

Bienes y valores colectivos del patrimonio cultural⁽¹⁾

por NÉSTOR A. CAFFERATTA⁽²⁾

I | Introducción

Una advertencia preliminar: nos referimos expresamente a bienes y valores colectivos pertenecientes al patrimonio cultural porque partimos de la idea que esta temática se encuadra dentro de los “derechos de incidencia colectiva”, referidos a valores y bienes colectivos —siendo muchos de estos bienes del dominio público nacional, provincial o municipal—, porque son de pertenencia difusa, homogénea o fungible, supraindividual, comunitaria y tienen por objeto bienes indivisibles.⁽³⁾

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Subdirector de la Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho (UBA).

(3) La bibliografía sobre derechos de incidencia colectiva es amplísima: LORENZETTI, RICARDO L., *Justicia Colectiva*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2010; ALTERINI, ATILIO ANIBAL, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, en *LL* 2009-D-740; AZAR, MARÍA JOSÉ, “Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN”, en *LL*, 13/07/2009; BADENI, GREGORIO, “El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos”, en *LL*, 2009-B, 255; BARRA, RODOLFO, “Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la CSJN”, en *ED*, 169-433; BOTASSI, CARLOS, “Protección administrativa y judicial del ambiente humano. El problema de la legitimación y los derechos de incidencia colectiva”, *Revista Función Pública*/15, año XII, n° 133/134, 1999; CARNOTA, WALTER F., “El perímetro de lo colectivo, de lo individual y de los individual homogéneo: la vida de los tribunales después de Halabi”, en *elDial* -DC109E; CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Los Derechos de Incidencia Colectiva”, en *La Ley*, suplemento jurisprudencia de derecho administrativo, 16/02/2006; CAMPS, CARLOS, “El Código Modelo de

Es sabido que el derecho ambiental —que incluye la defensa del patrimonio cultural—, tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 41 CN).

Procesos Colectivos para Iberoamérica y las vías para la defensa de derechos de incidencia colectiva”, en RDA, 3, LexisNexis, p. 249; CASSAGNE, JUAN C., “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problemas de reconocimiento de la acción colectiva”, en LL, 2009-B, 649; CATALANO, MARIANA y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA, “Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema”, en LL, 2009-B-598; DALLA VÍA, ALBERTO R., “El activismo de la Corte Suprema puesto en defensa de la privacidad”, en JA, 2009, fascículo n° 4, p. 34; DELLASOPPA, JULIA, “Los derechos de incidencia colectiva y el acceso a la justicia”, en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 17, AbeledoPerrot, p. 177; ESAIN, JOSÉ, “Derecho Constitucional: el principio ideológico, el acceso a la justicia en defensa de los derechos de incidencia colectiva y del patrimonio cultural vinculado al libre acceso a la transmisión televisiva de los partidos de la selección argentina de fútbol”, en JA, 2003-II, fascículo n° 12, p. 24; GARCIA PULLES, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran los derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, en LL, 2009-B, 189; GELLI, MARÍA A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, en LL, 2009-B-565; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El caso ‘Mendoza’: hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos de incidencia colectiva”, en LL, 2006-E-40 y “Derechos colectivos y acciones colectivas”, en LL, 2209-C, 1128; GÓMEZ, CLAUDIO y RODRÍGUEZ, CARLOS, “Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CSJN”, en DJ, 2009, 726; GIANNINI, LEANDRO J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, La Plata, Editorial Platense, 2007, y “Los procesos colectivos y la tutela de los derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de ‘derechos de incidencia colectiva’”, en LL, 2008-A-97; GORDILLO, AGUSTÍN, “La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva”, en LL, 1995-E-516; “Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva”, en LL, 1997-C-322; “Derechos de Incidencia colectiva”, en AAVV, *El derecho Administrativo hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 274; “Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en una acción declarativa de inconstitucionalidad”, en LL, 1997-C-322; “Derechos de Incidencia colectiva”, en A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Bs. As., FDA, 2003; GOZAÍNI, OSVALDO, “Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, en LL, 2005,-B-1393; “Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva”, LL, 2005,-F-1163; HALABI, ERNESTO, “Lo más importante detrás de la causa Halabi”, *elDial* - DC10EB; HUALPA, EDUARDO, “Las comunidades indígenas y los derechos de incidencia colectiva”, en LL, 2002-B-93; IBARLUCIA, EMILIO A., “Hacia la precisión del concepto derechos de incidencia colectiva (con motivo del caso Mujeres por la Vida de la CSJN)”, en LL, 2007-C-808; MAURINO, GUSTAVO y SIGAL, MARTÍN, “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, en JA, 2009-II, fascículo n° 4, p. 39; MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Derechos de incidencia colectiva: luces y sombras en torno al acceso a la justicia ambiental cordobesa”, en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 12, octubre/diciembre 2007, LexisNexis/Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, p. 220; RIVERA, JULIO CÉSAR y MORELLO, AUGUSTO M., “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, Platense, 1998; MORELLO, AUGUSTO M. y CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Visión Procesal de Cuestiones Ambientales”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004; RIVERA JULIO CÉSAR (h), “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional”, en LL, 2005-B-1053; ROSALES CUELLO, RAMIRO y GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “Nuevas consideraciones

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Mendoza",⁽⁴⁾ en la sentencia de apertura en competencia originaria, dijo que la especialidad

... tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente [que] tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado

