

PATRIMONIO CULTURAL N° 20

Suplemento de Novedades de Antropología

Análisis Crítico de la Obra de Eduardo E. Berberian “La Protección del Patrimonio Cultural Argentino”

Antonio Calabrese

Quien haya leído “La protección jurídica del patrimonio arqueológico en la República Argentina” (Ed. Comechingonia-1.992) del mismo autor, seguramente se sentirá decepcionado. Contrariamente, esta nueva obra no sólo no aclara ningún aspecto sobre la cuestión, sino, lo que es peor, trata de oscurecer. Y digo, “trata”, deliberadamente, porque esta intención del autor es indudable del principio al fin de la obra, lo que pone una gran distancia entre ambas. La crítica acérrima de la ley 25.743 le quita objetividad y desnuda un sentimiento de despecho del autor, según él mismo describe en la presentación e introducción del libro, tal vez porque los legisladores de la Nación le soltaron la mano y modificaron su proyecto original.

Debo decir a esta altura que esta ley, a pesar

de sus errores -que ya señalaremos- es muy superior no sólo al proyecto de Berberian sino a su propio pensamiento, al menos del que se infiere de esta obra. La evolución del derecho internacional, principalmente a partir de las convenciones multilaterales y los acuerdos bilaterales, de la legislación comparada en Latinoamérica y la lucha contra el depredador tráfico ilícito de bienes culturales en el que con éxito están inmersas las autoridades competentes, dejaron atrás muchos conceptos de Berberian.

Hay temas en los que se evidencia una increíble negación o desconocimiento de las normas jurídicas más elementales (páginas 102, 123, 128, 155, 161, 165, 198, 200), otros en los que comete, a nuestro criterio, gruesos errores de interpretación (páginas 100, 101,

106, 116, 118, 138/139, 141, 165, 200, 208), y por último algunos en los que el afán de criticar lo colocan en posiciones desairadas (páginas 86, 93, 94, 99), sin perjuicio de severas contradicciones, como ocurre en los capítulos destinados a las infracciones o los tipos penales (páginas 53, 93, 123, 128, 199).

Por ejemplo, y someramente, en la página 102 dice que el mismo criterio, o sea el decomiso que se aplica a los bienes no registrados en tiempo oportuno "...debería aplicarse en caso de que sean enajenados sin ofrecimiento previo de venta a dicho organismo..." lo cual resulta una obviedad, porque la venta es un delito sancionado por el art. 48 de la ley y si los bienes son de dominio público, según consta en el artículo 9, ningún juez los devolverá al delincuente sino a su propietario que es el Estado Nacional, Provincial o Municipal, según el caso. Asimismo, en la página 123 sostiene, de acuerdo con Bercaitz, (en nota a pie de página), que es posible la extinción del contrato de concesión "por motivos de interés público" y en la página 128 se "extraña" porque el decreto reglamentario sostiene que la autoridad de aplicación podrá denegar por razones de "...oportunidad, mérito y conveniencia..." el otorgamiento de una concesión, lo que está inspirado en los mismos principios que son además los que fundan entre otras cosas, el "jus variandi", permitido a la administración. Argumenta que da un poder discrecional al Estado, cuando en realidad, no hay acto administrativo posible sin la consideración de oportunidad, mérito y conveniencia. Estas calidades están ínsitas en todo acto administrativo y son parte de su naturaleza jurídica.

Referido a la rescisión de contratos en vías de ejecución o sea, en una situación más complicada que en la firma del otorgamiento de una concesión, Roberto Dromi (1.998: 350-351) dice que "la competencia rescisoria se aplica, no sólo en los supuestos de incumplimiento grave del contratista, sino además en los casos en que la rescisión unilateral se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, relativas al interés público". Establece por lo tanto que el interés público, o sea la oportunidad, el mérito y la conveniencia, es quien guía toda la actuación de la Administración del Estado. En el mismo sentido sostiene Rafael Bielsa (1.921, tomo 1: 216-217) "Pero si la autoridad administrativa modifica o extingue su decisión legalmente dictada, atendiendo a razones de conveniencia administrativa, de interés público en suma, tal apreciación es discrecional para la autoridad, y la revocatoria se dicta por razones de oportunidad."

