

Competencia del patrimonio arqueológico y paleontológico

María de las Nieves Sanchez Burzomi¹

I. Introducción

El motivo de la presente ponencia es poner de manifiesto el cambio radical de pensamiento que se suscitó en el campo del derecho, y más específicamente en el ámbito del derecho penal respecto a la protección, preservación y conservación de los bienes culturales, particularmente de los que se denominan arqueológicos y paleontológicos.

Aquellos, no siempre sufrieron una tutela diferenciada, y resultan ser de vital importancia, dado que el patrimonio cultural se encuentra conformado por un gran universo de diversos tipos de bienes que tienen diferencias entre sí, tales como los bienes artísticos, históricos, arquitectónicos, y obviamente los bienes arqueológicos y paleontológicos entre otros.

En ese sentido, durante el transcurso de las últimas décadas, es posible observar que, en el ámbito internacional, la protección de este tipo de bienes tan particulares, devino un eje clave en materia de

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires (2011). Especialista en Administración de Justicia (Universidad de Buenos Aires, 2015) y en Derecho Procesal Civil (Universidad de Buenos Aires, 2023). Realizó el Programa de Actualización en Justicia y Decisiones Públicas (Universidad de Buenos Aires) y cursos de formación en perspectiva de género y justicia, entre ellos la *Ley Micaela* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021) y *Litigio con perspectiva de género* (Ministerio de las Mujeres, 2023), así como capacitaciones en el ámbito del Poder Judicial de la Nación (2024). maisanchezburzomi@gmail.com

derecho penal trasnacional, y como consecuencia de ello se ha desarrollado diversa normativa que vela por su protección².

Así, en ese norte es que se ha intensificado la preservación de tales bienes (que son tan relevantes para la sociedad) desde el punto de vista legislativo y jurisdiccional.

Como primera medida cabe recordar que se entiende por patrimonio, y luego por patrimonio cultural, para finalmente desentrañar la importancia del patrimonio arqueológico y paleontológico, vocablos de gran importancia que son necesarios tener presentes a los fines de poder comprender el devenir del análisis que se efectuará a continuación.

De este modo, cuando hablamos de patrimonio, hay que evocar lo puntualizado por José Alberto Garrone (1994: 43), en cuanto indicó que el patrimonio es

el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona susceptible de apreciación pecunaria.

Consiguientemente, el patrimonio es una masa de bienes que se considera como una entidad abstracta independiente de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.

El patrimonio es una universalidad de bienes, denominándose así toda pluralidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente, como un todo

A su vez, el mencionado autor -en dicha pieza jurídica- también describió los caracteres determinantes del patrimonio, los cuales resultan ser: universalidad jurídica, necesario, único e indivisible, inalienable, e idéntico.

Asimismo, al tratar los distintos tipos de patrimonio Garrone, específicamente le dedica unas breves palabras a lo que él denomina «patrimonio artístico», y en ese sentido postula que aquel se encuentra conformado por el «conjunto de obras de arte, y de monumentos

² A modo ilustrativo, pueden mencionarse diversos instrumentos internacionales relevantes en la materia, tales como la *convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas* (convención de san salvador), la *convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, la *convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, y el *convenio de UNIDROIT de 1995 sobre objetos culturales robados o ilícitamente exportados*, entre otros.

históricos y literarios que contiene una nación. Son objeto de protección legal por parte del Estado para su conservación y su permanencia en el país»³.

Al mismo tiempo, al hablar de patrimonio cultural⁴ lo hacemos respecto a los bienes que representan cada sociedad en particular como así también por el conocimiento que se tiene de aquellos; extremos que necesariamente deben ser protegidos por representar la identidad de la sociedad.

También, se debe delimitar el alcance del patrimonio arqueológico, el cual se encuentra conformado por

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 recientes⁵.

mientras que, por el contrario, el patrimonio paleontológico es integrado por

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.

En lo que refiere al motivo del porqué los bienes arqueológicos y paleontológicos integran parte del patrimonio cultural, Mariana Catalano y Mariano Borinsky (2021: 162/2) postulan que

«Nadie discute, a esta altura, que los bienes integrantes del patrimonio histórico cumplen un papel ‘enraizante’, educativo y por lo tanto social, desde que permiten a toda persona acceder al conocimiento de su existencia y significancia histórica en el entramado evolutivo de los pueblos, a la vez que consolida la pertenencia de las naciones a sus raíces. Por ello, se habla de la ‘función cultural’ del patrimonio arqueológico y paleontológico, que abona su ínsito valor».

³ Garrone, J. A. (1994). *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot* (2.ª ed., Vol. III: P–Z, p. 45). Abeledo-Perrot.

⁴ INAPL. (2023, 27 de septiembre). *Bienes arqueológicos argentinos*. <https://inapl.cultura.gob.ar/noticia/bienes-arqueologicos-argentinos/>

⁵ Ambas definiciones se encuentran en el artículo 2 de la ley argentina 25.743, protección del patrimonio arqueológico y paleontológico.

En este contexto, es que en el ámbito del derecho al suscitarse causas en las cuales sus objetos versan sobre cualquiera de estos bienes tan esenciales, particulares y con especificidades irremplazables para la sociedad de un país y del mundo en su conjunto, es que -en muchas ocasiones- se suscitan contiendas negativas de competencia, y en la mayoría de ellas, como denominador común, se disputa si la causa debe o no tramitar por ante el fuero federal.

Por lo antedicho, el objeto de la presente ponencia es resaltar la competencia federal para entender en las causas que versan sobre los bienes jurídicos tutelados por ley 25.743, y como soporte central para el desarrollo, se analizará un fallo de nuestro máximo tribunal, dónde por el año 2008, se dirimió la cuestión a favor de la intervención de un juzgado federal para tramitar un expediente de esta índole, precedente que resulta ser de gran implicancia para la jurisprudencia, dado que ha sido citado con posterioridad, en otros fallos venideros en la materia, del mismo modo que en artículos doctrinales.

