente robados, la falta de descripción objetiva y la documentación apropiada de su propietario vuelven casi imposible reconstruir el legítimo propietario y a veces, para empezar hasta resulta imposible probar que tales objetos fueron sustraídos».¹² Siguiendo a RIVERA DÍAZ, el tráfico, en sentido amplio, puede encausarse según lo mostramos en el gráfico siguiente:



Al igual que otras numerosas actividades ilícitas que implican la idea de tráfico, como lo son, v.gr., el tráfico de estupefacientes o de personas, los países industrializados más poderosos del planeta son los que *importan* los bienes culturales obtenidos ilícitamente y de

⁹ RIVERA DÍAZ, JOHANNA ANDREA, ob. cit., p. 27.

¹⁰ Según WALDEN, DAVID, ob. cit., p. 82, «La INTERPOL informa que solo un 12% del arte robado se recupera, y la mayoría de estos objetos se recuperan en el mismo país en el que el robo tuvo lugar [lo] que quiere decir que el 88% de los objetos señalados como robados nunca se recuperan.»

¹¹ O'KEEFE, PATRICK J., *Feasibility of an international code of ethics for dealers in cultural property for the purpose of more effective control of illicit traffic in cultural property*, [en línea], UNESCO, París, 1994, p. 12.

¹² PERNILLE, ASKERUD – CLÉMENT, ETIENNE, ob. cit., p. 22.

otro costado, las naciones subdesarrolladas más pobres —generalmente portadoras de un gran acervo cultural— son las que *exportan* dichos objetos¹³. ¡Qué curioso y paradójico que los países con mayor riqueza cultural y por ende, objeto de expoliaciones y saqueos por parte de codiciosos y aviesos coleccionistas, sean por lo general los países más pobres de nuestra comunidad internacional!

Otro factor relevante a considerar en el exponencial aumento de la demanda de objetos culturales lo constituye la evolución de los ingresos que han evidenciado las casas de subastas más importantes del mundo, como lo son Sotheby y Christies. Según ASKERUD y CLÉMENT¹⁴, Sotheby generó en el año 1979-80 £241,8 millones y en el año 1989-90 sus ingresos crecieron más de un 800% hasta £1.960 millones. En igual sentido, Christies experimentó ingresos en el año 1979-80 de U\$S24,84 millones, incrementándose en casi U\$S178 millones en 1990.

Pese a todo lo afirmado precedentemente, EKPO OKPO EYO, con gran claridad nos explica que muchos se oponen a la idea de restringir el movimiento de obras de arte con el argumento de que «cualquier producto de un creador por lo general pertenece a la humanidad»¹⁵. Sin embargo, agrega el autor citado que si bien dicha afirmación parece convincente, a poco que se observe su aplicación a casos reales, se verá que «es imposible contemplar la Mona Lisa de Leonardo en Lagos o en Accra».¹⁶

De allí, que según la UNESCO la realidad del comercio del arte y la cultura de los pueblos nos muestra que migra desde Sud y Centroamérica, Europa del Este, Asia, Medio Oriente y África hacia los países centrales, principalmente a Estados Unidos, Canadá y Europa.

1.2. El patrimonio cultural. Concepto y clasificación

Hecha esta breve introducción sobre el problema de la criminalidad referida al tráfico ilícito de bienes culturales, adelantamos nuestra opinión en el sentido de que no hay duda que el patrimonio cultural no sólo merece ser objeto de tutela por parte del Derecho en general, sino, en particular, por el Derecho penal que merced a los principios de *ultima ratio*, de

¹³ ASKERUD, PERNILLE y CLÉMENT, ETIENNE, ob. cit., p. 25 y RIVERA DÍAZ, JOHANNA, ANDREA, ob. cit., p. 90.

¹⁴ Ob. cit., ibídem.

¹⁵ EYO, EKPO OKPO, “Una amenaza en contra de los tesoros del arte nacional”, en ASKERUD, PERNILLE y CLÉMENT, ETIENNE, ob. cit., p. 83.

¹⁶ Ibídem.

fragmentariedad, de *lesividad* y de *ofensividad*, debe castigar sólo aquellas conductas que sean las más graves y disvaliosas para el patrimonio cultural.

Pero antes de ingresar en el análisis de la cuestión penal, creemos oportuno efectuar algunas precisiones respecto del concepto de *patrimonio*. Cuadra aquí decir que no debe confundirse este término con la acepción utilizada por el Código Civil argentino, que se refiere a aquél como el conjunto de bienes de una persona¹⁷, sino que aquí será utilizado en otro sentido. Patrimonio constituye, por un lado, una definición mas amplia que la que nos brinda el Derecho civil, porque está vinculada «con la tradicional de origen latino de conjunto de bienes heredados de los padres, en sentido lato»¹⁸ y, por otro lado, para resaltar que «ese patrimonio debe ser preservado para otras personas presentes y futuras, lo que impone cargas y deberes que restringe su disponibilidad»¹⁹.

Ahora bien, la voz patrimonio puede, a su vez, clasificarse²⁰ en *natural* y *cultural*, entendiendo al primero como «aquellos monumentos naturales, formaciones geológicas, lugares y paisajes naturales que tienen un valor relevante desde un punto de vista estético, científico y/o medioambiental»²¹. En tanto que el patrimonio cultural hace referencia a aquellas creaciones del hombre a las que se otorga una especial importancia histórica, científica, simbólica o estética; es la herencia recibida de los antepasados y un legado que se deja a las generaciones futuras.²²

La UNESCO, organismo creado en el marco de la ONU y que tiene por misión, entre otros importantes cometidos, la protección del patrimonio cultural a nivel internacional, enunció el concepto de patrimonio cultural en la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales de 1970. Lo definió como aquella propiedad que para

17 El art. 2312, 2ª parte del Código Civil establece: “El conjunto de bienes de una persona constituye su *patrimonio*”.

18 VALLS, MARIO F., “Nuevos criterios para la protección del patrimonio arqueológico y paleontológico en la nueva ley 25.743” [en línea], en “*elDial.com – Biblioteca Jurídica Online*”, < www.eldial.com.ar >, [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2008], p.1; el mismo concepto también es expuesto en VALLS, MARIO F., “Patrimonio Cultural Inmaterial. Una nueva categoría jurídica de bienes”, [en línea], en “*elDial.com – Biblioteca Jurídica Online*”, < www.eldial.com.ar >, [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2008], p. 3.

19 MORAND DEVILLER, JACQUELINE, *Le Droit de l' Environnement*, Press Universitaires de France, Paris, 1996, p. 67, citado por VALLS, MARIO F., ob. cit. p. 1.

20 Dicha clasificación surge de los arts. 1 y 2 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobada en París, en 1972, en la 17ª Reunión de la Conferencia General de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Ratificada por nuestro país por ley 21.836, sancionada el 6 de julio de 1978 y publicada el 14 del mismo mes y año.

21 PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, *Preservación del Patrimonio Cultural*, Colección de Derechos Humanos y Justicia, n° 7, Advocatus, Córdoba, Argentina, 2005, p. 257.

22 Ibídem.

cada Estado, con base en motivos religiosos o seculares, posee valor arqueológico, prehistórico, literario, artístico o científico (art.1). Pero la valoración que cada sociedad o Estado haga respecto de lo que entiende por patrimonio cultural es relativa. Incluso históricamente, su noción es y ha sido siempre cambiante y fluctuante.²³

El patrimonio *cultural* puede ser clasificado según su materialidad, es decir si es susceptible o no de apropiación, en *tangible e intangible*. El primero se subclasifica, a su vez, en *muebles e inmuebles*. Son bienes *muebles tangibles* aquellos objetos que pueden ser trasladados de un lugar a otro, comprendiendo en este caso los objetos arqueológicos, históricos, artísticos, etnográficos y tecnológicos, religiosos y aquellos de origen artesanal o folklórico que constituyen colecciones importantes para las ciencias, la historia, el arte y la conservación de la diversidad cultural del país. En cambio, son bienes *inmuebles tangibles* aquellos que no pueden trasladarse desde un lugar a otro, sea por su estructura o porque se hallen unidos al suelo e incluye los lugares, sitios, edificaciones, obras de ingeniería, conjuntos arquitectónicos, de interés o valor relevante desde el punto de vista arquitectónico, arqueológico, histórico, artístico o científico.