De igual forma podríamos citar a todos los autores de derecho administrativo, uno a uno, que opinan sobre el tema de manera uniforme, conteste y sin discusión alguna, porque, en definitiva, la posición del Estado es siempre predominante debido a que el interés general prevalece en todos los casos sobre el interés individual cuando estos se contraponen.

Continuando con la lectura, en la página 155 emite otro juicio que, a nuestro criterio, desconoce otro principio elemental e inalienable del derecho público. Allí considera de "real importancia" (sic) un artículo que él había incluido en el proyecto del senador Solana y que después fue correctamente suprimido por los legisladores. Este artículo permitía al Estado, mediante ley especial que declare la utilidad

pública, la expropiación de terrenos particulares (se refiere a inmuebles) en los que se encuentren vestigios arqueológicos o restos paleontológicos. Esto importa desconocer el artículo 17 de la Constitución Nacional, que establece los derechos del Estado para expropiar por causa de utilidad pública y que se encuentra establecido también en el inciso 16 del artículo 110 de la Constitución de Córdoba de 1.987, el artículo 73 de la Constitución de Salta de 1.986, o el Artículo 16 inciso 8 de la Constitución de Santiago del Estero de 2.007, y así sucesivamente en todas las constituciones provinciales. El derecho de expropiar por causa de utilidad pública dictada por ley es un derecho indiscutible del Estado en toda la estructura de nuestro régimen federal y, en tanto es una prescripción constitucional operativa, es absolutamente innecesario y superfluo incluirlo en ninguna ley.

Sin embargo es en las páginas 161, 165, 200 donde consideramos se soslayan cuestiones elementales de derecho constitucional, titubea y se contradice gravemente. Es cierto que aquí se produce uno de los grandes errores de la ley, pero Berberian no lo ve y zigzaguea inexplicablemente aferrándose, a su vez, a errores propios. Avala en la ley la existencia de sanciones administrativas, diciendo que “conviene mantenerse en el campo contravencional”. Posteriormente pretende explicarlas o mantenerlas ante los tipos delictivos que son iguales. Primero ensaya la supuesta existencia de un concurso ideal. Luego se contradice porque, al parecer, se da cuenta o intuye algo, y reivindica dichas potestades administrativas para los Estados federales. Entonces ¿se legislan en la ley nacional y son potestad del Congreso nacional, como parece sostener al principio, o se reservan a las

provincias y son potestad de las legislaturas provinciales, como dice después?

Como autoriza el artículo 41 de la Constitución nacional, una ley marco puede crear instituciones (registros, concesiones, etc.) pero no puede asumir poderes no delegados, como el de policía. En ese contexto, lo cierto es que los artículos 38 al 44 de la ley 25.743 son inconstitucionales y por lo tanto inaplicables. Esto es simplemente lo que ocurre y lo que no acierta advertir Berberian. Nosotros lo explicamos extensamente en un artículo sobre este tema (Calabrese 2.008). Ello es así en virtud del artículo 121 de la Constitución Nacional, en el que se establece que el poder de policía es un poder no delegado, que se reservan las provincias para sí y concomitantemente, las facultades sancionatorias de la administración o la imposición de contravenciones son parte de éste.

Este error de concepto parte de un pensamiento muy poco académico del autor. Sostiene así, que al traficante se lo debe afectar “...en primer lugar donde resulta más apropiado, es decir en su patrimonio”. De allí concluye, al parecer, que las multas, decomisos, etc., o sea las sanciones administrativas, son más apropiadas. Parecería que la prisión, el escarnio, o la pena infamante que sufre quien comete un delito, además del decomiso de los objetos que no son propios, no son razones tan poderosas para el autor como el daño patrimonial que se le pueda infligir. Esto más allá de ser un verdadero despropósito, va en contra de toda la legislación comparada.