II. Nociones básicas sobre competencia

Como primera medida, no se puede pasar a estudiar con detenimiento el fallo de la corte suprema de justicia de la nación en materia de la ley 25.743⁶ «competencia No. 666. XLIV. Amigos del museo Ambato de la falda s/ denuncia», sino mencionamos brevemente las nociones elementales con respecto a la competencia.

Para ello, se debe indicar que cada rama del derecho, posee sus propias normas y principios procesales que hacen que cada instituto como la competencia tenga sus peculiaridades dependiendo de la rama del derecho que estemos estudiando.

Dicho esto, no podemos perder de vista que la rama del derecho objeto de la presente resulta ser el derecho penal, rama del derecho particular, dado que, como distinción a simple vista, se advierte que

⁶ Los objetos tutelados por la norma mencionada –esto es, los bienes arqueológicos– refieren, en la práctica, a construcciones o elaboraciones realizadas por la mano del ser humano, tales como piezas de cerámica o puntas de lanza. Por el contrario, aunque a primera vista puedan parecer similares, los bienes paleontológicos legalmente protegidos comprenden restos fósiles de vegetación (madera, hojas, follaje) y/o restos fósiles de animales, como piezas dentales o huesos pertenecientes a especies extinguidas, incluidos huesos de dinosaurios.

encuentra del sistema procesal inquisitivo, dónde el estado y las dependencias de aquél cumplen un rol clave y esencial.

En este marco, deviene pertinente traer a colación que, como todo en el campo del derecho, hay una regla y una excepción, y en el ámbito del derecho penal, existe una regla general en materia de competencia, y es que la competencia penal es improrrogable.

Siguiendo esa línea de pensamiento, dentro de la doctrina, encontramos destacado por María Cecilia Vázquez Berrosteguieta (2019: 27-28), con respecto a ello

La competencia penal es inalterable e improrrogable, es decir, que no se modifica ni por la variación de los elementos que la constituyeron (principio de la *perpetuatio iurisdictionis*), ni por la voluntad individual o conjunta de los sujetos de un procedimiento.

El único parámetro para atribuir competencia a un tribunal en materia penal es la ley. La razón de ello reside sencillamente en el principio del juez natural o legal, que impide que las circunstancias fácticas futuras varíen la radicación de la causa o que alguno de los protagonistas del caso –el imputado o la víctima y, más extensamente, el acusador o el juez- elija el tribunal competente o, en el caso de los jueces, se arroguen por sí mismos esa facultad, ya sea por voluntad o decisión individual o por pactos o acuerdos entre ellos.⁷

Ahora bien, como ya se adelantó toda regla tiene una excepción, y si la regla es que la competencia penal es improrrogable, la excepción es la posibilidad de que sí ocurra esa prórroga, pero ello no se da en cualquier situación, sino que

La única posibilidad de prórroga de la competencia, es decir, de que pueda intervenir otro tribunal penal distinto de aquel que estuviere determinado por la ley genérica, es que esa misma ley lo permita por previsión expresa.

Así, por ejemplo, la prórroga legal de la competencia entre tribunales nacionales está expresamente instituida y regulada por el Código Procesal Penal de la Nación (arts. 41 y 42) mediante la acumulación de procesos en los casos de conexión objetiva delictual y procesal subjetiva.⁸

⁷ Vázquez Berrosteguieta (2019, pp. 27-28).

⁸ Vázquez Berrosteguieta (2019, p. 28).

Sumado a ello, se debe tener en cuenta que -no sólo en el ámbito penal- sino que en cualquier rama del derecho (administrativo, civil, familia, etc.) ante los estrados de sus respectivos tribunales se suscitan cotidianamente diversas contiendas de competencia, tanto positivas como negativas.

Recuérdese que cuando se habla de contienda positiva de competencia, se hace referencia a cuando dos juzgados distintos consideran que ambos deben entender en un expediente determinado, mientras que la negativa se da cuando se encuentra como «[...] presupuesto necesario [...] que los jueces entre quienes se suscita se la atribuyan recíprocamente [Fallos, 305:2204, 311:1965,327:738, 328:877,329:2130, 330:1832] [...]»⁹

Siguiendo con esta línea de pensamiento, cualquier tipo de contienda que se suscite, aquella debe ser tramitada y trabajada a través de la formación de una incidencia, comúnmente denominada «incidente de competencia/ incompetencia», aunque en la praxis, es posible ver que muchas veces los temas respecto a la competencia, suelen ser tratados en el marco de la causa principal o «madre».

Dicho extremo fue también abordado por Vázquez Berrosteguieta, quien esencialmente puntualizó que, a los fines de llevar adelante la tramitación de una correcta traba de competencia, la misma debe ser planteada en la primera ocasión posible, que la misma debe efectuarse por vía de incidente, ello a los fines de no efectuar ningún tipo de atraso en la causa principal [Fallos, 310:2428;311:46,487 y 528;312:542].

Sumado a ello, la autora también refiere que es vital delimitar con total precisión los hechos objeto del litigio, y prima facie su calificación. Junto a ello, añade que debe tenerse en consideración que antes de determinar la competencia, deben resolverse los posibles recursos interpuestos contra las resoluciones del/los magistrados con relación a su jurisdicción.

Por otra parte, cabe indicar que una cuestión de competencia, debe ser resuelta por un órgano judicial, pero la pregunta que muchos operadores del derecho se efectúan en un caso concreto resulta ser ¿Qué órgano o tribunal debe hacerlo?