sobre el caso Halabi", *LL*, 13/07/2009, 10; RODRÍGUEZ, CARLOS, "Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CSJN", *DJ* 25/03/2009, 726; SABSAY, DANIEL A., "El derecho a la intimidad y la acción de clase", *LL*, 2009-B, 401; SALGADO, JOSÉ M., "Visión procesal de los derechos de incidencia colectiva", *LL*, 2006-C-787; "Aristas del caso "Halabi", *DJ*, 07/10/2009; "La Corte y la construcción del caso colectivo", *LL*, 2007; "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores, 2010; "Derechos colectivos en el proyecto de actualización unificación de los CCyC de la Nación", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XIV, n° 10, octubre 2012, La Ley, p. 29; SALOMÓN, MARCELO J., "La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno del caso Halabi", *LL, Suplemento Constitucional*, mayo 2009, p. 41; SAGÜES, NÉSTOR P., "La creación pretoriana del amparo- acción de clase como proceso constitucional", *JA*, 2009-II, fascículo n° 4, p. 25; SAUX, EDGARDO, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", en *Rev. de Derecho Privado y Comunitario* n° 7, Rubinzal-Culzoni, 1994; SBDAR, CLAUDIA, "Protección jurisdiccional de derechos de incidencia colectiva. Proceso colectivo ambiental", *Revista de Derecho Ambiental*, n° 20, p. 1, AbeledoPerrot; SBDAR, CLAUDIA (coord. y dir.), "Una mirada procesal de los derechos de incidencia colectiva", *La Ley*, 2012; SPROVIERI, LUIS E., "Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo Halabi", *JA*, 2009-II, fascículo n° 4, p. 52; SIGAL, MARTIN, "Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos", *JA*, 2005-II, suplemento fascículo n° 5, p. 28; SOLÁ, JUAN V.; "El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas", *LL*, 2009-B-154; TORICELLI, MAXIMILIANO, "El caso "Mendoza": hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos de incidencia colectiva", *Suplemento La Ley*, 22/08/2006, p. 31; "Un importante avance en materia de legitimación activa", *LL*, 2009-B, 202; XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, Subcomisión 1, "Procesos colectivos y acciones de clase", en Oteiza, Eduardo (coord.) *Procesos colectivos*, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 481.

(4) CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)", 20/06/2006, Fallos: 326:2316. Para ampliar respecto de los alcances y contenido este fallo ejemplar, consultar MORELLO, AUGUSTO M., "Aperturas y contenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *JA*, 2006-III, 304; SABSAY, DANIEL; "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza Riachuelo", *LL*, 2006, D-280; "Caminos de la Corte. Derecho Ambiental. Una nueva etapa en la defensa de los bienes judiciales ambientales", *LL*, 2007-B-1026; PIGRETTI, EDUARDO A., "Aciertos y desaciertos del fallo que anotamos" (caso Mendoza) *ED* 20-11-2006; CAMPS, CARLOS, "Derecho procesal ambiental: nuevas pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *Revista de Derecho Ambiental*, n° 7, julio/septiembre 2006, p. 201, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, AbeledoPerrot; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "El caso 'Mendoza'...", *op. cit.*; VALLS, MARIO F., "Sigue la causa M. 1569 XL - Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", [en línea] www.eldial.com. Suplemento *Derecho Ambiental*, 2006; ESAIN, JOSÉ y GARCIA MINELLA, GABRIELA, "Proceso y ambiente: Mucho más que (...) Corte a la contaminación", *Revista de Derecho Ambiental*, n° 7, *op. cit.*,

de una manera no disponible por las partes... [y agregó que] la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto (de los bienes del patrimonio natural y cultural). Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente (...), para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

Toda vez que el derecho ambiental es un derecho de incidencia colectiva referido a un macro bien colectivo —el ambiente o sus micro componentes—, que se ubica en la “esfera social” de los individuos, es de pertenencia

CAFFERATTA, NÉSTOR A., “El tiempo de las Cortes Verdes”, *La Ley*, 2007-B-423; ZAMBRANO, PEDRO, “El derecho de defensa en los juicios ambientales”, *LL*, 2006-F, 634; RODRÍGUEZ, CARLOS, “La defensa de los bienes públicos ambientales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *DJ* 2006-2-703; BARBIERI, GALA, “El activismo judicial tuvo que enfrentar, una vez más, a la disfuncionalidad administrativa”, *La Ley*, 2006-E, 318; DEVIA, LEILA; NOCEDA, PAULA y SIBILEAU, AGNÈS, “Algunas reflexiones en torno al caso Matanza- Riachuelo”, *LL*, 2006-E, 355; CATALANO, MARIANA, Anexo Jurisprudencial a cargo, en *Teoría del Derecho Ambiental*, *La Ley*, 2008, p. 268; BIBILONI, HOMERO, “Una sentencia ambiental de política judicial vista a partir de sus múltiples impactos y enseñanzas que deja”, en *Derecho Ambiental en Evolución* 5, p. 173, Juruá, 2007; “Ambiente y Política. Una visión integradora para gestiones viables”, Ediciones RAP, 2008.

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, M. 1569. XL., competencia originaria. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia definitiva 08/07/08. *LL*, 2008/07/23, p. 7, fallo 112.665, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos en la jurisprudencia de la CSJN”; TETTAMANTI DE RAMELLA, ADRIANA, “Una sentencia que trasciende la cuestión ambiental”, p. 9; RODRÍGUEZ, CARLOS A., “La prevención de la contaminación del Riachuelo: la sentencia definitiva”, p. 10. También véase, *La Ley*, 20/082008, los comentarios de Juan V. Solá, “La Corte Suprema y el Riachuelo”, p. 7. Catalano, Mariana: “El fallo Mendoza”, p. 11. Además, CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo”, *JA*, 2008-III-288. CATALANO, MARIANA (coord.), dossier “El leading case ‘Mendoza’ (Cuenca Matanza Riachuelo)”, en *Revista de Derecho Ambiental, Justicia Ambiental* n° 16, octubre/diciembre del 2008 con artículos de Andrada, A., Camps, C., Falbo, A., Lago, D., Rodríguez Salas, A., Esain, J., Nápoli, A. Y el número especial de *JA*, 2008-IV, Caso Mendoza perfiles y proyecciones, con trabajos de Bibiloni, H., Calegari de Grosso, L., Camps, C., Faggi, E., García Torres, M., Novelli, M., Pastorino, L., Rodríguez, C., Valls, M., Morello, A. M. Para ampliar respecto de la ejecución de sentencia, consultar el minucioso trabajo de investigación de ZONIS, FEDERICO, VELLO, MARIANA y RINALDI, GUSTAVO, “La ejecución de la sentencia Mendoza (caso del Riachuelo), p. 85, *JA*, 2009-IV, Número especial, “Novedades en Derecho Ambiental”.

supraindividual. De las mismas características —en cuanto pertenece a la familia de los derechos de incidencia colectiva—, participa el “patrimonio cultural”. Es, además, un derecho que tiene por objeto “bienes colectivos”. En ese sentido, los bienes colectivos o bienes comunes presentan una estructura no distributiva —por lo tanto no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo—, y son de imposible división en partes para otorgárselos a los individuos.⁽⁵⁾

Ricardo Lorenzetti,⁽⁶⁾ cuyas enseñanzas seguimos para el desarrollo de este punto, distingue tres clases de derechos:

1. derechos sobre bienes jurídicos individuales;
2. derechos sobre intereses individuales homogéneos;
3. derechos sobre bienes jurídicos colectivos.