Contrariamente de lo sostenido por Berberian, los países interesados en proteger

el patrimonio arqueológico disponen graves sanciones penales. Daremos algunos ejemplos americanos sobre este tema. La ley 6.703 de Costa Rica desde el artículo 19 al 29 describe distintos tipos penales con los que sanciona a los traficantes con penas de decomiso, multa y privativas de la libertad hasta de 6 años de prisión incommutable. La ley 112, de 1.988 de Puerto Rico establece penalidades o sea que tipifica delitos por actos violatorios a sus disposiciones en la sección trece, con sanciones que van desde la multa a penas de reclusión o prisión de hasta cinco años.

También establece un régimen penal la ley colombiana 397, de 1.997, que asimila «la destrucción o daño» de bienes arqueológicos a los delitos previstos en los artículos 242, 246, 349, 370, 371 y 372 de su Código Penal, dejando subyacente para las otras conductas sanciones de tipo pecuniario medidas en salarios mínimos. El artículo 2 de la ley especial 26-97 de Guatemala incluye a los bienes arqueológicos y paleontológicos en la formación del patrimonio cultural nacional y los artículos 43, 44, 45 y 46, sancionan la violación de las medidas protectoras de estos bienes, así, la depredación (llega con penas privativas de la libertad de hasta 9 años), la exportación ilícita (hasta 15 años) y las investigaciones o excavaciones ilícitas, también con penas de hasta 9 años de privación de la libertad, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias medidas en salarios mínimos. El artículo 54, a su vez, asimila el hurto, robo y tráfico de bienes culturales a los respectivos delitos establecidos en el Código Penal que tienen pena de prisión de 2 a 10 años. La rigurosidad de las sanciones penales en la legislación de Guatemala nos exime de mayores comentarios en cuanto a la consideración de la gravedad de la cuestión en todo lo referente a

la violación de la protección de su patrimonio cultural.

El decreto 1.142, de 1.982 de Nicaragua, dispone a partir del artículo 38 un régimen penal con multas y arresto hasta dos años para los infractores, más el decomiso de los bienes e instrumentos utilizados para cometerlas, sometiendo en el artículo 43 a los funcionarios que en conocimiento de las infracciones no las denunciaren a las mismas penas que los autores. Las normas sobre importación y exportación forman parte de la legislación sobre defraudación y contrabando aduanero establecida en el decreto 942. La ley sancionada el 16 de junio de 2.004 en Perú señala en el artículo 33 que está prohibida la salida del país de todo bien mueble integrante del patrimonio cultural, salvo los casos de exhibición temporal, y estudios o restauraciones que no puedan hacerse en el país, con la debida autorización, por el artículo 10 se sanciona con la pérdida automática de la propiedad en favor del Estado a todo intento o exportación ilícita sin perjuicio de las sanciones civiles y penales.

La ley federal de México fija severas sanciones por incumplimiento que van hasta los diez años de prisión por realización de trabajos de exploración arqueológica sin autorización (artículo 47) y por cualquier acto traslativo de dominio «o comercie con él» y al que los transportare, exhiba o reproduzca sin permiso y la inscripción correspondiente (artículo 50). La misma pena para el que los destruya o dañe (art. 52) o se apodere de un bien de esta categoría (artículo 51) incrementándose la pena hasta doce años de prisión para el que pretenda sacar o saque del país un monumento arqueológico sin el permiso pertinente (artículo 53). Por cierto que

contempla con más gravedad aún, incrementando en hasta dos tercios la pena para la reincidencia y la habitualidad.