⁹ Vázquez Berrosteguieta (2019, p. 33).

Y, para responder dicha pregunta, volvemos a puntualizar cual es la «regla en este sentido», y para ello traeremos a colación que

La regla de orden que permite arribar a una solución autoritativa del diferendo, atribuyendo la competencia a otro tribunal, reza: decide el tribunal superior común a aquellos que entraron en conflicto. Dentro de cada jurisdicción, esto es, dentro de cada ámbito judicial (local o federal), la vigencia de esta regla determinará la intervención, por lo general, del tribunal que es alzada común o al menos tribunal superior del juez que previno. En cambio, en los conflictos interjurisdiccionales entre tribunales pertenecientes a la jurisdicción federal y local, o entre tribunales pertenecientes a jurisdicciones locales diferentes, la regla determina la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues no hay otro tribunal común.

Eso por el Decreto-ley 1285/58 (Organización de la Justicia Nacional), ratificado por ley 14.467 y modificado por varias leyes posteriores.

Por lo antedicho, se debe tener en consideración que el precedente que se analizará a continuación, que resulta ser el conflicto más reiterado de competencia en materia arqueológica y paleontológica, se basa en si la justicia federal resulta ser el órgano jurisdiccional que debe intervenir en una determinada causa cuyos objetos y/o bienes resulten ser uno de los anteriormente señalados. A mi entender, la respuesta a tal interrogante es en sentido afirmativo.

Sin perjuicio de ello, aquel no resulta ser el único tipo de conflicto de competencia que encontramos cuando analizamos los precedentes jurisprudenciales en el campo del patrimonio cultural, sino que hay múltiples posibilidades.

De hecho, según la práctica me ha enseñado, podemos agrupar los conflictos que se suscitan variados grupos. El primero de ellos, resultan ser las contiendas negativas de competencia que se suscitan entre un juzgado nacional en lo criminal y correccional federal, y un juzgado perteneciente a la órbita de la justicia provincial de una determinada provincia del interior del país; mientras que el segundo grupo se encuentra conformado por contiendas negativas trabadas entre dos juzgados federales, pero de dos provincias del interior del país.

Sin perjuicio de ello, es posible encontrar también, pero en menor medida, contiendas entre un juzgado nacional en lo criminal y

correccional federal, y un juzgado federal de una determinada provincia.

A grandes rasgos, se puede decir que en un 95 % las contiendas de competencia tienden a ser negativas, y es por ello que se ha seleccionado un conflicto positivo de competencia para analizar.

Es poco frecuente encontrar, en la actualidad, este tipo de contiendas de competencia, pero a rigor de verdad, tanto la ley 25.743 como su ámbito de aplicación y particularidades –las cuáles exceden ampliamente la presente- hacen que en ciertas ocasiones si se pueda prestar a confusión cuál resulta ser el tribunal competente para entender en un determinado expediente en concreto.

Como punto a resaltar, es que lo que -mi experiencia laboral en la materia me ha enseñado- es que en la mayoría de los casos los operadores del derecho muchas veces no se encuentran capacitados y/o no poseen las herramientas necesarias en torno a los efectos e implicancias de la ley 25.743.

II. Ley 25.743, su importancia, objeto, competencia, alcances y delitos

Para comenzar con el análisis de la normativa nacional de la materia, debemos comenzar el recorrido normativo, señalando lo estipulado por el art. 41 de la constitución nacional, el cual integra nuestra carta magna, debido a la última reforma constitucional que data del año 1994.

El mencionado artículo, hace alusión en cuanto a que

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las

necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe le ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Respecto a la constitución, este no es el único artículo que aplica al patrimonio arqueológico y paleontológico, sino que al 41 se le adiciona la aplicación del 75 inc. 22, articulado mediante el cual ingresan a nuestro plexo normativo los tratados internacionales de derechos humanos.

No obstante, no sólo a partir de la última reforma constitucional es que ha expandido la tutela del estado nacional hacia ciertos bienes, en especial a los arqueológicos y paleontológicos, sino que un gran avance legislativo en la materia fue la sanción de la ley 25.743 del año 2003.

Tales avances en materia de tutela y protección no fue recientemente advertido, sino que tal extremo ya fue oportunamente señalado por Vismara y Victorero, quienes puntualizaron que la introducción del artículo 41 en la reforma constitucional de 1994 «[...] tornó necesaria la sanción de nueva legislación que regulara el patrimonio arqueológico y paleontológico [...]»¹⁰, ley que no es otra que la 25.743 la cual define qué bienes se encuentran dentro de esa categoría, quien está a cargo de su tutela, cómo deben ser registrados como así también, establece el catálogo de delitos que se pueden cometer a su respecto.

En ese sentido, debe mencionarse que, si bien en los albores de sanción de esa ley es que se suscitaron la mayor cantidad de conflictos de competencia, en razón de la nueva corriente legislativa descripta, lo cierto es que pocos casos han llegado a los estrados de la corte suprema de justicia, dado que, a mi entender, el carácter federal de la misma resulta indiscutible.

Sin perjuicio de ello, de la búsqueda jurisprudencial efectuada, se han encontrado precedentes al respecto de diversas contiendas suscitadas al respecto, dónde se analizaron diversas cuestiones y aristas.

¹⁰ Vismara, Victorero y D'Alessio (2011, p. 1513).

Ahora bien, al adentrarnos en el análisis propiamente dicho, de la ley 25.743¹¹, denominada «ley de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico», encontramos como relevante que fue sancionada en el año 2003¹²; mientras que su decreto reglamentario (No.1022/2004), data del año 2004.