De otro costado, forma el patrimonio cultural *intangible* la parte invisible que reside en el espíritu mismo de las culturas y se define como el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social. Ejemplos de bienes intangibles son los ritos, las costumbres, la religiosidad de un pueblo, etc. Recientemente, en el ámbito de la UNESCO se suscribió la Convención para la

23 LLULL PEÑALBA, JOSUÉ, ob. cit., pp. 177-206. Para este autor, en la Antigüedad el patrimonio cultural era signo de riqueza y con mayor frecuencia su fuente de obtención se asociaba a los botines de guerra. En la Edad Media, el legado cultural dejado por la civilización grecorromana se rememoró como un período glorioso, pero cercano, por lo que Occidente, y en especial la Iglesia, coleccionó y atesoró en sus templos, toda clase objetos culturales pertenecientes a aquella civilización, incluso los de carácter profano. En el Renacimiento, al verse como un legado ya lejano, su acumulación se asoció, en cambio, a la idea de un hombre culto y protector de las artes (por lo general los monarcas), de modo que su conocimiento y gozo quedaba sólo circunscrito a las clases sociales más acomodadas. En la Edad Contemporánea, producto de la secularización y universalización de la cultura, si bien existía un concepto todavía altamente elitista, se pasó a la creación de los museos, indicadores de la riqueza cultural de una Nación (el primero en Europa fue el Louvre, en 1793), concibiéndose en esta etapa a la cultura como digno de institucionalización en beneficio del interés general. En la era del Romanticismo comenzó a pergeñarse un concepto vinculado a lo emocional entre las personas y su pasado artístico, como base del espíritu nacional de los pueblos. Esta concepción condujo paulatinamente a un concepto de patrimonio cultural como perteneciente a la Humanidad. Con el advenimiento del Liberalismo se pretendió pasar de un concepto elitista, a uno de tipo popular, en donde la preocupación de los gobiernos liberales era que toda la población tuviera acceso y conocimiento a la cultura. Pero es recién a partir del siglo XX donde el patrimonio es considerado una herencia común y un derecho inalienable de toda la sociedad. Actualmente, producto de la labor de los organismos internacionales una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, en especial por la UNESCO, la cultura adquiere plena significación social y democrática.

Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial²⁴, definiéndolo en el art. 2 como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos y artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.”

Sin perjuicio de lo anterior, destacamos que no todos los autores se muestran conformes con la clasificación entre bienes materiales e inmateriales, porque sostienen que la «distinción entre bienes culturales y obras del ingenio está apoyada en una concepción tradicional, hoy superada, del patrimonio histórico»²⁵. El citado autor español remarca que el «bien cultural no se identifica ya con una cosa apropiable (bien mueble o inmueble en el sentido patrimonial del Código Civil), sino con varias entre las que puede haber discontinuidad física como dominical. La identidad del bien cultural, que lo diferencia de las cosas y/o los bienes patrimoniales viene dada por su valor.»²⁶ En definitiva, es cierto que muchas veces el valor cultural no está en el objeto mismo, sino en la inmaterialidad que éste representa²⁷, aunque no es menos exacto que otras veces el objeto y lo representado en él resulta inescindible²⁸. Finalmente, puede ocurrir, en cambio, que la inmaterialidad se exterioriza sin necesidad de un soporte que le sirva de base, como lo es por ej. un rito, una costumbre. No obstante ello, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en su Preámbulo reconoce la “profunda interdependencia que existe entre el patrimonio cultural inmaterial y el patrimonio material cultural y natural”.

Pero a nuestro juicio, las clasificaciones que se emplean para dividir distintos universos no son falsas ni verdaderas, sino más bien útiles o inútiles. Por lo tanto, a los fines del presente trabajo entendemos que la distinción entre bienes culturales materiales e inmateriales, resulta conveniente para delimitar jurídico-penalmente el objeto de tutela.

En síntesis, podemos clasificar al patrimonio en sentido lato, tal como lo mostramos en el siguiente cuadro.

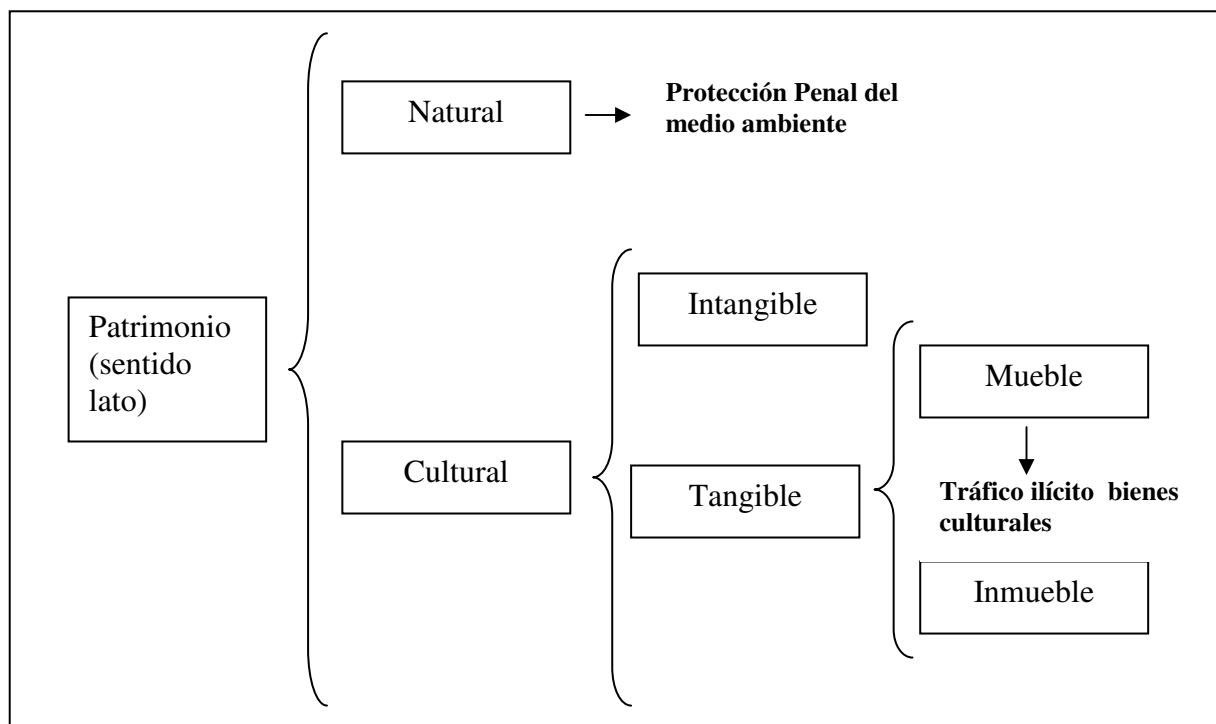
24 Aprobada en la 32ª reunión de Conferencia General de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, celebrada en París en el año 2003, ratificada por Ley 26.118 sancionada el 25 de julio de 2006 y promulgada el 25 de ese mismo mes y año.

25 VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, “La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial”, p. 94, [en línea], <www.dialnet.es>, [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2008].

26 VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, ob. cit., p. 94.

27 Piénsese en las obras literarias, filosóficas o científicas, en donde para ellas la cosa es un mero instrumento de reproducción dirigido a la circulación física.