Así, los primeros son ejercidos por su titular, quien tendrá la carga de la prueba de una eventual lesión, y se trata de derechos subjetivos sobre un bien individualmente disponible. Los segundos son derechos individuales divisibles, pero se vinculan por un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, una causa fáctica homogénea. Y por último, los derechos de incidencia colectiva son aquellos cuyo objeto recae en los bienes colectivos, lo que ocurre cuando pertenecen a la comunidad y a la esfera social, son indivisibles, y no admiten exclusión alguna. Cualquier petición que se realice a su respecto debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, por eso solo concede legitimación extraordinaria y en ningún caso existe un derecho de apropiación individual.

Lorenzetti apunta que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. En estos casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Esta acción está destinada a obtener la

(5) ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Bs. As., Gedisa, 2008, pp. 186/190.

(6) LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, pp. 332/335.

protección de derechos divisibles, no homogéneos, y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

Por “derechos individuales”, referidos a bienes divisibles y disponibles, entendemos a la totalidad de los intereses que se alojan en las diversas “situaciones de derecho”, según la distinción de los casilleros clásicos de derecho, a saber: 1) los derechos subjetivos; 2) los intereses legítimos; y 3) los intereses simples.

Los derechos de incidencia colectiva (“intereses difusos”) desbordan el derecho subjetivo, discreto, que enfrenta a Cayo y Ticio (Augusto Morello), por el carácter individual, exclusivo, excluyente, diferenciado que caracteriza estos últimos derechos, cuyo objeto son bienes individuales, disponibles o propios.

Estos “nuevos derechos” en cambio, comprometen el interés de infinidad de personas que, según los cánones históricos del proceso civil, son extraños o ajenos a los mismos —huérfanos de tutela y protección jurídica— pero que, a partir de la emersión de los intereses difusos, rebautizados por nuestra Constitución Nacional como “derechos de incidencia colectiva”, representan una vía de canalización de estas problemáticas (Walter Carnota) y un definitivo, creemos, acercamiento de lo privado a lo público (Morello).

Los derechos de incidencia colectiva, dentro de los cuales se inscribe el patrimonio cultural, son los derechos del siglo XXI.

En síntesis, los “derechos de incidencia colectiva”, de enorme relevancia presente, contienen, a su vez, una doble clase de derechos: 1) derechos que tienen por objeto los bienes colectivos y 2) derechos individuales homogéneos. Al respecto, la CSJN⁽⁷⁾ dijo que

... los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, están alcanzados por la Constitución, en el art. 43 párrafo 2°. Se trata de una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos

(7) CSJN, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. —ley 25.873 dto. 1563/04— s/amparo-ley 16.986”, 24/02/2009, Fallos: 332:111, ver LL, 2009-B, 157.

personales o patrimoniales derivados de afectación al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

También señaló que “en estos casos, no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable como una causa fáctica homogénea”. Y concluyó

... ese dato tiene relevancia jurídica, porque en tales casos, la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne a daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa, que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño... [por lo que] la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.⁽⁸⁾

A criterio de la CSJN, entonces, deberán concurrir:

1. la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales;
2. la concentración de la pretensión en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. La existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho;
3. la exigencia de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. La acción resultará de todos modos procedente en casos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud.

Intereses difusos (Bidart Campos), de categoría, de clase, de serie (Lugo, Caravita) en un sentido amplio, comunitarios, generales (Iribarne), de grupo (Bujosa Vadel), supra individuales (Morello), masificados, que constituyen

.....
(8) CSJN, “Halabi, Ernesto...”, fallo cit.

en su conjunto, el 2º segmento de derechos (derechos de incidencia colectiva). Los derechos relativos a la defensa del patrimonio cultural se encuadran, *prima facie*, dentro de esta última categoría de derechos. Los “Nuevos Derechos” (Zannoni), y que nuestra Constitución Nacional menciona al pasar en el art. 43, párr. 2, al instituir el amparo colectivo (Quiroga Lavié).

También esa misma norma enumera de manera simplemente ejemplar (no taxativa ni cerrada), los que considera constituyen “especies” de esta “familia” de derechos: a) derechos del usuario y del consumidor; b) derecho contra la discriminación social; c) derecho a la libre competencia; y d) nuestro derecho ambiental.

Por ello, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, desde la óptica de los sujetos legitimados activamente para obrar, son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación y las organizaciones no gubernamentales (ONGs), asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

Estos derechos son un *tertium genus*, y se caracterizan por presentar una matriz híbrida (Gozáini), mixta, bifronte o bicéfala. O, como el dios Jano, exhiben dos caras (Morello). Es que, como se ha dicho con razón, tienen “cuerpo privado y alma pública” (Bujosa Vadell, Gozáini).

Son derechos que pertenecen de modo impersonal, generalizado, indiferenciado, igual, homogéneo o fungible a la comunidad, y son supraindividuales o colectivos. Son derechos que se ubican en la esfera social de los sujetos.

Son derechos masificados que recaen sobre bienes colectivos, indivisibles, no disponibles en forma individual, —exclusiva o excluyente—, de uso, goce, disfrute y afectación solidaria. Son derechos que inciden colectivamente.

De allí que prestigiosa doctrina los califica de “derechos invasores” (Jorge Mosset Iturraspe), que ejercen un fuerte poder de irradiación (López Ramos) sobre otras ramas del derecho clásico; que influyen o impactan sobre una “colmena de derechos” (Orgaz), y que contienen, a su vez, un “haz de intereses” (Caravitta) yuxtapuestos (Pettigiani) y de bienes (Lorenzetti) sumamente valiosos para la calidad de vida y el desarrollo humano.

A su vez, recordamos que en el derecho ambiental, al igual que en otros de esta clase de “nuevos derechos”, se alojan desde una visión civilista

los “derechos personalísimos” (Augusto Morello, Gabriel Stiglitz, Juan Hitters, Graciela Messina, Aníbal Falbo, Tomás Hutchinson), derechos humanos desde la óptica del Derecho Público, aunque por su naturaleza o perfil bipolar o dual se exhiben como derechos predominantemente sociales (Morello, Stiglitz).