Dicha norma se encuentra dividida en doce subtítulos que aglutinan diversas secciones, particularmente ellos son: (a) de los objetivos y bienes arqueológicos y paleontológicos, (b) de la distribución de competencias y de las autoridades de aplicación, (c) del dominio sobre los bienes arqueológicos y paleontológicos, (d) del registro oficial de yacimientos arqueológicos y paleontológicos, (e) del registro oficial de colecciones u objetos arqueológicos o restos paleontológicos, (f) de las concesiones, (g) de las limitaciones a la propiedad particular, (h) de las infracciones y sanciones, (i) de los delitos y su penas, (j) del traslado de objetos arqueológicos y paleontológicos, (k) de la protección especial de los materiales tipo paleontológicos, y (l) disposiciones complementarias.

En los primeros apartados esencialmente encontramos definiciones de diversas cuestiones, y con posterioridad encontramos el ámbito de las sanciones administrativas, para finalmente –y a lo que a nosotros nos interesa- dentro de las secciones finales que componen tal norma, encontramos el ámbito de los delitos arqueológicos y paleontológicos, que conforman parte del eje cultural a analizar en la presente.

Así, se debe indicar que dentro de la ley 25.743 no se halla contenido ningún artículo que -de manera específica y explícita- establezca que la competencia de los delitos que de allí se deriven corresponde ser investigados por la justicia de excepción; lo mismo ocurre con los preceptos contenidos dentro del decreto reglamentario.

Sin embargo, si leemos con detenimiento, resulta posible encontrar de manera implícita en su articulado indicios claros que otorgan tal carácter de manera indudable.

Un ejemplo de ello, se encuentra dentro de la primera sección, particularmente en el artículo primero de la ley objeto de análisis, que

¹¹ La norma fue sancionada el 4 de junio de 2003 y promulgada posteriormente, el 25 de junio del mismo año.

¹² La norma que antecedia en esta materia era la Ley 9080, sancionada en 1913.

prescribe que «es objeto de la presente ley la preservación, protección y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico como parte integrante del patrimonio cultural de la nación y el aprovechamiento científico y cultural del mismo» es decir allí se indica de manera clara y precisa el objeto de ley especial 27.543.

Sumado a ello, -y dentro del mismo apartado- en los artículos subsiguientes, especialmente en los no. 3¹³ y 4 también encontramos lineamientos que dan a entender que es la justicia federal -en materia penal obviamente- quien tiene que entender en las causas penales que se susciten sobre los bines tutelados bajo esta normativa.

Con relación a ello, cabe destacar que adhiero a la postura esgrimida por Alejandro Lionel Ledesma¹⁴ por cuanto señala que para ver qué órgano jurisdiccional es competente se debe tener presente el art. 4 inciso a de la referida ley, que establece que

Serán facultades exclusivas del Estado nacional: a) Ejercer la tutela del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico. En orden a ello deberá adoptar las medidas tendientes a su preservación, investigación y a fomentar la divulgación. b) Ejercer la defensa y custodia del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico en el ámbito internacional, mediante la prevención y sanción de importaciones o exportaciones ilegales. En orden a ello deberá instrumentar las acciones para gestionar la devolución de los bienes arqueológicos y/o paleontológicos al correspondiente país de origen.

El último artículo citado, a mi entender es el que contiene mayor importancia en torno a la cuestión de competencia, dado que habla del ejercicio de la tutela exclusiva del estado nacional en materia arqueológica y paleontológica, como así también su defensa y custodia, razón por la cual, la conjugación de todos los artículos mencionados inexorablemente lleva a la conclusión de que no es otra sino que la justicia de excepción quien debe entender en las causas que versen sobre aquellos objetos.

Además, dentro de la sección o apartado «del dominio sobre los bienes arqueológicos y paleontológicos», también encontramos

¹³ El artículo 3 establece que la ley será de aplicación en todo el territorio de la Nación.

¹⁴ Ledesma, Sánchez Freytes y Haro (2012, pp. 120–121).

indicios que abonan la teoría que se aquí se sostiene, ya que específicamente en el articulado nro. 9 queda establecido que

Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9º del Código Civil y por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional.

Cabe destacar que las referencias hechas al código civil, quedaron desactualizados en el referido apartado, ello puesto que en el año 2015 el código civil y comercial de la nación sufrió una modificación y actualización, motivo por el cual, ello puede llevar a incurrir en error al analizar el artículo resaltado.

Asimismo, no se puede dejar de mencionar que los delitos de índole federal a los que hacemos referencia se encuentran ubicados casi al final de la norma 25.743, particularmente en la sección titulada «de los delitos y sus penas», que abarca desde el artículo 46 al 51, donde es posible observar una serie de artículos concatenados que delimitan los injustos penales plausibles de realización respecto de los bienes arqueológicos y paleontológicos, sección que resulta ser polémica en la jurisprudencia dado su similitud con las sanciones administrativas estipuladas en la misma ley, que se encuentran en los artículos anteriores al tratar «de las infracciones y las sanciones», pero dicho extremo merece un análisis más profundo que excede el análisis de la presente ponencia.

Así, habiendo puntualizado y ubicado cuáles son los delitos que se pueden cometer respecto a los bienes arqueológicos y paleontológicos, y cuál es el órgano judicial competente para entender en esos expedientes, se debe ahondar un poco más al respecto, y se debe indicar que dentro del decreto reglamentario de la ley 25.743 (identificado bajo el nro. 1022/24) también se pudo advierte la existencia de indicios en la reglamentación de los artículos que –a mi manera de ver- de manera implícita hablan o hacen referencia a la cuestión de competencia penal en este tipo de causas.