28 Como por ejemplo una pintura o una escultura.



1.2. El concepto de tráfico

En virtud de esta clasificación, debe quedar bien en claro que nuestro objeto de estudio, será principalmente el patrimonio cultural compuesto de bienes muebles tangibles o materiales, porque sólo ellos pueden ser objeto del tráfico ilícito de bienes culturales. Sin embargo, el concepto de bien mueble no puede concebirse de modo rígido, pues también adquirirá tal calidad un objeto que, aunque haya formado parte de un bien inmueble, por su valor cultural, sea extraído y trasladado a otro ámbito que le es ajeno.

Lo expresado en este último sentido, nos obliga a aproximarnos a un concepto de *tráfico ilícito*. Al respecto, la doctrina reconoce que resulta sumamente difícil determinar cuáles son las materialidades o conductas que quedan atrapadas dentro del concepto de tráfico ilícito²⁹. Así podría decirse que existe un concepto *amplio* de tráfico, comprensivo del saqueo, las excavaciones clandestinas, las transferencias ilícitas, la exportación ilegal, etc.³⁰

Desde una perspectiva *estricta*, que aquí propugnamos, podemos definirlo como el *traslado transfronterizo de objetos o piezas de valor cultural relevantes para una sociedad*

²⁹ O'KEEFE, PATRICK J., ob. cit., p. 7.

³⁰ Cfr. O'KEEFE, PATRICK J., ob. cit., p. 7 y ss.

*determinada, desde un Estado hacia otro o varios Estados, realizado en violación a las leyes internas e internacionales. A nuestro juicio, es presupuesto esencial del concepto de tráfico, que dichos bienes egresen fuera de los límites políticos de uno o varios Estados pues, la mayoría de las veces, la realidad demuestra y ha demostrado, que es improbable que un bien robado a una comunidad se encuentre dentro del país donde se perpetró el mismo.*³¹

Sin embargo, debe hacerse hincapié en que el tráfico ilícito no es la única agresión a la que puede ser sometido un objeto cultural, ya que existen otras formas de menoscabarlo, como, por ejemplo, pueden ser el daño, el robo, el hurto, etc., figuras éstas que en general —aunque no necesariamente— pueden constituir una etapa previa del delito de tráfico propiamente dicho.

§2. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL

En el espectro jurídico donde más desarrollo se ha observado con relación a la protección penal del patrimonio cultural, ha sido en la esfera internacional. La organización que más se ha ocupado de esta problemática ha sido la UNESCO, organismo que actúa dentro de la órbita de la Organización de Naciones Unidas y que tiene por principal misión la defensa de la cultura, la educación y la ciencia. Destacamos, que aún dentro de este ámbito, la protección del patrimonio cultural tiene una diferente regulación según se trate de tiempos de guerra o de paz, aunque como lo esbozaremos seguidamente la defensa del patrimonio cultural comenzó a ser regulada en el derecho de la guerra.

2.1. En tiempos de guerra

En el ámbito internacional, la cultura como bien jurídico digno de protección comenzó —embrionariamente— a gestarse recién a principios del siglo XX cuando los Estados decidieron regular la actividad de la guerra. Es que «hasta el siglo XIX los bienes culturales no fueron objeto de ninguna reglamentación internacional, entre otras cosas porque no se distinguía entre objetivos militares y civiles y así los bienes del enemigo pasaban a ser un

31 RIVERA DÍAZ, JOHANNA ANDREA, ob. cit., p. 27.

botín de guerra para el vencedor, cuando no se destruía por actos vandálicos»³². Los primeros instrumentos internacionales en hacerlo, fueron la I y II Conferencia Internacional de Paz de la Haya de 1899 y 1907, de cuyo articulado emergen sólo disposiciones genéricas y aisladas en materia de protección de los bienes culturales³³. Si bien dichas convenciones importaron un serio avance en la salvaguarda del patrimonio cultural, sólo se aplicaban en caso de guerra y no en otros conflictos armados en los que no hubiera mediado previa declaración formal de guerra³⁴.

Años después de la devastación humana, moral y cultural que significó la segunda conflagración mundial y luego de una ardua y encomiable labor por parte de la UNESCO, se culminó en el año 1954 con la firma de la Convención de Naciones Unidas para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado³⁵, la cual se encargó específicamente de la protección del patrimonio cultural y se destacó porque en el art. 1º ya definía el concepto de bienes culturales.³⁶ Esta Convención mejoraba respecto de las celebradas en La Haya en 1899 y 1907 porque de conformidad a los arts. 18 y 19 no sólo se aplica en caso de guerra sino, además, en cualquier otro tipo de conflicto armado —sea éste o no de carácter internacional—, y aún cuando otro Estado parte negase el estado de guerra o cuando la ocupación de un Estado sobre todo o parte de un territorio no encuentre ninguna resistencia militar. No obstante ello, pecaba por defecto porque no incluía disposiciones relativas a la restitución o exportación ilegal. Esto motivó que se añadiera el Protocolo de 1954, cuyo art.

32 URUEÑA ALVAREZ, RAFAELA, “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz” [en línea], en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, año 2004, n° 14, p. 252 y 253, <www.dialnet.es>, [Consulta: 1º de septiembre de 2008].

33 Así el art. 27 del Reglamento de la IV Convención de 1907 dispuso que “en los asedios y bombardeos, se adoptarán las medidas necesarias para evitar en lo posible daños a los edificios destinados al *culto*, a las *artes*, ciencias y beneficencia, a los *monumentos históricos*, hospitales y sitios donde se agrupen enfermos y heridos, con la condición de que no sean empleados al mismo tiempo con una finalidad militar”. Asimismo en el art. 56 del citado Reglamento se vuelve a hacer referencia a la salvaguarda de los bienes culturales cuando se dispone que “los bienes comunales, los de establecimiento consagrados al *culto*, a la caridad, a la enseñanza, a las *artes*, a las ciencias, aunque pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada. Se prohíbe y se perseguirá todo embargo, destrucción o degradación internacional de dichos establecimientos, *monumentos históricos*, obras de *arte* y científicas.” Finalmente el art. 5 del mismo instrumento prevé que “En el bombardeo por las fuerzas navales, el comandante adoptará todas las precauciones necesarias para respetar, hasta donde sea posible, los edificios destinados al *culto*, al *arte*, a las ciencias, a la beneficencia, los *monumentos históricos*, hospitales y lugares en que estén alojados enfermos o heridos, siempre que al mismo tiempo no se empleen para fines militares.”

34 URUEÑA ALVAREZ, RAFAELA, ob. cit., p. 253.

35 Ratificada por nuestro país por ley 23.618, sancionada el 28 de septiembre de 1988 y publicada el 1º de diciembre de ese año.

36 Para dicho instrumento no sólo eran tales los “bienes, muebles o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos” sino aquellos “edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles”.

1º obliga a los Estados contratantes a impedir la exportación de bienes culturales pertenecientes a un territorio ocupado durante un conflicto armado.

En el año 1999 se firmó el Segundo Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, el cual establece que en el supuesto de una violación a sus disposiciones, traerá como consecuencia la responsabilidad penal individual de sus autores y cómplices. Así, el art. 15 amén de incluir expresamente tipos penales destinados a proteger el patrimonio cultural, como el ataque, la destrucción, el robo, el saqueo o el uso indebido de bienes culturales, obliga a los Estados partes a tomar todas las medidas necesarias para tipificar y castigar penalmente tales conductas. Debe resaltarse también que el art. 21 del Protocolo bajo análisis insta a los Estados a que adopten medidas legislativas disciplinarias o administrativas para evitar toda exportación ilícita de bienes culturales. De esta última disposición se puede inferir que se deja sin sanción penal el tráfico ilícito, conducta que, a nuestro modo de ver, es más reprochable que las castigadas penalmente por el Protocolo.

Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia³⁷ que persigue el juzgamiento de serias violaciones a la ley internacional humanitaria cometidas en ese antiguo territorio³⁸, reconoce como competencia de dicho Tribunal los casos de “destrucción arbitraria de ciudades, la apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia, la educación o las artes y las ciencias, *monumentos históricos u obras de arte* y científicas o los daños deliberados a éstos, así como el pillaje de bienes públicos o privados” (art. 3).