El derecho ambiental,⁽⁹⁾ canaliza no solo los derechos de las generaciones actuales del siglo XXI, sino también de las generaciones futuras. Se basa en ideas o valores de paz, cooperación y solidaridad (Eduardo Jiménez); por lo que se trata de derechos humanos básicos, esenciales, presupuestos de la personalidad, de tercera generación (Bidart Campos) en cuanto derecho inter-generacional (Morello) o en tanto tienen por objeto la defensa de la calidad de vida (Lorenzetti).

2 | Concepto de patrimonio cultural

Hecha esta introducción abordemos el concepto de patrimonio cultural.⁽¹⁰⁾

Aun cuando la expresión “patrimonio cultural” ha sido generalizada en la legislación de distintos países americanos abandonando otras más antiguas como “tesoro cultural de la Nación” (Bolivia, Guatemala) o “monumentos históricos” (Chile, Perú), algunos Estados han optado por utilizar, con idéntico sentido, el término “patrimonio” incorporándole adjetivos como “artístico” (Ecuador), “histórico-artístico” (Brasil, Colombia, Venezuela) o “histórico, artístico y cultural” (Uruguay).

.....

(9) LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría del Derecho Ambiental*, Bs. As., La Ley, 2008; CAFFERATTA, NÉSTOR A.; LORENZETTI, PABLO; RINALDI, GUSTAVO y ZONIS, FEDERICO, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental*, t. I, II y III, Bs. As., La Ley, 2012; CAFFERATTA, NÉSTOR A. (dir.); LORENZETTI, PABLO; RINALDI, GUSTAVO y ZONIS, FEDERICO (cols), *Summa Ambiental*, Bs., As., AbeledoPerrot, 2011.

(10) CAFFERATTA, NÉSTOR A., “El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico-cultural”, en JA, 2004-III, fascículo n° 1; SOZZO, GONZALO (coord.), *La protección del patrimonio cultural*, UNL, 2009, p. 125; “El arca cultural: entre lo público y lo privado, un proyecto democratizador de la propiedad privada”, p. 101, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, año 2, n° 2, Santa Fe, Argentina, 2002; “El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (la narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente)”, *Revista de Derecho Ambiental* n° 10, abril/junio 2007, LexisNexis/Instituto El Derecho por un Planeta Verde, p. 49; “El daño a los bienes culturales”, en R. L. Lorenzetti (dir.), Mariana Catalano y Lorena González Rodríguez (coords.), *Derecho Ambiental y Daño*, La Ley, 2009, pp. 315-364; “La gestión de los bienes culturales como espacio de hibridación de dispositivos públicos y privados”, *Revista de Derecho Público*, 2009-II, Derecho Ambiental - II, Rubinzal-Culzoni Editores, noviembre

En Argentina, algunas constituciones provinciales, en sus reformas producidas en la década de los 80, incorporaron el término patrimonio cultural (art. 65, Constitución de Córdoba, 1987; art. 65, Constitución de Jujuy, 1986; art. 56, Constitución de La Rioja, 1986 y art. 51 Constitución de Salta, 1986). Un valioso antecedente es el art. 37, inc. 7º, de la Constitución de 1949, que establecía:

Las riquezas artísticas o históricas, así como el paisaje natural, cualquiera sea su propietario, forman parte del patrimonio cultural de la Nación y estarán bajo la tutela del Estado, que puede decretar las expropiaciones necesarias para su defensa y prohibir la exportación o enajenación de los tesoros artísticos. El Estado organizará un registro de la riqueza artística o histórica que asegure su custodia y atienda a su conservación.

Finalmente, la Constitución Nacional de 1994 incluyó, en su art. 41, la defensa del "patrimonio natural y cultural".

L. Prott, jurista jefe de la Sección Internacionales de la División Patrimonio Cultural de la Unesco, define el patrimonio cultural como

... los bienes inmuebles, como son los monumentos, edificios, lugares arqueológicos, conjuntos históricos, y los elementos

de 2009, p. 265; LEVRAND, NORMA: "El patrimonio cultural, un deber de todos", JA, 2013-IV, suplemento del fascículo n° 12, p. 55; LEVRAND, NORMA y SPANO TARDIVO, LUCENA, "La tutela del patrimonio cultural de los bienes de propiedad privada. La Casa Tons, Santa Fe", RDA 36- 203; PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, MARÍA, "Protección del patrimonio cultural y derecho de propiedad", LL, 2013-E, 585; RODRÍGUEZ, CARLOS A., "La protección del patrimonio cultural inmaterial", *Revista de Derecho Ambiental* n° 10, op. cit., "Derecho Ambiental. Patrimonio cultural e histórico", LL, 08/01/2014, p. 1; SENDRI, LILIANA, "El patrimonio cultural y la identidad cultural", JA, 30/05/2001; MOREL ECHEVERRÍA, JUAN P., *Ambiente y cultura como objeto del derecho*, Quórum, 2008; ESAÍN, JOSÉ, "Derecho Constitucional: el principio ideológico, el acceso a la justicia en defensa de los derechos de incidencia colectiva y del patrimonio cultural vinculado al libre acceso a la transmisión televisiva de los partidos de la selección argentina de fútbol", JA, 2003-II, fascículo n° 12, p. 24; DENMON, DANIEL E., "El patrimonio cultural y su protección en el derecho ambiental argentino. El nuevo paradigma ambiental", *Revista de Derecho Ambiental* n° 35, junio/septiembre 2013, AbeledoPerrot p. 73; BERBERIÁN, EDUARDO, *La protección...*, op. cit., SPESSTOT, ALEJANDRO y PULVIRENTI, ORLANDO, "El acceso a la cultura y el derecho de propiedad intelectual", *La Ley Actualidad*, 29/03/2012, p. 1; RONDINA, GERARDO, *Nuevos derechos y garantías en la Constitución Nacional. Acerca de la preservación del patrimonio cultural*, Rosario, Zeus, 1994, t. 66, año XXI, n° 5031, p. 85/86; "La preservación del patrimonio monumental. Ley 12.665", ED, 13/07/2005, p. 1; ZABALA DUFAY, ANDREA M., "Patrimonio cultural. Circulación. Protección", JA, 2008-II-1082. En materia convenciones internacionales, véase DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, "Codificación y comentario de normas internacionales ambientales", Tutela del Patrimonio Cultural, La Ley/Fedye, 2001. Para ampliar, LEME MACHADO, PAULO AFFONSO, *Direito*