Así, el art. 1 indica que

es responsabilidad de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Nación, en sus respectivas jurisdicciones, la aplicación de la ley nº 25.743, para preservación y protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, siendo de

responsabilidad exclusiva de la nación la tutela del mismo. Sumado a ello encontramos también, lo reglamentado en cuanto al ya comentado articulado nro. 4 (de la ley 25.743), y particularmente con relación a aquel el decreto reglamentario señalado establece lo siguiente: a los efectos del inciso a) del artículo 4º de la ley nº 25.743, entiéndese por tutela ejercida por el estado nacional, la protección jurídica o legal de todo el patrimonio arqueológico y paleontológico del territorio nacional, más allá del derecho de dominio y de protección y preservación que corresponda a las autoridades competentes de cada jurisdicción.

En adición a ello, más hacia el final del decreto, encontramos también directivas concordantes en ese sentido, por cuanto específicamente se reglamentó el artículo 51 de la siguiente manera:

El organismo competente nacional adoptará las medidas necesarias que garanticen la recuperación y retorno de los bienes arqueológicos y paleontológicos que hubieran sido trasladados al exterior, sin perjuicio de las acciones que pudieran adoptar las autoridades jurisdicciones, pudiendo oponerse a los trasladados cuando, a su juicio, las condiciones para la recuperación y retorno no sean satisfactorias, en virtud de las facultades concurrentes establecidas en el artículo 7º de la Ley Nº 25.743.

Así pues, en razón de todo lo anteriormente reseñado, tanto la ley 25.743 como su decreto reglamentario, contienen especificidades que otorgan la competencia a los órganos judiciales penales federales en materia de delitos cometidos contra el patrimonio cultural, específicamente en torno a los bienes arqueológicos y paleontológicos.

No obstante, al analizar la competencia en relación a la materia del fuero federal, se debe tener siempre en consideración los lineamientos que, en ese sentido, brinda el artículo 33 del código procesal penal de la nación por cuanto delimita el ámbito de competencia del «juez federal».

Frente a este panorama, a mi entender, no es otro que el estado nacional el responsable por velar por la tutela, conservación y preservación de los bienes arqueológicos y paleontológicos que son de su propiedad; y en razón de ello no hay otro fuero que deba entender en las cuestiones delictuales que se susciten en relación a este tipo de bienes que la justicia federal.

En adición, debemos tener en cuenta que en el artículo 41 de nuestra constitución (ya previamente analizado), además de establecerse los derechos respecto al patrimonio cultural, también se consagran el derecho a un medioambiente sano, y en tal sentido, a los fines de la competencia en las causas que versan respecto a aquellos bienes, tales como residuos peligrosos, agua, fauna y/o flora, también se han suscitado contiendas de competencia respecto a quién debe entender en aquellas investigaciones, expedientes en el marco de los cuales, acontecieron discusiones similares pero respecto a otro tipo de bienes.

En ese norte en cuanto al tema de residuos peligrosos, en el precedente «CSJN, 22-8-2019, 'Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051', CSJN 001531/2017/CS001», se destaca que el extremo que otorga la competencia federal en casos de residuos peligrosos en cuencas hídricas resulta ser la interjurisdiccionalidad¹⁵.

Por otro lado, en torno al agua, como relevante, se puede mencionar que el artículo 7 de la ley 25.675 General del Ambiente, establece como excepción la competencia federal, la cual resulta ser, al igual que en el caso de residuos peligrosos, el dato determinante la interjurisdiccionalidad¹⁶.

Asimismo, con relación a la fauna y flora, según lo establecido en el fallo «CSJN, 23-2-2016, 'Imputado: Club de Caza de Tandil s/Infracción ley 22.421 (art.5). Denunciante: Unidad Fiscal de Investigaciones en materia ambiental (UFIMA)'¹⁷, FMP 022488/2014/CS001», ante un caso de duda de los tipos penales en los que encuadran las conductas desplegadas, ello debe determinarse en el fuero federal, lo que en muchos casos, puede llegar a resultar en que la tramitación del proceso sea por ante el fuero penal económico.

¹⁵ CSJN, *Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051* (disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco), 1 de julio de 2021, CSJ 000588/2019/CS001. Precedente citado en De la Fuente, J. E. (Dir.), en Donna, E. A. (2022), *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.ª ed. revisada, p. 292), Rubinzal-Culzoni.

¹⁶ CSJN, *Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051*, 1 de julio de 2021, CSJ 000588/2019/CS001, sjconsulta.csjn.gov.ar. Precedente citado en De la Fuente, J. E. (Dir.), en Donna, E. A. (2022), *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.ª ed. revisada, p. 288), Rubinzal-Culzoni.

¹⁷ sjconsulta.csjn.gov.ar. Precedente citado en De la Fuente, J. E. (Dir.), en Donna, E. A. (2022), *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.ª ed. revisada, p. 293), Rubinzal-Culzoni.

Para concluir con el análisis de la presente sección de la ponencia, deviene necesario e importante remarcar que dentro del «proyecto Borinsky», proyecto de reforma del código penal de la nación del año 2017, -a diferencia del código actual- aquel prevé delitos específicos para este tipo de bienes (paleontológicos y arqueológicos).

Específicamente, dentro del título identificado como XXIV aborda los denominados «delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico»¹⁸, lo que resulta coincidente con la protección jurídica supranacional imperante en esa materia.

III. Precedente «competencia No. 666. XLIV. amigos del museo Ambato de la falda s/ denuncia» de la corte suprema de justicia de la nación

En primer lugar, cabe destacar que como ya se indicó al indicio de la presente, las cuestiones de competencia más trascendentales en materia arqueológica y paleontológica se suscitaron hace aproximadamente más de 17 años; y sólo un pequeño grupo de ellas, han llegado a la instancia de ser analizadas por nuestro máximo tribunal.

Particularmente, cabe destacar que luego de una exhaustiva búsqueda de sentencias de la corte suprema de justicia de la nación, sólo se han encontrado unos pocos expedientes en los que se trató conflictos de competencia en relación a la ley 25.743¹⁹.