Del mismo modo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁹ considera crímenes de guerra a “los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos siempre que no sean objetivos militares.”

2.2. En tiempos de paz

³⁷ Creado en Nueva York por Resolución 827/1993 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

³⁸ Al respecto, véase un completo desarrollo del tema en FIERRO, GUILLERMO J., *Ley penal y derecho internacional*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 188 y 273 y ss.

³⁹ Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas.

Una vez más, en el ámbito de la UNESCO, se firmó en 1970 la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales⁴⁰, cuya principal misión fue la de instar a los Estados a que controlen la exportación de bienes culturales con el objetivo de eliminar el tráfico ilícito.⁴¹

El art. 1 de esta Convención define los bienes culturales como “los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”. Seguidamente la misma disposición, enumera en una serie de categorías de bienes que se considerarán como parte del acervo cultural de un país.⁴² En lo que a normas represivas se refiere, la Convención para proteger el patrimonio cultural del flagelo del tráfico ilícito, obliga a los Estados partes a tomar medidas legislativas y reglamentarias que prohíban la exportación e importación de bienes culturales (art. 6.b. y 7.b.i), reprimiendo las importaciones, exportaciones y transferencias ilícitas (art. 5.a) y a decomisar y restituir al país

40 Aprobada en París por la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 16ª Reunión. Ratificada por nuestro país mediante ley 19.443, sancionada el 13 de noviembre de 1972 y publicada el 22 del mismo mes y año.

41 ASKERUD, PERNILLE y CLÉMENT, ETIENNE, ob. cit., p. 30. Aunque también debe hacerse referencia aquí al Convenio de Roma de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o exportados Ilícitamente de 1995, que establece un régimen jurídico referido a la restitución y devolución de bienes culturales, y el consiguiente reconocimiento del derecho a una indemnización para los compradores de buena fe que hayan adquirido bienes exportados ilícitamente. Esta Convención fue ratificada por nuestro país por ley 25.257, sancionada el 15 de junio de 2000 y publicada el 26 de julio de ese mismo año.

42 a. Las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;

b. Los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;

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

d. Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;

e. Antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;

f. El material etnológico;

g. Los bienes de interés artístico tales como:

i) Cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);

ii) Producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;

iii) Grabados, estampas y litografías originales;

iv) Conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier material.

h. Manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;

i. Sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;

j. Archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;

k. Objeto de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.

de origen, todo bien cultural robado e importado ilegalmente (art. 7.b.ii). Asimismo, se constriñe a los Estados partes a imponer sanciones tanto penales como administrativas para quienes infrinjan dichas prohibiciones.

En el marco de la Organización de Estados Americanos, en el año 1976 se elaboró la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico (más conocida como Convención de San Salvador)⁴³. Debemos poner de resalto, que el art. 2, al definir los bienes culturales objeto de protección, distingue, según su procedencia, aquellos objetos pertenecientes a las civilizaciones anteriores a la conquista europea de los provenientes de los pueblos originarios; y desde un punto de vista temporal divide aquellos bienes culturales de origen anterior y posterior a 1850.⁴⁴ Para lograr una eficaz protección del patrimonio cultural en nuestro continente, la citada Convención, entre otras medidas, obliga a los estados a que tomen medidas tendientes a prevenir y reprimir el tráfico ilícito (art. 10), como así también facilitar la extradición de los responsables por delitos cometidos contra el patrimonio cultural. (art. 14).

§3. RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO

3.1. La Constitución Nacional

Ya hemos pasado revista de las normas internacionales que tutelan el patrimonio cultural. Seguidamente analizaremos en qué medida y hasta qué punto nuestro derecho interno se ha hecho eco del prolífico desarrollo evidenciado en el plano internacional en materia de protección del patrimonio cultural.

43 Aprobada en Washington en el Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General por la Resolución AG/RES. 210 (VI-O/76), el 16 de junio de 1976. Ratificada por nuestro país mediante ley 25.568, promulgada el 10 de abril de 2002 y publicada el 7 de mayo de ese año.

44 a) monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas;

b) monumentos, edificios, objetos artísticos, utilitarios, etnológicos, íntegros o desmembrados, de la época colonial, así como los correspondientes al siglo XIX;

c) bibliotecas y archivos; incunables y manuscritos; libros y otras publicaciones, iconografías, mapas y documentos editados hasta el año 1850;

d) todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados Partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención.

En general se observa que nuestro ordenamiento interno no contenía disposiciones de carácter penal que protegieran esencialmente el patrimonio cultural, sino que se caracterizaba por un conjunto de tipos penales dispersos en el Código Penal y en leyes especiales que tangencialmente, indirectamente, hacían referencia a la protección de bienes de naturaleza cultural, pero como un menoscabo a otros bienes jurídicos distintos del patrimonio cultural (v.gr. la propiedad privada, la seguridad pública, etc.).

A partir de la reforma constitucional de 1994, un nuevo paradigma vino a condicionar la protección del patrimonio cultural al consagrarlo como un derecho social, aunque sólo hizo una breve mención de él. El art. 41, 2º párrafo, instituyó los denominados intereses difusos o colectivos dentro del Capítulo Segundo, titulado “Nuevos derechos y garantías”, incluyendo allí la protección del patrimonio cultural como una de sus premisas fundamentales al establecer que “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho... a la utilización de los recursos naturales, a la *preservación del patrimonio cultural* y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”. En concordancia con el citado art. 41 de la Constitución Nacional, el art. 75 inc. 19, última parte, del mismo cuerpo legal, establece que el Congreso de la Nación tiene la facultad de “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

A ello se agrega que la última reforma constitucional también dio cumplimiento a compromisos internacionales ya asumidos al incorporar una serie de tratados internacionales a los cuales les otorgó igual jerarquía que la ley fundamental. En efecto, entre otros valiosos instrumentos, el art. 75 inc. 22, receptó el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁵ en cuyo art. 15.1 insta a los Estados partes al reconocimiento del derecho que tiene toda persona de *participar en la vida cultural* y para asegurar el ejercicio de ese derecho, les obliga en el art. 15.2 a adoptar las medidas necesarias para la *conservación* de la cultura.

3.2. La ley 9080⁴⁶ sobre Ruinas y Yacimientos Arqueológicos y Paleontológicos

45 Adoptado por resolución nº 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva Cork, 1966. Este Tratado ya había sido incorporado a nuestro derecho interno, luego del retorno a la democracia en el año 1983, a través de la ley 23.313.

46 ADLA 1889-1919, p. 888, sancionada el 26 de febrero de 1913.

Antes de la reforma constitucional ya existían desde hace mucho tiempo normas que intentaban dar protección a los bienes culturales. Tal es el caso de la antigua ley 9080 que aunque no contenía sanciones de ninguna naturaleza, fue la primera regulación nacional con que contó nuestro país relativo a la protección del patrimonio arqueológico y paleontológico. Esta ley hace hincapié en la naturaleza de dominio público que se le atribuye a dichos bienes. Así, el art. 1 declara de propiedad de la Nación, las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico. Sin embargo, el art. 7 pareciera entrar en contradicción con la disposición anterior, pues en ésta se dispone que el Estado podrá expropiar los objetos arqueológicos, antropológicos y paleontológicos que se hallen en poder de particulares y que estime necesarios para el enriquecimiento de los museos nacionales. Entonces, si estos bienes pueden expropiarse es porque se reconoce que pertenecen al dominio privado de los particulares.

La cuestión era entonces dilucidar cómo se armonizaba el art. 1 que consagra el dominio público de esta clase de bienes, con el art. 7 que dispone su expropiabilidad. De allí surgieron dos posturas diferentes. Una tesis *amplia* sostiene que el supuesto choque entre ambas disposiciones debe interpretarse en el sentido de que la riqueza arqueológica y paleontológica puede incorporarse al dominio privado, en tanto carezca de interés científico para el Estado (art. 1), pues no todos los objetos comprendidos poseen un valor científico relevante. Y aunque sí lo poseyeran, podrían expropiárselos siempre y cuando se los estime necesarios para el enriquecimiento de los museos nacionales (art. 7).