“naturales”, como los árboles, grutas, lagos, montañas y otros, que encarnan importantes tradiciones culturales, y los bienes muebles, que engloban las obras de arte de cualquier tipo de cualquier material, los objetos de interés arqueológico, los que reflejan técnicas tal vez desaparecidas y los objetos de la vida cotidiana, como pueden ser los utensilios, los vestidos y las armas.⁽¹¹⁾

En ese sentido, la Unesco expresa que dicho patrimonio —definido por la Convención de La Haya en 1970— es el conjunto de bienes culturales, comprensivo de 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. Por su parte, la Segunda Conferencia General de la Unesco, celebrada en México en 1982,

... considera Patrimonio Histórico el conjunto de Valores y Bienes, que se encuentran íntimamente relacionados con su Historia, sus tradiciones e idiosincrasia y que constituyen elementos integrantes de su identidad regional. La conceptualización de bien cultural, refiere no sólo a las manifestaciones del arte en general sino a “toda otra forma de vida de un pueblo”. El patrimonio cultural conforma la geografía construida que cohabita con cada integrante de la comunidad, está presente en cada rincón, pertenece a todos y cada uno de los miembros de esa comunidad.

También se dijo que patrimonio cultural “es el conjunto de bienes tangibles e intangibles, que constituyen herencia de un grupo humano y que refuerzan emocionalmente su comunidad con una identidad propia y que son percibidos por otro como característicos”.⁽¹²⁾

.....
Ambiental Brasileiro, 14ª ed., Malheiros Editores, p. 900 y ss.; “Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico - Cuaderno do Patrimonio Cultural”, 2011, n° 29-31, Magister Editora; Primer Seminario Minería y Monumentos Nacionales. Patrimonio Arqueológico, Paleontológico e Histórico. Ministerio de Educación. Consejo de Monumentos Nacionales. Septiembre 2005. Editores Gastón Fernández Montero y Paola González Carvajal, Santiago de Chile.

(11) PROT, LYDBEK, “Normas internacionales sobre el patrimonio cultural”, [en línea] <http://www.crim.unam.mx/cultura/informe/Art14.htm>

(12) NAVAS, MARIANO, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”, LL número especial, 2009, pp. 493/504.

Por lo expuesto, Unesco entiende por “patrimonio cultural” al “legado que recibimos del pasado, lo que vivimos en el presente y lo que transmitimos a las generaciones venideras”. Asimismo, la jurista brasileña Ana Moreira Marchesan, pone el acento en las categorías de nación, testamento y referencia, como componentes meta-jurídicos del patrimonio cultural.⁽¹³⁾ En el derecho comparado latinoamericano, la ley 397/97 de la República de Colombia define el patrimonio cultural

... por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad o identidad de un pueblo, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico, y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.

La profesora chilena Mariana Aylwin enseña que el “patrimonio cultural” junto con al “patrimonio natural”, constituyen el “entorno” que la de sentido de pertenencia a un pueblo o una Nación, lo reconoce en una historia, en una geografía, y lo proyecta en su especificidad al futuro. Así visto, “patrimonio” es “todo” lo que contribuye a formar y consolidar la identidad de un lugar y con ello facilita la relación del hombre con el medio. Por ello, Uslenghi y Gatti⁽¹⁴⁾ señalan que toda medida de tutela de los valores patrimoniales culturales tiende a “mejorar la calidad de vida en cuanto permite la pervivencia de rasgos y valores, en definitiva, aglutinantes de una sociedad determinada”. También en doctrina judicial se dijo que, “destruir el patrimonio cultural e histórico de un pueblo es secar sus raíces y de esta forma minar sus potencialidades futuras”.

(13) MOREIRA MARCHESAN, ANA N., *La tutela del patrimonio cultural sobre el enfoque del derecho ambiental*, Librería Do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007; “La importancia de la preservación del patrimonio cultural en la posmodernidad”, en *Derecho ambiental en evolución* 4, Curitiba, Juruá, 2005, p. 49. “Tutela jurídica do paisagem no espaço urbano”, en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 21, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 153; “A preservação do futuro a través do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira”, en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 26, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 135.

(14) USLENGHI, ALEJANDRO y GATTI, WALTER, “La tutela del patrimonio cultural y las cláusulas abiertas en la reforma de la Constitución Nacional”, en *LL Actualidad*, 26/04/1994.

Recurrimos ahora a la jurisprudencia, por lo elocuente de los conceptos en tren de definir qué se entiende por patrimonio cultural. Se trata de un pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario del fuero de la Ciudad de Buenos Aires del que recogemos el voto de la magistrada Mabel Daniele, en el marco de un amparo promovido en favor de la tutela de la casa de los fundadores del barrio Flores, más conocida como la “Casa Millán”, proceso en el que, pese a los esfuerzos homéricos de la justicia para conservar este bien de altísimo valor histórico cultural y arquitectónico de la ciudad, no pudo evitarse su demolición por estar afectado a intereses comerciales en función de la inminente construcción de un edificio torre promovido por un emprendimiento inmobiliario. En oportunidad de ese fallo, se dijo:

Debemos recordar que el Patrimonio Histórico Artístico de un pueblo no es sólo la suma de restos gloriosos de épocas pasadas; constituye un símbolo de continuidad de la civilización en un territorio y el concepto de que la vida misma tuvieron otras gentes en otras civilizaciones. En la actualidad, las grandes concentraciones urbanas como consecuencia del desarrollo de la industria y el afán de rechazar todo aquello que no resulte “productivo”, han favorecido que en numerosas ocasiones la piqueta haya derribado verdaderas obras de artes para ser sustituidas por modernos edificios con una gran capacidad de alojamiento pero que en modo alguno pueden compensar la pérdida de un objeto que representa el sentir de otros tiempos.⁽¹⁵⁾

3 | Patrimonio cultural en la Constitución Nacional

El art. 41 CN, parte pertinente, dispone que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente (...) 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...”.