Así, dentro ellos, aquí particularmente se analizará el antecedente «competencia No. 666. XLIV. Amigos del museo AMBATO de la falda s/ denuncia», de fecha 25 de noviembre de 2008.

La cuestión central de competencia -de aquel expediente- giraba en torno a cuál era el órgano competente para entender en la causa, siendo que la contienda se disputaba entre el juzgado federal no. 1 de

¹⁸ Catalano, M., & Borinsky, M. H. (2021). *Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural* (1.ª ed., p. 261 y ss.). Ediciones Didot.

¹⁹ Entre el reducido caudal de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre conflictos de competencia vinculados con la normativa analizada, pueden mencionarse, a modo de ejemplo, los siguientes precedentes: CSJN, *Lumi, Martín Norman s/ infracción ley 25.743, Competencia 934/2013*; y; CSJN, *S. Marcelo Ángel s/ infracción ley 25.743, Comp. CSJ 2091/2015/CS1*

la provincia de Córdoba; y el juzgado de control, menores y faltas de Casquín, de la mencionada provincia.

Lo relevante del fallo, radica en que la corte suprema de la nación - haciendo eco a los extremos contenidos en el dictamen del procurador fiscal- resolvió que el órgano jurisdiccional competente para entender en aquellos actuados era el juzgado federal²⁰.

En ese norte, deviene pertinente resaltar algunas de las conclusiones y fundamentos del señalado dictamen fiscal, el cual fue emitido el día 23 de octubre de 2008.

Dentro de aquella pieza jurídica, como primer punto relevante se puede indicar que, como es de costumbre, el dictamen contiene una breve reseña de los hechos históricos del caso. En ese sentido, se señaló que la causa principal o «madre» se inició con motivo de la denuncia efectuada ante la Comisaría de la localidad de La Falda, provincia de Córdoba por el socio fundador de la asociación civil -sin fines de lucro- denominada «amigos del museo Ambato de la falda».

Esencialmente, el objeto de aquellos actuados se circunscribió a «la sustracción de gran parte de las obras de la colección arqueológica que se encontraban en ese museo, que se compondría aproximadamente de tres mil piezas de gran valor científico, patrimonial, cultural e histórico»²¹.

Respecto a la cuestión de competencia, se debe señalar que la contienda bajo análisis resulta ser de las denominadas positivas, puesto que aquella se suscitó en razón del planteo de inhibitoria impetrado por el juzgado federal nro. 1 de la provincia de Córdoba al juzgado de control, menores y faltas de la ciudad de Casquín, de esa provincia.

El planteo efectuado a la justicia ordinaria, esencialmente se basaba en que «se declare incompetente y remita las actuaciones a su juzgado, con fundamento en que los objetos arqueológicos formarían parte del patrimonio cultural de la Nación, y su sustracción habría

²⁰ La parte relevante del fallo expresa: «[...] por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor procurador fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó el presente incidente el juzgado federal n.º 1 de Córdoba. Hágase saber al juzgado de control, menores y faltas de Cosquín, de la provincia mencionada. [...]».

²¹ Dictamen del Procurador Fiscal en la causa objeto de estudio.

creado una situación de peligro en cuanto al destino de los mismos, circunstancia ésta que podría haber afectado intereses nacionales [...].».

Frente a ese planteo, el juzgado de control, menores y faltas anteriormente mencionado, -de acuerdo a los lineamientos vertidos oportunamente por el fiscal-, rechazó la solicitud efectuada, por entender que la pesquisa de aquellos actuados aún se encontraba en un estado prematuro, dado que no se había realizado medida de prueba alguna, a los efectos de determinar la existencia de una conducta relevante para el derecho penal, como así tampoco, se habían obtenido datos respecto a los supuestos autores del supuesto hecho ilícito ni la individualización de los elementos arqueológicos sustraídos.

Por lo expuesto, el juzgado de control, menores y faltas de la ciudad de Casquín, entendió que todo lo anteriormente puntualizado «[...] no permitirían remitir la causa a la justicia federal, dado que por su premura se podría vulnerar el carácter restrictivo previsto por el artículo 116 de la Constitución Nacional [...].».

Por lo antedicho, deviene necesario recordar, qué se entiende cuando una causa se encuentra en un estado incipiente y/o de prematurez (en la pesquisa), y en ese sentido, cuando una investigación recién comienza, y tiene poco tiempo, y/o no se han llevado a cabo todas las medidas posibles a los fines de delimitar su objeto procesal, una conducta que constituya un hecho ilícito del mismo modo, que los autores del delito, se está frente a una causa de estas características.

La importancia de ello, radica en que, si aún restan medidas por realizar para poder delimitar todas y/o algunas de las circunstancias fácticas y/o jurídicas de una causa en particular, ello impacta indefectiblemente en la competencia de aquella.

La competencia es una cuestión relevante para cualquier expediente, y si hay algún tema a definir en cuanto a ello, debe hacerse cuanto antes y en la primera oportunidad que el magistrado tenga la oportunidad de hacerlo.

Pongamos el caso del extracto de una resolución señalada por Vázquez Berrosteguieta (2019: 37), dónde con relación a tal extremo, se estableció que

El tiempo transcurrido desde la iniciación del proceso no es suficiente para tenerlo por definitivamente radicado ante un juez incompetente, dado que, como se dijo, la competencia penal es improporcional y las normas vigentes sólo admiten la sustanciación por el juez incompetente cuando se trata de magistrados de la misma jurisdicción [Fallos, 397:9].

Ello no obstante, claro está a que el planteamiento de cuestiones de competencia deba efectuarse en la primera oportunidad posible para su rápida resolución, a fin de evitar un dispendio de actividad jurisdiccional [...].