Como vemos, la soledad del criterio de Berberian nos hace pensar que está seriamente equivocado. Sin embargo, no es el único error en este aspecto, porque al ordenamiento jurídico debe interpretárselo en su integridad y cada ley no es una isla autónoma e independiente como parece entenderlo el autor de la obra que analizamos, sino que es parte de un todo que es el conjunto de normas vigentes. Así dice en la página 165 “La normativa vigente no considera en ningún caso la posibilidad de delitos tan comunes como el hurto o robo de materiales arqueológicos o paleontológicos”. Es que el hurto de estos materiales o de cualquier otro bien ya está previsto en el artículo 162 del Código penal; por su parte el robo está previsto en el artículo 164 del mismo texto legal. Lo mismo podría decirse cuando en la página 198 sostiene: “La apropiación indebida de objetos extraídos de yacimientos arqueológicos o paleontológicos, ya sea para su conservación, para su enajenación a título oneroso o cualquier otra forma de transferencia, constituye un acto ilícito que las leyes deben reprimir expresamente” con la diferencia de que aquí se describen dos conductas, que al parecer ignora, siendo ambas constitutivas de delitos penados por el Código Penal: la primera, o sea la apropiación indebida, con el robo o hurto (los mencionados artículos 162 y 164 del Código Penal) según las formas y la segunda, la venta o transferencia, por el artículo 48 de la ley 25.743.

El inconveniente de no interpretar íntegramente ni siquiera el texto de una ley

hace incurrir al autor en otro error, cuando trata de hacer la exégesis de los artículos 19 y 22 de la ley 25.743, que equivocadamente mencionan a los “propietarios” de colecciones cuando en realidad debieron decir tenedores de colecciones. Previamente, en el artículo 9 de la misma ley se establece que no hay propiedad privada de estos objetos pues son de dominio público, cuestión que ya había resuelto la ley 17.711 en 1968, o bien en 1913, la ley 9.080 cuando hablaba del dominio nacional de los mismos.

En el artículo: “Propiedad, posesión y tenencia en la ley 25.743” (Calabrese 2005) se demuestra que los bienes arqueológicos o paleontológicos no pudieron llegar a manos particulares por ninguno de los medios por los que el Código Civil autoriza la adquisición del dominio. Sin embargo Berberian afirma temerariamente en la página 100 que: “...registrados en los plazos legales estipulados, los propietarios de ellos podrán ejercer todos los derechos inherentes al dominio con las limitaciones que establece la ley” lo cual no es dicho en ningún momento por la ley, como tampoco es cierta una afirmación que erróneamente me endilga cuando en la página siguiente dice que yo sostengo que la propiedad de los coleccionistas se pierde cuando inscriben los objetos, algo verdaderamente curioso, porque si alguien ha negado permanentemente la propiedad privada de estos objetos he sido precisamente yo.

Otra cuestión sobre la que empecinadamente mantiene una opinión completamente equivocada es sobre la competencia judicial. En la página 53 dice que, a su criterio, corresponde la competencia local para ciertos delitos lo cual además de ignorar

la tutela de la Nación sobre el patrimonio arqueológico y paleontológico, fijada en forma exclusiva en el artículo 4 de la ley, ignora todas las reglas de la competencia, de las leyes penales especiales, etc. Esto se repite en la página 193 cuando dice que para juzgar los delitos tipificados en el artículo 47, “...no existe obstáculo alguno para que en materia de competencia intervenga la jurisdicción local correspondiente donde ha acaecido el hecho”. No obstante esto está desmentido por sus mismos dichos de la página 199 cuando afirma que respecto al tráfico y la comercialización de bienes en el orden interno es necesaria la justicia federal” para la aplicación del artículo 48. No es solo mi opinión, expuesta en un artículo de mi autoría primeramente mencionado (Calabrese 2008) la que contradice sus apreciaciones sino la de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa n° 666 XLIV, “Amigos del Museo Ambato de la Falda s/ denuncia” en donde sostuvo la competencia federal, dando por finalizada cualquier otra interpretación al respecto.