Desde la perspectiva constitucional, Germán J. Bidart Campos señala que ... el ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos naturales: agua, atmósfera, biósfera, tierra, subsuelo;

(15) CAPEL. CONT. ADM. Y TRIBUT., Sala II, CABA, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA)”, 14/08/2008.

hay que añadir todos los elementos que el hombre crea y que posibilita la vida, la subsistencia y el desarrollo de los seres vivos". Y más adelante expresa que "como el hombre es un ser social, el ambiente también se integra con otros ingredientes que, latamente, cabe calificar como culturales; es así que debemos agregar el patrimonio artístico e histórico, que no en vano, recibe el apodo de patrimonio cultural.⁽¹⁶⁾

También, se recuerda que Roberto Dromi y Eduardo Menem enseñan:

La historia y la cultura que un pueblo va formando en su desarrollo se testimonia en forma tangible a través de sus obras de arte o literarias, construcciones y edificios, entre otras. Estos objetos van conformando la identidad de una Nación y es lo que permitirá a las generaciones futuras, al tomar contacto con esas raíces, mantener la tradición en la construcción del país que los tendrá protagonistas. De ahí que la Constitución imponga a las autoridades este deber de amparar el resultado de lo que constituyen los hitos que marcan la personalidad y el acervo cultural propio de la Argentina. El fomento de la cultura en sus variadas expresiones, la conservación de los museos y de los lugares histórico son ejemplos de lo que es objeto de protección en esta previsión constitucional.⁽¹⁷⁾

Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya⁽¹⁸⁾ manifiestan que

... las adjetivaciones definen al ambiente en una simbiosis dialéctica (naturaleza + cultura). El término "patrimonio" en este

(16) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I-B, Bs. As., Ediar, 2001, p. 227; "Manual de la Constitución Reformada", t. II, Bs. As., Ediar, 1998, p. 83.

(17) DROMI, ROBERTO y MENEM, EDUARDO, *La Constitución Reformada*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1995, p. 133. REY, GONZALO H., "La tutela del patrimonio cultural en la Constitución Nacional", en *LL Actualidad*, 06/08/2009, p. 1.

(18) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL y CENICACELAYA, MARIA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 296; MAQUEDA, JUAN C., "Derecho ambiental constitucional", en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 11, LexisNexis, julio/septiembre 2007, p. 1; ROSATTI, HORACIO D., *Derecho Ambiental Constitucional*, Bs. As. Rubinzal-Culzoni Editores, 2004; JIMENEZ, EDUARDO P., "Derecho Constitucional Argentino", t. II, Bs. As., Ediar, p. 462; GONZÁLEZ ARZAC, FELIPE, "La Constitución y la tutela ambiental", en *AAVV, Nueva Constitución de la República Argentina*, Bs. As., Negri, 1994, p. 365; "El art. 41 de la CN y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado", en *AAVV, "Responsabilidad Ambiental"*, Bs. As., Editorial de Belgrano, 1999, p. 117; LUGONES, JUAN N., "El artículo 41 de la Constitución Nacional y la jurisdicción", en *JA*, 1997-IV-1029.

contexto ambiental se relaciona con la noción clásica del derecho civil de los bienes y de la persona, pero supone una extensión del mundo privatista que expresa un valor colectivo inherente a una universalidad de bienes con independencia de su status jurídico que porta una "riqueza" no patrimonial sino de orden natural y cultural, legada por nuestros antecesores que debe transmitirse a las generaciones futuras (PRIEUR).

Está claro que la reforma constitucional de 1994 incluyó de manera expresa la preservación del "patrimonio cultural" dentro de la fórmula amplia del art. 41, que jerarquiza con "ropaje constitucional" el derecho ambiental en el ordenamiento jurídico nacional. Pero la tutela de los bienes y valores culturales también surge del art. 75, inc. 19 CN que encomienda al Congreso de la Nación "Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural (...); el patrimonio artístico y los espacios culturales (...)"⁽¹⁹⁾ sin olvidar, en otro aspecto de la cuestión, que el art. 75, inc. 17 CN reconoce "la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos".

4 | Convenios internacionales de protección del patrimonio cultural

El derecho internacional registra significativos avances en la tutela jurídica del patrimonio cultural. Así apunta Lydbek V. Prott,⁽²⁰⁾ que Unesco

... ha establecido cuatro tratados multilaterales para reforzar la protección del patrimonio cultural físico. Se trata de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (Convenio de La Haya, 1954) y su Protocolo; la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (1970); y la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y

(19) GARCIA LEMA, ALBERTO M., "Protección de los bienes culturales", en *La Nación*, 14/06/2002.

(20) PROTT, LYDBEK, "Normas internacionales sobre el patrimonio cultural", [en línea] <http://www.crim.unam.mx/cultura/informe/Art14.htm>

Natural (1972). Estos cuatro instrumentos aplicables al patrimonio cultural, sea cual sea la región del mundo a la que pertenezca, constituyen un código de protección, válido tanto en caso de conflicto (Convenio de La Haya) como en tiempos de paz (bienes muebles en 1970; bienes inmuebles en 1972). A semejanza de los instrumentos sobre derechos humanos, definen normas de gestión de aplicación universal. Las once recomendaciones relativas a la protección del patrimonio cultural, así como las recomendaciones de la Unesco en otros campos, han sido adoptadas por la Conferencia General y sirven de base a las actividades nacionales.

También en nuestra doctrina, Eduardo Berberían enseña que

... en ese sentido, la Unesco, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, había aprobado en la 16^o Conferencia General en París (14/11/70) la "Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales". Esta Convención, aprobada por nuestro país mediante la Ley nacional N° 19.943 (1972) y ratificada en enero de 1973, está también destinada, como su título lo indica, básicamente a proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales existentes en el territorio de un Estado contra los peligros de robo, excavación clandestina y/o exportación ilícita.⁽²¹⁾

Y recuerda que esta Convención,

... es posteriormente complementada en la 17^o Reunión de la Conferencia General de la Unesco (París, 16/11/1972) por una nueva 'Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural', que tiene como propósito que los Estados asuman la obligación de adoptar una política general de protección del patrimonio, perfeccionar los métodos para su resguardo y realizar programas de educación e información para estimular en sus pueblos el respeto y aprecio del

(21) BERBERIÁN, EDUARDO, *La protección del patrimonio cultural argentino. Arqueológico y Paleontológico*, Bs. As., Editorial Brujas, 2009.

Patrimonio Cultural. Esta Convención es también aprobada e incorporada a nuestra legislación por la Ley nacional N° 21.836 (1978).⁽²²⁾

Otro instrumento internacional es el Convenio Unesco para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 —ley 26.118— en cuyo art. 1° se entiende por patrimonio cultural inmaterial

... los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este Patrimonio Cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la Naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad Cultural y la creatividad humana.

El “patrimonio cultural inmaterial”, según se define en el párrafo 1 supra citado, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.