Sobre el tema de la prematura investigación o declaración de incompetencia «prematura», hay una gran variedad de jurisprudencia, y para brindar un ejemplo de ello, podemos señalar lo expuesto ya hace muchísimos años en el expediente «Santillán»²² dónde se estableció que «[e]s prematura la contienda negativa de competencia trabada sin que se halle precedida de la investigación necesaria que permita a la Corte ejercer las facultades que le confiere el art. 24 inciso 7º, del decreto-ley 1285/58».

Ahora bien, retomando el fallo del museo Ambato, al volver el legajo al juzgado federal, aquel trajo la contienda, y consecuentemente realizó la correspondiente elevación a la corte suprema de justicia para que dirima la cuestión.

Luego, a su turno, el procurador general de la nación emitió su correspondiente dictamen, dónde postuló que el órgano judicial que debía entender en esta causa en particular, debía ser la justicia federal, ello por cuanto el propio juzgado ordinario no podía descartar la comprobación de sucesos que exciten la competencia federal como así también por entender el procurador que «[...] sin perjuicio de que la investigación se encuentre en sus inicios, por las particularidades de los hechos denunciados, estimo que no podría descartarse una afectación a intereses nacionales en los términos del artículo 33,

²² CSJN, Santillán, Fallos 311:528 (19 de abril de 1988). Precedente citado en Albrecht, P., & Amadeo, J. L. (2002), *La competencia penal: según la jurisprudencia de la Corte* (1.ª ed., p. 17), Depalma / Lexis Nexis Argentina S.A.

inciso 1º, apartado «c», del código procesal penal de la nación (fallos: 324:2348) [...].».

A modo de síntesis, y como esencial, del referido dictamen se extrae que debía entender la justicia federal –pese a que la causa se encontraba aún en un estado incipiente de investigación-, por no poder descartarse que los hechos allí denunciados se encuentren bajo la tutela de la ley 25.743, y que era el juzgado federal nro. 1 de la provincia de Córdoba el que debía efectuar las medidas pertinentes para esclarecer los hechos denunciados, como así también, si aquellos ameritaban la intervención de esa justicia de excepción.

En ese sentido, el propio fiscal general mediante su dictamen (emitido la fecha 23 de octubre de 2008), señaló que en virtud de lo establecido en el art. 4 inciso a de la ley 25.743 como así también lo prescripto en el art. 4 del decreto reglamentario de dicha ley (no. 1022/2004), resulta ser responsabilidad y atribución del estado nacional y del poder ejecutivo, tanto la tutela como la protección jurídica y legal del patrimonio arqueológico y paleontológico de la República Argentina.

En mi opinión los argumentos vertidos en el dictamen del procurador están en lo cierto, dado que tiene que ser la justicia federal el órgano judicial que efectúe la investigación a los efectos de dilucidar los aspectos de hecho y derecho de la causa, para poder tomar conocimiento y así determinar, sobre qué bienes versaba la causa, y los supuestos autores del posible hecho ilícito.

Como corolario de todo lo anteriormente relatado, me permito realizar la observación respecto a que el extremo o punto dirimente - en la mayoría de los casos de contienda suscitados respecto de la ley 25.743- para otorgar la competencia resulta ser el carácter que revisten los objetos involucrados en los expedientes, es decir lo primero a delimitar (con la mayor certeza posible) es si el bien respecto del cual recae la tutela es un bien arqueológico o paleontológico y por lo tanto si se encuentra o no tutelado por la ley 25.743.

Dicho esto, y teniendo en consideración que la disputa en torno a competencia material, a mi criterio, en la actualidad se encontraría zanjada, resta otorgarle algunas palabras a la competencia territorial,

eje central de la problemática actual en materia de investigación de este tipo de delitos.

Así, en cuanto a la competencia territorial, en este tipo de delitos en la práctica surgen diversos escenarios, cada uno con sus particularidades, y en tal norte siempre debe considerar que «[...]os conflictos de competencia en materia penal deben decidirse de acuerdo con la real naturaleza del delito y las circunstancias especiales en que se ha perpetrado, según pueda apreciarse prima facie y con prescindencia de la calificación legal que le atribuyan los jueces del conflicto» (fallos 244:303, 310:2755, 316:2374, 323:3004, 324:2352, 2705 entre otros)²³.

Por consiguiente, la situación idílica o fácil de resolver, es la que se suscita cuando el bien tutelado y el sujeto activo se encuentran en la misma jurisdicción, como por ejemplo los restos fósiles y el vendedor de aquellos se encuentra encuentran en la provincia de Salta, razón por la cual no hay ninguna duda que el juzgado competente, es el juzgado federal de Salta, específicamente la secretaría penal.

Hipótesis distinta resulta ser, la causa dónde el bien paleontológico se encuentra en una locación, Salta; y el sujeto activo esté en otra, Neuquén, en este caso, ya reviste mayor complejidad de resolución, y si bien hay posturas contrapuestas, yo me inclino por la que establece que el juzgado federal que debe intervenir es el que tenga competencia federal en Neuquén, puesto a que a los fines de la agilidad del proceso, y de las diversas medidas de prueba que se lleven a cabo, en su gran mayoría deben ser llevadas en aquella jurisdicción, ello en razón del principio de economía procesal, dentro del cual se encuentran inmersos la concentración, celeridad y eventualidad.