La tesis *estricta*, hoy prevaleciente, estima que la finalidad de la ley 9080 fue, por un lado, instaurar el dominio público de los yacimientos arqueológicos y paleontológicos, pero por otro lado, reconocer la propiedad privada de las piezas adquiridas con anterioridad al dictado de la ley, de manera de no consagrar su dominio público retroactivamente.⁴⁷ Por tanto, la ley reconoce que los bienes adquiridos con anterioridad a la sanción de la ley pertenecen a los particulares y, por ende, pueden ser objeto de expropiación (art. 7); en tanto que las habidas con posterioridad pertenecen al Estado y, en consecuencia, pasibles de decomiso.

Pese a todo, la discusión quedó zanjada no sólo con la reforma del Código Civil por Ley 17.711 del año 1968, en cuyo art. 2340 inc. 9 instituyó como pertenecientes al dominio

47 BERBERIÁN, EDUARDO, *La protección jurídica del patrimonio arqueológico en la República Argentina*, Comechingonia, Córdoba, 1992, p. 124 y mismo autor, *La protección del patrimonio cultural argentino arqueológico y paleontológico*, Editorial Brujas, Córdoba, 2009, pp. 73 y ss.

público del Estado a aquellas ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico, sino también con la sanción de la ley 25.743 sobre protección del patrimonio arqueológico y paleontológico en cuyo art. 9 dispone que éstos son del dominio público de la Nación, las Provincias o los Municipios, según el ámbito territorial en que se encuentren, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2339 y 2340 inc. 9º del Código Civil y 121 de la Constitución Nacional.⁴⁸

3.3. El Código penal y leyes especiales⁴⁹

3.3.1. *El Código Penal*

El Título VI, de los “Delitos contra la propiedad”, si bien no protege en forma directa el patrimonio cultural, lo hace, al menos, indirectamente frente a diversos ataques que pudieran menoscabarlo. En primer lugar, el art. 175 ubicado sistemáticamente dentro del Capítulo IV “Estafas y otras defraudaciones” —que regula lo que la doctrina denomina defraudaciones atenuadas—, en el inciso 1º castiga con pena de multa a quien “encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un *tesoro* y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil”.⁵⁰

En segundo lugar, inserto dentro del mismo Título, en el Capítulo VII “Daños”, el art. 184 inc. 5 del Código Penal contempla una figura agravada del delito básico de daño previsto en el art. 183, castigando a la destrucción, inutilización, desaparición o daño ejecutado, entre otras cosas, de archivos, registros bibliotecas, museos, tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos. En esta figura, se protegen los bienes culturales sólo en el sentido civilista del

48 Sobre esta cuestión, puede verse con mayor detalle BERBERIÁN, EDUARDO, *La protección del patrimonio cultural argentino arqueológico y paleontológico*, Editorial Brujas, Córdoba, 2009, pp. 73 a 81.

49 En este apartado sólo realizaremos un análisis meramente introductorio de las figuras penales que involucran la protección del patrimonio cultural, para mayor detalle puede verse GONELLA, CARLOS, *Protección penal del Patrimonio Cultural en el Código Penal y leyes especiales* (inédito). Del mismo autor, “La protección jurídica del patrimonio cultural en el código penal y leyes especiales” en TRONCOSO, MARÍA ELENA (dir.), *Políticas Culturales actuales —Reflexiones—*, La reforma, Córdoba, 2008, pp. 171 y ss.

50 La voz “tesoro”, empleada por Vélez Sársfield en el Código Civil en el art. 2551, hace referencia a “todo objeto que no tiene dueño conocido y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente”. Asimismo, el art. 2349 inc. 5º del mismo ordenamiento amplía dicha definición al establecer que son susceptibles de apropiación privada “los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentren sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memoria de quien sea su dueño”. Evidentemente, la protección que aquí se brinda no responde a un concepto de patrimonio cultural como el que ya hemos esbozado, sino que se refiere a la protección del derecho individual del propietario del suelo a que se le entregue la mitad del tesoro descubierto (art. 2556) (Vid. NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino – Parte Especial*, t. 4, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p. 410 y ss.).

término, sin embargo, creemos que como se trata de una agravante fundada en la distinta naturaleza de los bienes, se puede colegir que el mayor contenido de injusto radicaría en la especial naturaleza que importan dichos bienes para la sociedad y la cultura.

En tercer lugar, el Código Penal, dentro del Título VII de los “Delitos contra la Seguridad Pública”, Capítulo I “Incendio y otros estragos”, el art. 186 inc. 3 prevé como figura de peligro concreto y castiga a quien, al causar un incendio o estrago, pusiere en peligro, entre otros supuestos, un archivo público, biblioteca o museo. Como fácilmente puede advertirse, en este caso tampoco está protegido el patrimonio cultural considerado en sí mismo, sino una mera afectación a la seguridad pública.

3.3.2. *Leyes penales especiales*

Ya en el año 1940 nuestro país pretendió dar protección integral y específica al patrimonio cultural, cuando el legislador sancionó la ley 12.665 —que creó la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos— que castigaba penalmente a quienes infringieran dicha ley, mediante ocultamiento, destrucción, transferencias ilegales o exportación de documentos históricos, aunque previendo sólo una pena de multa (art. 8). Igual conducta típica y castigo se preveía en la ley 15.930 destinada a proteger los documentos públicos que forman parte del Archivo General de la Nación.

Pero como derivación de la última reforma constitucional, el Estado argentino con el objetivo no sólo de cumplir con los mandatos impuestos por nuestra Ley Fundamental, sino también con los compromisos internacionales asumidos, sancionó una serie de leyes que intentan dar una acabada protección penal del patrimonio cultural.

3.3.2.1. *La ley 24.633 sobre circulación internacional de obras de arte*⁵¹

Esta ley se ocupa de los requisitos que deben cumplirse para la importación y/o exportación de obras de arte de artistas vivos o fallecidos hasta 50 años a contar de la fecha del deceso del autor, sean argentinos o extranjeros, hechas a mano con o sin auxilio de instrumentos de realización o aplicación, incluyendo aerógrafos (art. 1).

Pese a que este régimen no contiene tipos penales frente a los incumplimientos que pudieran derivarse de él, entendemos que, en cualquier caso, resultará de aplicación las

⁵¹ Sancionada el 20 de marzo de 1996 y promulgada de hecho el 15 de abril de 1996.

disposiciones penales previstas en la ley 22.415, que luego serán analizadas con mayor profundidad.

3.3.2.2. *La ley 25.743 sobre protección del patrimonio arqueológico y paleontológico*⁵²

Hoy la protección estrictamente penal del patrimonio cultural ha encontrado recepción legislativa, aunque sea parcialmente, en la ley 25.743 la cual ha dispuesto, entre otras regulaciones, un catálogo de delitos (arts. 46 a 49) y de contravenciones (arts. 38 a 45).

Sin embargo, es oportuno aquí aclarar que los tipos e infracciones contenidos en dicha ley, sólo protegen el patrimonio arqueológico⁵³ y paleontológico⁵⁴, dejando fuera de su aplicación otras objetividades materiales que merecerían idéntica protección (v.gr. las obras de arte). Tal conclusión, se deduce de la propia ley por cuanto el art. 1 dispone que su objeto es la preservación, protección y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico como parte integrante del patrimonio cultural de la Nación.⁵⁵

No podemos dejar de decir, que de una simple lectura de algunos de los tipos penales contenidos en la ley (arts. 46 y 48), se deduce una no muy adecuada técnica legislativa, lo que en la práctica podría tornarlos inaplicables.