El autor presenta otras críticas a la ley y a la reglamentación de escasa motivación y fundamento como cuando critica el derecho de inspección, facultad incorporada al poder público (página 96) sobre todo cuando se trata de la protección o mantenimiento de bienes de dominio público que por cualquier razón se encuentren en manos de terceros. Por cierto que no es un derecho que se ejerce “manu militari” sino con todas las garantías de la ley. El tercero no se puede rehusar y si lo hiciera, la Administración podrá obtener el mandato judicial que necesite para aplicarlo, sin perjuicio de las sanciones que pueda aplicarle al poseedor o tenedor.

En el mismo sentido, en la página 91 se opone al artículo 13 del decreto reglamentario en cuanto éste dispone que los responsables de emprendimientos deberán prever la necesidad de efectuar prospecciones previas a la iniciación de las obras, lo cual a pesar suyo, es una facultad que tiene la administración, que no necesita ser impuesta por ley especial alguna, cuando el ejercicio del derecho de propiedad puede vulnerar el interés público. Es parte de la función social de la propiedad, cuestión receptada por el constitucionalismo moderno desde hace ya más de medio siglo. Tal vez Berberian prefiera la destrucción de los sitios en defensa de un derecho de propiedad irrestricto que hoy ni el más furioso liberalismo defiende. También se queja, dos páginas más adelante del mismo artículo, del decreto reglamentario en el que se prevé que la autoridad de aplicación jurisdiccional “podrá” (es facultativo no obligatorio) solicitar el auxilio o la intervención del Poder Ejecutivo Nacional. Según Berberian, las Provincias no podrían pedir ayuda al PEN y si las provincias lo solicitaran, el PEN no debería atender su reclamo. Esto es algo que no merece la más mínima calificación.

Curiosamente, cuando la ley 25.743 podría ser objeto de alguna crítica no lo hace o no se de cuenta, como en la página 106, por ejemplo, cuando comenta el artículo 18 y no menciona que es un error la inclusión de la “donación” de estos bienes, porque no se pueden donar los bienes que no se pueden vender (artículo 1799 y cc. del Código Civil).

Sus objeciones a la sanción en el tipo penal (página 200) de la importación de bienes arqueológicos o restos fósiles demuestran la intencionalidad del autor. Sus argumentos son,

a nuestro criterio, de poco peso. Queda claro que si los bienes tienen el correspondiente certificado de exportación del país de origen se pueden importar. Los que no se pueden importar son los que vienen sin certificado de exportación correspondiente, formalidad exigida en los tratados internacionales de los que la República Argentina es signataria. Es la importación ilegítima, o que no cumple las formalidades, la que está sancionada. Nuevamente la limitación interpretativa del autor, circunscripta sólo a la interpretación literal del texto legal analizado, independientemente del resto del ordenamiento jurídico, lo hace caer en una crítica poco considerable.

Podríamos citar otro caso, como su crítica al decreto reglamentario y a la resolución de la Secretaría de Cultura por la expedición de un certificado de exportación “definitiva” de un bien. La exportación definitiva no se aplica de ningún modo a un bien de aquellos que solo pueden salir temporariamente para estudio o exhibición como dice la ley, siguiendo a la mayoría de la legislación comparada, sino que se destina únicamente a aquellas piezas o fragmentos que serán sometidos a diferentes análisis destructivos para obtener información científica relevante y que ya no retornarán físicamente bajo ningún concepto aunque sí volverá la información que proveen. Tal vez el Dr. Berberian se oponga también a este tipo de análisis (carbono catorce, termoluminiscencia, isótopos, cromatografía) aunque me parece que va a quedar aislado de la comunidad científica.