También, sucede y es muy común que el bien (paleontológico u arqueológico) y el sujeto activo se encuentren en una provincia en concreto (continuemos con el ejemplo de Salta) y el delito se denuncie en jurisdicción de la Capital Federal, contexto frente al cual la competencia debe recaer en el Juzgado Federal de la provincia de Salta, teniendo en consideración lo ya establecido en diversos precedentes respecto a otros delitos, donde se indicó que

²³ Vázquez Berrosteguieta (2019, p. 45).

la competencia en razón del territorio se establece, prioritariamente, atendiendo al lugar dónde se ha cometido el delito (Fallos, 229:853, 253:432, 265:323,324:2355, 327:2978 entre otros), lo que no debe confundirse con el lugar en que se produzcan los efectos extratípicos del hecho ilícito (Fallos: 310:2156)²⁴.

Como vemos, hay múltiples escenarios posibles en cuanto a la competencia en el ámbito de la ley 25.743, pero lo que a mi entender sobre lo que no cabe duda alguna, es que no importa la jurisdicción territorial en la que quede radicada la causa, siempre debe ser ante el órgano judicial en materia penal federal.

IV. Palabras finales

Para concluir con la presente ponencia, deviene pertinente remarcar la importancia de incoar correctamente una denuncia y/o que una causa trámite ante el juzgado que le compete, ello a los efectos de no dilatar el proceso.

Si bien en cualquier tipo de expediente la competencia es un punto relevante, como así también es el punto de partida de cualquier análisis, lo cierto es que en las causas en las cuales el objeto de la misma versa sobre alguno de los bienes tutelados por la normativa 25.743, ello deviene todavía más crucial.

Ello por cuanto, no se puede perder de vista que las leyes especiales tienen sus tintes propios, y en la praxis jurídica diaria, no todo el personal de una dependencia judicial tiene la capacitación tanto teórica como práctica del basto conglomerado normativo imperante en ellas, y entiendo que es por ello, que muchas veces se suscitan contiendas de competencia innecesarias, que terminan afectando el curso de la investigación, y/o cuanto menos, dilatan la misma.

Así, la capacitación deviene un elemento esencial en todo el ámbito del derecho, y en los supuestos de protección de patrimonio cultural más aún, dado que la lesión y/o pérdida de un bien jurídico de estas características (paleontológico y/o arqueológico), resulta ser de un daño incommensurable tanto para la generación actual como para las generaciones venideras, no sólo de nuestra República Argentina sino del mundo entero.

²⁴ Vázquez Berrostegueta (2019, p. 47).

¿Soluciones a este problema? Las únicas respuestas posibles son: capacitación, criterio de oportunidad, especialidad, y materia, en la aplicación del derecho en un caso concreto que verse sobre un bien tutelado por la ley 25.743.

En este norte, hoy más que nunca cobra vigor lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en un precedente jurisprudencial de larga data²⁵ «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Oilher, Juan Carlos v. Arenillas, Oscar Norberto», dónde nuestro máximo tribunal - en su considerando nro. 5- indicó que

Que la normativa procesal, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, no se deduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tiene como finalidad y objetivo ordenar la concreción del valor justicia en cada caso (...) Si es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si no puede éste, en principio, juzgar de la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión. (...) Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de hacer justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento nos e compadece con la misión de administrar justicia.

Así, cabe poner de manifiesto que, si bien el precedente mencionado no es uno del ámbito del derecho penal, sus palabras hoy más que nunca entran en vigor y deben ser norte a los fines de administrar justicia, no sólo en materia de patrimonio cultural sino en toda rama del derecho.

²⁵ De fecha 23 de diciembre de 1980.

V. Bibliografía

- Albrecht, P., & Amadeo, J. L. (2002). *La competencia penal: según la jurisprudencia de la Corte* (1.ª ed.). Depalma / Lexis Nexis Argentina S.A.
- Argentina. Constitución Nacional. Arts. 41 y 75 inc. 22.
- Argentina. Congreso de la Nación. Ley 25.743. *Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico*. Argentina. Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 1022/2004.
- Argentina. Código Procesal Penal de la Nación. Art. 33.
- Catalano, M., & Borinsky, M. H. (2021). *Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural* (1.ª ed.). Ediciones Didot.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *Amigos del Museo Ambato de la Falda s/ denuncia*, CSJN, 25-11-2008.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *Competencia 934/2013, Lumi, Martin Norman s/ infracción ley 25.743*.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *Oilher, Juan Carlos v. Arenillas, Oscar Norberto*, CSJN, 23-12-1980.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *S. Marcelo Ángel s/ infracción ley 25.743*, Comp. CSJ 2091/2015/CS1.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (2000).
- Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador). (1940).
- Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y Transferencia Ilícitas de Bienes Culturales. UNESCO, 1970.
- Convenio de UNIDROIT sobre Objetos Culturales Robados o Ilícitamente Exportados. (1995).
- De la Fuente, J. E. (Dir.). En Donna, E. A. (2022). *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.ª ed. revisada). Rubinzel-Culzoni.
(Incluye las referencias jurisprudenciales extraídas de esta obra:

- Fernández 2019; Fábrica Militar Río Tercero 2021; Club de Caza de Tandil 2016).*
- Garrone, J. A. (1994). *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot* (2.ª ed., T. III: P–Z). Abeledo-Perrot.
- Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano (INAPL). (s.f.). *Bienes arqueológicos argentinos*. Recuperado de <https://inapl.cultura.gob.ar/.noticia/bienes-arqueologicos-argentinos/>
- Ledesma, A. D., Sánchez Freytes, A. (Dir.), & Haro, R. (Co-dir.) (2011/2012). *La competencia federal penal* (Tesis doctoral). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza. Editores del Puerto S.R.L.
- Vázquez Berrosteguieta, M. C. (2019). *Competencia penal de los tribunales federales* (1.ª ed., 1.ª reimp.). Hammurabi.
- Vismara, S., Victorero, S., & D'Alessio, A. J. (Dir.). (2011). *Código Penal de la Nación comentado y anotado* (2.ª ed. actualizada y ampliada, T. III). La Ley