Son muchas las razones que avalan esta afirmación, pero sintéticamente podemos decir que estas figuras carecen de desvalor de resultado (que satisfaga el principio de lesividad), adolecen de un desvalor de acción (que responda a los principios de fragmentariedad y última ratio)⁵⁶ y no se han introducido en ellos elementos normativos que adelanten el juicio de la antijuridicidad. Respecto de esto último, repárese que el art. 39

⁵² Sancionada el 4 de junio de 2003 y promulgada el 25 del mismo mes y año, y reglamentada por el decreto 1321/97 (B.O. 12/12/97).

⁵³ El art. 2 lo define como “las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes.”

⁵⁴ El art. 2, 2º párr. lo define como “los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales.”

⁵⁵ Ese espíritu de la ley también se desprende del debate parlamentario. En la Cámara de Senadores de la Nación, 10º Reunión, 5º Sesión Ordinaria de fecha 4 de Junio de 2003, la senadora Perceval dijo que “prevenir el deterioro, la destrucción o la pérdida, sea por ignorancia, por desidia o por el ánimo de lucrar con estos bienes que integran el patrimonio de la Nación, es una responsabilidad del Estado. Estos hechos que se vienen sucediendo y acelerando en las últimas décadas muestran —y ha salido a la luz, a causa de diligencias judiciales—, un preocupante tráfico de los bienes arqueológicos y paleontológicos argentinos.”

⁵⁶ Sobre si el injusto exige sólo un desvalor de acción para su configuración o si además debe contener un desvalor de resultado, Cfr. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 318/326; CEREZO MIR, JOSÉ, *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires, 2008, pp. 463/467; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 383 y 466.

ubicado dentro del Título de las “Infracciones y Sanciones” contiene un elemento normativo al expresar “sin solicitar la correspondiente concesión ante la autoridad competente”, pero curiosamente el art. 46 ubicado dentro del Título de los “Delitos y sus penas”, que enuncia idénticas acciones típicas a las previstas en el art. 39, omite toda consideración respecto de elementos normativos que impliquen o bien la esencia misma de la antijuridicidad, o al menos, signifique un indicio de ésta, según la postura que se asuma a este respecto⁵⁷. ¡Pero en cualquier caso, la infracción administrativa prevista en el art. 39 tiene más exigencias típicas que el delito tipificado en el art. 46!

3.3.2.3. *La ley 22.415 (Código Aduanero)*

El referido cuerpo legal, dentro de la Sección XII “Disposiciones penales”, Título I “Delitos Aduaneros”, Capítulo I instituye el delito de contrabando (art. 863 y 864), y en el art. 865 inc. g) dentro de las agravantes de la figura simple, prevé los casos de contrabando de mercaderías cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta.

Cabe aclarar, que según el concepto estricto de tráfico ilícito de bienes culturales que ya hemos realizado, el contrabando sería por excelencia la figura penal destinada a evitar la entrada y salida ilegal de bienes culturales, aunque lo que se protege en esta ley no es el patrimonio cultural en sí mismo, sino el «el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones.»⁵⁸

Esta disposición que es ley penal en blanco —pues remite a otro régimen fuera del tipo que es el que determina cuándo una mercancía puede o no ser exportada o importada— debe en primer término, llenarse con lo que dispone el art. 610 inc. f) del mismo plexo normativo, ubicado dentro de la Sección VIII “Prohibiciones a la importación y a la exportación”, que establece como una de prohibiciones de carácter no económica⁵⁹ la protección del patrimonio artístico, histórico, arqueológico o científico.

⁵⁷ Sobre si el tipo es *ratio essendi* de la antijuricidad o, solamente un mero indicio de ésta, Cfr. ROXIN, CLAUS, ob. cit., pp. 284 y ss.

⁵⁸ Para un estudio profundo sobre el bien jurídico protegido en el delito de contrabando, Cfr. AROCENA, GUSTAVO, “Contrabando” [en línea]. *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, <<http://www.ciidpe.com.ar/area2/contrabando.pdf>> [Fecha de consulta: 21/07/2009.]

⁵⁹ Son aquellas «que se fundan en razones de seguridad pública o defensa nacional, de moral pública, de salud o conservación del patrimonio artístico, histórico, científico, etcétera.» (VIDAL ALBARRACÍN, HÉCTOR GUILLERMO, *Delitos aduaneros*, Mave, Corrientes, 2004, p. 333.

En segundo término, como dicha prohibición no es absoluta,⁶⁰ pues según el art. 626 la importación o la exportación en excepción a una prohibición puede ser autorizada bajo la condición del cumplimiento de determinadas obligaciones. Para poder hacerlo entonces y no quedar incurso en el delito de contrabando, deberemos obtener la autorización de los organismos competentes en la materia. Dichos órganos de control, variarán según la objetividad material de que se trate, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 5 y 55 de la ley 25.743, para el caso de traslado de objetos arqueológicos⁶¹ y paleontológicos⁶², y al art. 12 de la ley 24.633 cuando se trate de circulación de obras de arte.⁶³

Por donde se ve, esta cantidad de reenvíos que deben realizarse para llenar el tipo, constituyen remisiones o leyes penales en blanco de primer y segundo grado, respectivamente⁶⁴.

§4. BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO: EL PATRIMONIO CULTURAL

Aunque es dable reconocer el esfuerzo del legislador por proteger el patrimonio cultural, creemos que en esta materia no se ha logrado un régimen jurídico-penal armónico, coherente y sistemático. Como consecuencia de esto, se torna dificultoso identificar el bien jurídico tutelado. Lamentablemente, no contamos con normas específicas dentro del Código Penal que castiguen los atentados contra del patrimonio cultural, sino que todas las disposiciones de esta naturaleza se hallan diseminadas por todo el ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones.⁶⁵

60 Son prohibiciones absolutas aquellas que impiden a todas las personas la importación o la exportación de mercadería determinada (art. 611).

61 Cuyo organismo de aplicación es el Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano, dependiente de la Secretaría de Cultura de la Nación.

62 Cuyo organismo de aplicación es La Secretaría de Ciencia y Tecnología.

63 Cuyo organismo de aplicación es la Secretaría de Cultura de la Nación.

64 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa – Parte general*, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 247.

65 ARROYO ZAPATERO, LUIS y AAVV, *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed., iustel, 2007, p. 719 y ss. El Código Penal Español en el Título XVI “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, dentro del Capítulo II “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, prevé los delitos de derribo o alteración de edificios históricos (art. 321); de autorización indebida de derribo o alteración de los mismos por parte de los funcionarios públicos (art. 322); de daños sobre archivos, registros, museos, bibliotecas, o bienes de valor cultural (323); y el art. 324 que consagra la figura culposa de daño sobre tales objetos. De esta especial sistematización empleada por el Código Penal Español, se advierte que lo jurídico penal-mente protegido no es la propiedad privada sino el Patrimonio Histórico (Cfr. comentario al art. 323).

Esto impide discernir con claridad cuál es el bien jurídico protegido y, en definitiva, delimitar y conocer con mayor precisión qué conductas son merecedoras de reproche penal.

Partiendo del postulado de que el Derecho Penal tiene por liminar función la protección de bienes jurídicos, cabe antes que nada preguntarse si el patrimonio cultural merece ser tutelado por esta rama del ordenamiento jurídico y, en su caso, constatar, en base a las características esenciales que presenta la delincuencia que atenta contra el acervo cultural de una Nación, si desde el punto de vista metodológico podemos incluir esta forma de criminalidad como parte o no del Derecho penal económico.

Como ya lo hemos referido, del Código Penal y demás leyes penales especiales a las que hemos aludido, no se puede deducir una noción uniforme y única del bien jurídico penalmente tutelado por esas normas⁶⁶. En realidad, hemos advertido que la protección legal de objetos culturales, se reconduce actualmente, a través de la tutela de otros bienes jurídicos distintos y diversos del patrimonio cultural, como lo sería la propiedad privada, la seguridad pública, o el control aduanero.