En síntesis, es una obra que no efectúa ningún aporte y que seguramente será inmediatamente olvidada. El objetivo es combatir la explotación, el tráfico ilícito, lucha

en la que la mayoría, a pesar del autor, estamos inmersos y que la ley, los fallos dictados en su consecuencia y las primeras causas instruidas, nos permiten avizorar como un futuro promisorio, sin perjuicio de ir efectuando, en lo sucesivo, las modificaciones necesarias que la experiencia nos señale.

Referencias citadas en el texto

Berberian, Eduardo
1992 La protección jurídica del patrimonio arqueológico en la República Argentina. Revista Comechingonia, Córdoba

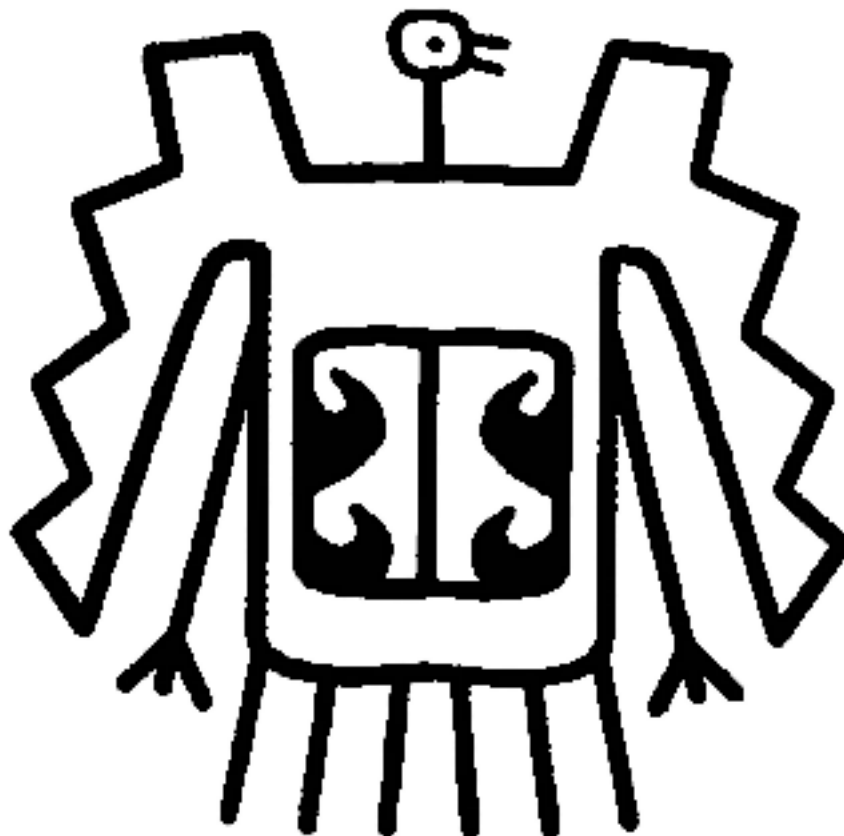
2009 La protección del patrimonio cultural argentino. Editorial Brujas, Córdoba

Bielsa, Rafael
1921 Derecho administrativa y legislación administrativa argentina. Tomo Primero. Editorial J. Lajouane y Cía., Buenos Aires.

Calabrese, Antonio
2005 “Propiedad, posesión y tenencia en la ley 25.743” La Ley, mes de febrero.

2008 “El régimen penal y sancionatorio de la ley de protección al patrimonio arqueológico y paleontológico” Revista La Ley, Suplemento Noroeste: 933 - 941. Noviembre.

Dromi, Roberto.
1998 Derecho administrativo Editorial Ciudad Argentina.



Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano - INAPL > Dirección postal:
Tres de Febrero 1370/78 - C1426BJN Buenos Aires - Argentina > **Tel/fax:** (54 11) 4784-3371 / 4783-6554 /
4782-7251 > **Correo electrónico:** boletin@inapl.gob.ar > **Página web:** <http://www.inapl.gob.ar>