La Organización de Estados Americanos (OEA), en San Salvador, aprobó el 16 de junio de 1976 la “Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas”, incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por ley 25.568 de 2002. Fruto de una iniciativa del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la invitación del Gobierno de la República de Italia —Conferencia de Roma del 24 de junio de 1995—, se firmó el “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, incorporado a nuestro sistema mediante la ley 25.257 de 2000.

.....

(22) BERBERIÁN, EDUARDO, *La protección...*, op. cit.

El art. 2º de la Convención Defensa Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico Naciones Americanas define el patrimonio cultural objeto de su defensa como

Los bienes culturales a que se refiere el artículo precedente son aquellos que se incluyen en las siguientes categorías: 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 de 1850; d) todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados Partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás Partes del tratado; e) todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados Partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención.

No escapa a esta enumeración una serie de documentos internacionales, como la "Carta de Atenas del urbanismo" (1933); la "Carta de Venecia" (1934); las "Normas de Quito" (1967); la "Declaración de Ámsterdam" (1975); la "Carta del Machu Picchu" (1979); la "Recomendación 880/79" de la Asamblea del Consejo de Europa relativa a la conservación del patrimonio arquitectónico europeo; el "Manifiesto de Santiago de Compostela" (1999); y la "Carta de Cracovia" (2000), entre otros.

5 | Legislación nacional sobre la materia

El régimen jurídico argentino exhibe, además de las citadas normas del derecho internacional, una frondosa legislación en materia de protección del patrimonio cultural.

Desde la ley 12.665 del año 1940,⁽²³⁾ de creación de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, se tutelan los lugares

.....

(23) RONDINA, GERARDO, "Nuevos derechos y garantías...", *op. cit.*, pp. 85/86.

y monumentos históricos,⁽²⁴⁾ y se prohíbe disminuir el valor histórico y artístico de los lugares, monumentos e inmuebles de particulares que la autoridad nacional califique como tales. En consecuencia, la autoridad debe intervenir en su reparación, restauración y enajenación (art. 4º); se declaran sujetos a expropiación y además, cuando su conservación implique limitación al dominio, sus propietarios tienen derecho a indemnización (art. 3º).

Se destaca que la Ley 25.675 General del Ambiente, de orden público, de presupuestos mínimos de protección ambiental aplicable de manera uniforme y común en todo el territorio de la Nación (art. 3º), establece que "La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas" (art. 2º, inc. a).

También es relevante la promulgación de la Ley 25.743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico,⁽²⁵⁾ y su decreto reglamentario 1022/2004, integran el plexo normativo esencial en la materia. Según esta última ley, forman parte del patrimonio arqueológico

... 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. Forman parte del Patrimonio Paleontológico 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 (art. 2º).

Para mayor ilustración, nos remitimos al esmerado trabajo de Eduardo Berberían, que explica con minuciosidad y precisión la evolución del

(24) RONDINA, GERARDO, "La preservación del patrimonio monumental. Ley 12.665", en *ED*, 13/07/2005, p. 1.

(25) Sancionada: 04/06/2003, promulgada: 25/06/2003, BO: 26/03/2003.

significado “arqueología” de acuerdo a los diferentes enfoques retóricos, desde el genérico, de tratado o discurso de lo antiguo, hasta el adoptado en sus comienzos por los iniciadores de este tipo de estudios, hacia fines del siglo XIX, con una visión aproximada a la historia del arte antiguo, pasando por la definición que veía en esta disciplina “el estudio sistemático de los restos materiales de la vida humana desaparecida”, que de alguna manera nutre el contenido de la primera ley 9080 —sancionada en 1913 y actualmente derogada, destinada a la protección del “patrimonio arqueológico y paleontológico”, que recoge “la idea de una arqueología de los objetos”—, hasta definiciones más modernas, que apuntan a concebirla como “la disciplina que se ocupaba del estudio y reconstrucción de las culturas del pasado en base a la recuperación y análisis de sus vestigios materiales”.⁽²⁶⁾

Más recientemente, el punto de vista de la “nueva arqueología”, que con un enfoque antropológico y por lo tanto contrario al historicismo arqueológico que lo había precedido, constituye en objeto del estudio, el comportamiento humano. Así a partir de esta nueva orientación, denominada antropología procesual, deja de ser la investigación de la “cultura material” para tratar “los artefactos, la distribución de la alfarería y otros elementos semejantes, como si fueran sistemas de comportamientos fosilizados, susceptibles de reconstrucciones en términos antropológicos”. Y que de acuerdo a ello, la arqueología en tanto ciencia social puede definirse como “la disciplina científica cuyos practicantes se interesan en la formulación y contrastación de leyes hipotéticas que permiten explicar y predecir el comportamiento humano”.

Por último, siempre siguiendo los estudios de Eduardo Berberían, la arqueología postprocesualista, “cuyos expositores pusieron un mayor énfasis en las ideas y creencias de las sociedades del pasado y criticaron la propuesta de tener que contrastar todas las hipótesis, puesto que todo conocimiento es subjetivo (Johnson, M.)”.

El “patrimonio paleontológico” está constituido por los organismos o parte de los 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 subsuelo o bajo aguas jurisdiccionales (artículo 2). Y los “bienes públicos

(26) BERBERIÁN, EDUARDO, *La protección del patrimonio...*, op. cit.

y privados, con modalidades de uso, goce y disposición. Atribuye destino a bienes públicos e impone modificaciones, restricciones y limitaciones al *ius utendi* y *ius abutendi* sobre bienes privados”.⁽²⁷⁾

También se apunta que

La Paleontología es la ciencia que trata de los seres orgánicos desaparecidos a partir de sus restos fósiles. El término, derivado del griego, significa “estudio (o ciencia) de la vida antigua”. Se entiende por restos fósil a todo organismo extinguido vegetal o animal, que conserve por procesos naturales, el todo o parte de su forma o naturaleza original (a través de la petrificación y/o mineralización, directa o indirecta; impresión, directa o indirecta; incrustación; frigorificación; momificación o variantes y combinaciones diversas).⁽²⁸⁾

Aunque la noción del patrimonio natural y cultural también se forma con la ley 25.197 que crea el “Registro Único de Bienes Culturales” que define el patrimonio cultural —según lo destaca Juan P. Morel Echeverría—,⁽²⁹⁾ como

... un universo de “bienes culturales, que integra con aquellos objetos, seres o sitios que constituyen expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional, entre ellos el producto de las exploraciones y excavaciones arqueológicas y paleontológicas, terrestres y subacuáticas” (art. 2°).