Creemos, que de conformidad a los mandatos expresos que emergen y subyacen de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales suscriptos por nuestro país a los que ya hemos hecho referencia —además de los principios penales de mínima intervención, fragmentariedad, ultima ratio y ofensividad—, la existencia del bien jurídico *patrimonio cultural* existe y puede ser derivado de los postulados constitucionales.⁶⁷ Por lo tanto, a nuestro juicio, debería ser considerado como un bien jurídico de carácter autónomo, el cual

Empero ello, dentro de ese Título no está tipificado el tráfico ilícito de bienes culturales, sino que su previsión la hallamos dentro de la ley 16/1985 sobre “Patrimonio Histórico Nacional”, en cuyo art. 75 considera a la exportación de bienes culturales (no la importación) como delito o infracción de contrabando. Dicha ley contiene además una serie de infracciones administrativas cuando se atente contra el patrimonio cultural, arqueológico, paleontológico y etnográfico (art. 76). Cfr. ARROYO ZAPATERO, LUIS – DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO (dirs.) y AAVV, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2002, p. 535.

⁶⁶ Esta dificultad no sólo se observa por la deficiente técnica legislativa, sino por el hecho de que «el Derecho penal económico constituye quizá uno de los sectores de la Parte especial en que la utilización del concepto del bien jurídico es más ardua y problemática, toda vez que los objetos merecedores de tutela son más difíciles de aislar y recortar, al afectar a una serie de intereses de distinta naturaleza, con respecto a los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses «difusos» e intereses referidos a la comunidad considerada de forma unitaria.» (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa – Parte general*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 98).

⁶⁷ ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, 2ª ed., trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997, p. 55, sostiene que «[e]l punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.»

merecería especial tutela por parte del Derecho en general y, cuando se trate de las afectaciones más graves para la sociedad y los individuos, por el Derecho penal en particular.

A nuestro modo de ver y en lo que aquí interesa, es función del Estado salvaguardar el *patrimonio cultural* a través del ejercicio de su potestad punitiva. Si se entiende por patrimonio cultural al «conjunto de manifestaciones u objetos nacidos de la producción humana, que una sociedad ha recibido como herencia histórica, y que constituyen elementos significativos de su identidad como pueblo»⁶⁸, entonces lo que debe ser amparado por el Derecho penal es el derecho que tiene toda o parte de una sociedad determinada de conocer y gozar de su historia, su identidad y su cultura.

No debe perderse de vista, que cuando se priva a un sector de la comunidad de su riqueza cultural, se le quita toda posibilidad de conocerse a sí misma pues, la mayoría de las veces, sucede que cuando se saquea o trafica con bienes culturales representativos del devenir histórico de una civilización, especialmente arqueológicos y paleontológicos, éstos al ser profanados, expoliados sin las adecuadas metodologías y técnicas científicas, para luego ser vendidas a coleccionistas inescrupulosos, conlleva inexorablemente a que la pieza en cuestión quede totalmente descontextualizada, todo lo cual, conduce a alterar, sino a borrar, un importante pedazo de la riqueza histórica o cultural de una comunidad.

De esta suerte, el daño que se ocasiona a la sociedad es de tal magnitud, que el único medio eficaz y disuasivo frente a las conductas más graves que atentan contra el patrimonio cultural, sería recurrir a la vía penal.

Esta aproximación a la determinación del bien jurídico patrimonio cultural, no surge sólo de una mera elucubración *de lege ferenda*, sino fundamentalmente desde una hermenéutica *de lege lata*.

4.1. Su recepción constitucional

La reforma de 1994 marcó un antes y un después en nuestro derecho positivo argentino, al receptar los intereses de incidencia colectiva o difusos. No obstante aún antes de tamaña reforma, la doctrina y la jurisprudencia ya interpretaban que el patrimonio cultural se

⁶⁸ LLULL PEÑALBA, JOSUÉ, ob. cit. p. 181.

hallaba constitucionalmente protegido como un derecho implícito o no enumerado (art. 33 CN).⁶⁹

Con posterioridad a ella, se echó por tierra cualquier duda al respecto a tal punto que el patrimonio cultural no sólo ha pasado a convertirse expresamente en un derecho colectivo o de interés difuso, sino también en un derecho humano.⁷⁰

Cabe afirmar que a más de la explícita referencia realizada por el art. 41 de la CN, el art. 75 inc. 19, último párrafo, impone al legislador la obligación de dictar leyes —sin distinguir de qué naturaleza— tendientes a proteger la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras de autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales. En concordancia con en este concreto mandato dirigido hacia el legislador⁷¹, debe añadirse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elevado a rango constitucional en la reforma de marras (art. 75 inc. 22), el cual impuso al legislador la obligación de tomar todas las medidas necesarias que aseguren la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura a efectos de garantizar el pleno ejercicio del derecho a participar de la vida cultural (art. 15. aps. 1.a y 2).

De lo hasta aquí expuesto, a nuestro juicio, ya no puede sostenerse más el modo en que nuestro ordenamiento venía protegiendo el patrimonio cultural, es decir, como una afectación de otros derechos de naturaleza conexas, sino que a partir de la Constitución reformada, es menester y obligación del legislador proteger el patrimonio cultural considerándolo como un bien jurídico-penal de carácter supraindividual y autónomo.

69 Así en el caso “Vaggione, Rafael c. Provincia de Córdoba”, CCiv. y Com. 5ª Nom. de Córdoba, sentencia de fecha 12 de agosto de 1994, LLC, 1994-978, citando prestigiosa doctrina se considera el derecho a la preservación del patrimonio cultural como un derecho implícito o no enumerado por la Constitución Nacional.

70 En este sentido se ha expedido la jurisprudencia en el caso “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA”, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2006, LL, 2007-A, 550, al expresar que: “No hay duda de que el patrimonio cultural incluye al patrimonio histórico. Este último forma parte de los bienes que hacen posible la participación en la vida cultural. Su protección constituye un deber del Estado Nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la vigencia plena de los Derechos Humanos.”

71 Si bien es cierto que el art. 41 de la CN, al igual como ocurre en los delitos medio ambientales —con la única diferencia de que éstos sólo imponen al legislador un sistema reparatorio— en materia de protección de la cultura, no pareciera instituirse un mandato expreso de criminalización en favor del patrimonio cultural. Sobre la cuestión, Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL, “Consideraciones político-criminales y dogmáticas en torno de la Ley de residuos peligrosos”, en BALCARCE, FABIÁN (dir.), *Derecho Penal Económico – Parte Especial*, t. 2, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 255. Sin embargo, en nuestra opinión, el art. 75 inc. 19 de la CN, se distingue de la protección del medio ambiente, por cuanto se establece como una de las atribuciones del Congreso la de *dictar leyes* que protejan el patrimonio cultural, por lo que si bien el mandato de criminalización no es expreso, realizando una interpretación amplia del mismo, surge implícito que, si no se distingue en la referida cláusula de qué naturaleza son dichas normas también están incluidas las de naturaleza penal.

Creemos que la sanción de la ley 25.743, ya reseñada, ha sido un importante paso en ese sentido, aunque todavía es insuficiente para dar efectiva protección al patrimonio cultural.

Por lo expuesto, concluimos que sería propicia una eventual reforma del Código Penal que incluya un capítulo especial destinado a la protección del patrimonio cultural y, en especial, del tráfico ilícito.

4.2. Sus características. ¿Integra el Derecho penal económico?

Quizás desde una perspectiva criminológica el tráfico ilícito de bienes culturales no responda al concepto criminológico del *white collar crime* acuñado por SUTHERLAND, en el sentido de que éste se trata de «la violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional»⁷². De este modo, *prima facie* no se daría uno de los elementos esenciales de esa definición: La realización de conductas delictivas en el ejercicio de una profesión.

Sin embargo, la doctrina se ha dividido a partir de tal concepto según en qué elemento se ponga mayor énfasis. Algunos ponen el acento en clase social a la que pertenecen sus autores (delincuencia de caballeros), otros en la profesión que ejercen (delincuencia profesional) y por fin, otros lo hacen en el tipo actividad involucrada, la mercantil (delincuencia económica). Según BAJO y BACIGALUPO, el propio SUTHERLAND daba más importancia al último tipo de delincuencia y relegaba el resto de las profesiones, erigiendo así a la criminalidad económica como una subespecie de la de cuello blanco⁷³.

Con todo, creo que conforme a todo cuanto se ha dicho hasta ahora, el tráfico ilícito de bienes culturales, desde un análisis criminológico, no se adapta por completo al concepto de delincuencia económica. Si bien habría semejanza respecto de que, por lo general y en principio, sólo pueden obtener objetos culturales de forma ilícita aquéllos individuos que poseen un gran poder adquisitivo, de ello no se deriva necesariamente que este tipo de delincuencia surja con motivo o en razón de la actividad profesional.

72 BAJO, MIGUEL – BACIGALUPO, SILVINA, *Derecho Penal Económico*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 27. Sobre la evolución del concepto de criminalidad económica y sus diferentes posiciones, véase la síntesis de BOMBINI, GABRIEL, “La criminalidad económica como problema criminológico y político criminal” [en línea]. *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, <<http://www.ciidpe.com.ar/area4/Criminalidad%20economica.%20Bombini.pdf>> [Fecha de consulta: 21/07/2009.]

73 BAJO, MIGUEL – BACIGALUPO, SILVINA, ob. cit., p. 29

Por otro lado, desde un punto de vista amplio del concepto de Derecho penal económico⁷⁴, caracterizado por la inclusión de infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátase de intereses generales o de intereses de amplios sectores o grupos de personas⁷⁵, es cierto que los delitos contra el patrimonio cultural y, en especial el tráfico ilícito de bienes culturales, constituyen una de las derivaciones o formas del crimen organizado, de carácter transnacional, que genera para sus autores, como ya ha sido analizado, un lucro muy elevado, y que involucra también un altísimo número de víctimas. Desde esta concepción, podría pensarse entonces que es adecuado el tratamiento de estos delitos dentro de la esfera del denominado derecho penal económico.

Sin embargo, en nuestra opinión, aunque los delitos contra el patrimonio cultural —en especial el tráfico ilícito de bienes culturales— se asemejan a los delitos de carácter económico por cuanto, lo tutelado es de naturaleza *colectiva* o *supraindividual*, portadores del elemento *transnacional*, de *ofensa múltiple* y sus protagonistas forman parte usualmente del *crimen organizado*, nos animamos a aseverar que ni directa ni indirectamente afectan la economía de una región o un Estado, incluso por más que, desde el punto de vista económico, el tráfico ilícito de bienes culturales represente una actividad que genere cientos y cientos de millones de dólares al año.

Sostenemos entonces que si bien el tráfico ilícito de bienes culturales contiene varios de los elementos propios de un delito económico, su protección no viene dada por ese particular ámbito, sino por uno más trascendental: La protección de los Derechos Humanos. Vale decir, el derecho inalienable de una sociedad o comunidad de conocer y gozar de su identidad, su historia, sus valores culturales, sus costumbres, y de preservarlos para las generaciones presentes y futuras.

Como se ve, la nota tipificante es algo más que lo estrictamente económico, lo relevante es el aspecto social. Por tanto, la única posibilidad de poder incluir el tráfico ilícito de bienes culturales en esta particular subrama del Derecho penal, sería ampliando su

74 Al respecto, cfr. BALCARCE, FABIÁN, *Derecho Penal Económico – Parte General*, t. 1., Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 28; TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español y alemán)*, 1ª edición, PPU, Barcelona, 1993, p. 31 y ss; y

75 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa – Parte general*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 95.

contenido y, en vez de hacer referencia a un Derecho penal económico deberíamos recurrir a un Derecho penal *socio-económico* que englobe a ambos aspectos.⁷⁶

§5. CONCLUSIONES

1. El tráfico ilícito de bienes culturales constituye una de las actividades criminales económicamente más rentables, debido, entre otras causas, a la escasez u originalidad de tales objetos, a su gran demanda por parte de coleccionistas y, consecuentemente, a los elevados precios que se pagan por ellos.
2. Los bienes culturales migran desde los países “periféricos” hacia los “centrales”.
3. El concepto de patrimonio cultural no puede ser identificado con la tradición civilista que define al patrimonio como el conjunto de bienes de una persona, sino que debe ser entendido como aquellas creaciones del hombre a las que se otorga una especial importancia histórica, científica, simbólica o estética; es la herencia recibida de los antepasados y un legado que se deja a las generaciones futuras.
4. En sentido estricto, el tráfico ilícito de bienes culturales es el traslado transfronterizo de objetos o piezas de valor cultural relevantes para una sociedad determinada, desde un Estado hacia otro o varios, realizado en violación a las leyes internas e internacionales.
5. El tráfico ilícito de bienes culturales es una de las más graves afectaciones al patrimonio cultural de los pueblos, sin perjuicio de que existan otras acciones antijurídicas que también merezcan reproche penal.
6. En consecuencia, los mayores esfuerzos político-criminales deben centrarse en adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar la salida y entrada de bienes culturales desde y hacia nuestro país.

⁷⁶ En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, ob. cit., p. 138, quien al referirse a los delitos contra el patrimonio histórico y ordenación del territorio sostiene que «en tales delitos pueden apreciarse todos los restantes criterios que identifican la categoría autónoma del Derecho penal económico como verdadero subsistema de la Parte Especial. La divergencia reside únicamente, pues, en la *ausencia de una clara connotación económica* en la definición del bien jurídico técnicamente protegido.» (la cursiva nos pertenece). Sin embargo, para el citado autor, dicho obstáculo se puede superar «recurriendo al sencillo expediente de reemplazar la expresión *Derecho penal económico* por la de *Derecho penal socio-económico* [...] que permitiría aglutinar todos aquellos delitos en los que el contenido económico del objeto de protección no aparece en primer plano, pero que plantean los mismos problemas dogmáticos y político-criminales que ofrecen los genuinos delitos contra el orden económico.» (la cursiva es original).

7. Amén de los numerosos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país que brindan protección al patrimonio cultural, la Constitución Nacional, reformada en 1994, impone al legislador la obligación de disponer lo necesario para darle efectiva tutela, incluso desde la órbita del Derecho penal.
8. Sin embargo, la legislación interna argentina (v.gr. Código civil, leyes administrativas, Código penal, leyes especiales y complementarias) no protegen el patrimonio cultural como bien jurídico autónomo, sino que lo hace indirectamente como referencia a otros (propiedad individual, seguridad pública, control de las importaciones y exportaciones, etc.).
9. Si bien los tipos penales comprendidos en la ley 25.743, sobre protección penal del patrimonio arqueológico y paleontológico, significan un importante avance en la materia, su reducido ámbito de aplicación (al no estar incluidas las obras de arte) y, sobre todo, su deficiente construcción, trae aparejado numerosas dificultades en la efectiva punición de conductas merecedoras de reproche.
10. El bien jurídico protegido en el tráfico ilícito de bienes culturales es el derecho de toda sociedad o comunidad de conocer y gozar de su riqueza cultural, a la incolumidad de su historia y a preservarla para las generaciones presentes y futuras.
11. El tráfico ilícito de bienes culturales contiene todos los elementos propios del delito económico ya que ataca intereses supraindividuales, forma parte del crimen organizado, ofende multiplicidad de bienes jurídicos y, esencialmente, trasciende las fronteras nacionales.
12. Sin embargo, pese a ello, el tráfico ilícito de bienes culturales no integra el Derecho penal económico sino que forma parte de los derechos humanos, a no ser que se adscriba a un concepto más amplio de Derecho penal económico, es decir, *socio-económico*.