Existen otras leyes como la Ley 25.068 de Premio a la Protección Ambiental y Preservación del Patrimonio Natural y Cultural, que deberán computarse en una descripción más amplia legal. También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por vía de ordenanzas; Entre Ríos, mediante la ley 9686/06; Tucumán, con la ley 7500/05, y San Luis, por ley II-0526-2006, establecen disposiciones propias sobre la materia de protección de los bienes del patrimonio cultural.

.....

(27) MOREL ECHEVERRÍA, JUAN P., *Ambiente y cultura...*, op. cit.

(28) BERBERIÁN, EDUARDO, *La protección del patrimonio...*, op. cit.

(29) MOREL ECHEVERRÍA, JUAN P., *Ambiente y cultura...*, op. cit.

6 | Jurisprudencia ambiental en defensa del patrimonio cultural

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de que

El patrimonio cultural de una Nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, las que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros [y agregó]

Que la necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994, en el art. 41. La trascendencia de la cuestión fue puesta de manifiesto por la convencional Rovagnati al señalar que es así que el patrimonio cultural constituye historia y sería oportuno recordar a Alfred Weber, cuando decía que “nuestro mundo se haría espiritualmente pedazos si renunciara a orientarse en el espíritu de lo antiguo”. Por esta razón las manifestaciones del paisaje urbano, el arte y todas las expresiones culturales, deben ser garantizadas a todos los habitantes y a las generaciones futuras, porque constituyen elementos imprescindibles que hacen a la calidad de vida.⁽³⁰⁾

Además, en el fallo *sub lite*, recordó una de las fuentes de derecho internacional al señalar espacialmente

... que la preocupación por la protección del patrimonio cultural también aparece receptada en la “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural” acordada por Unesco en 1972 (Ley 21.836) en la que se destacó que el patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentra cada

(30) CSJN, “Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación-servidumbre administrativa”, 27/08/2013. Ver comentario a esta fallo en BUTELER, ALFONSO, “Expropiación irregular y patrimonio histórico”, en *La Ley*, 15/11/2013, p. 7. El caso se suscita por el dictado de la ley 25.317 por la que se declara monumento histórico artístico al edificio que ocupa la “Casa Mansilla” y, por ende, sujeto a las prescripciones de la ley 12.665.

vez más amenazado de destrucción no sólo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o destrucción aún más temibles. Por tal motivo, los Estados partes al suscribir este instrumento reconocieron su obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situada en su territorio (art. 4º) y en razón de ello se comprometieron a adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; a instituir servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, a tomar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio (art. 5º) [sin olvidar] ... que, finalmente, dentro del marco jurídico de protección del acervo cultural corresponde mencionar a la Ley 25.197, que fijó el “Régimen de Registro del Patrimonio Cultural”, definió al patrimonio cultural argentino como “aquel integrado por todos los objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional” (art. 2º). Asimismo, caracterizó a los bienes culturales históricos-artísticos como todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.⁽³¹⁾

El Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, en un fallo memorable, sostuvo que la Constitución Nacional establece, en el art. 41 que las autoridades proveerán a la preservación del patrimonio natural y cultural.⁽³²⁾ Este último también forma parte de los bienes que hacen posible

(31) CSJN, “Zorrilla, Susana y otro...”, fallo cit.

(32) JCONT., ADM. Y TRIBUT. N° 2, CABA, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA”, 27/11/2006.

la participación en la vida cultural. Su protección constituye un deber del Estado, para la vigencia de los derechos humanos (art. 75 inc. 22, CN). Asimismo, este se comprometió a que toda persona pueda tomar parte libremente de la vida cultural de la comunidad (art. 27, incs. 1 y 2, Declaración de Derechos Humanos; art. 15, inc. 1.a, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Ya hemos puesto de relevancia esa trascendente sentencia en la que también se dijo que

El patrimonio histórico-artístico de un pueblo no es sólo la suma de restos gloriosos de épocas pasadas. Constituye un símbolo de la continuidad de la civilización en un territorio. En la actualidad, las grandes concentraciones urbanas, como consecuencia del desarrollo de la industria y el afán de rechazar todo aquello que no resulte "productivo", han favorecido que en numerosas ocasiones la piqueta haya derribado verdaderas obras de arte para ser sustituidas por modernos edificios con una gran capacidad de alojamiento pero que en modo alguno pueden compensar la pérdida de un objeto que representa el sentir de otros tiempos (Vega, Estella Izquierdo, "El Patrimonio Histórico-Artístico en la Jurisprudencia", Revista de la Administración Pública n° 76, enero - abril, 1975, Madrid, pp. 133/180).⁽³³⁾

En cuanto a la segunda cuestión, la naturaleza jurídica de la Casa Millán, ¿puede decirse que integraba el patrimonio cultural de esa comunidad? Sin perjuicio de dar por sentado que a partir de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional, los artículos 41 y 43 reconocen expresamente el derecho que tienen todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, entendiéndose por tal al ambiente natural, cultivado y al creado o fabricado por el hombre, entre los que se pueden mencionar las construcciones del hombre, como el inmueble de autos por su valor histórico, arquitectónico y cultural.⁽³⁴⁾

(33) CAPEL. CONT. ADM. Y TRIBUT., SALA II, CABA, "Defensoría del Pueblo...", fallo cit.

(34) *Ibid.*

También hubo una cita a la naturaleza del bien colectivo que

... se caracteriza por: a) la indivisibilidad de los beneficios, es decir, no divisible entre quienes lo utilizan y ello trae como consecuencia la prohibición de la apropiación privada y la imposibilidad de que existan derechos subjetivos, sólo es viable la titularidad difusa; b) uso común y el principio es la no exclusión de los beneficiarios, porque todos los individuos pueden tener acceso a ellos y c) tener status normativo o sea reconocimiento jurídico previo a fin de que sea susceptible de protección. Es decir, la existencia jurídica de un bien colectivo se identifica entonces por su recepción normativa.⁽³⁵⁾

Afirma este autor, que en la medida en que se reconocen bienes colectivos, hay también un daño de esa categoría derivada de la afectación de ese bien. La titularidad de la pretensión resarcitoria no es individual, porque el bien afectado no lo es. Es grupal en el caso en que se haya concedido a un grupo la legitimación para obrar o bien difusa. Al ser el bien colectivo un componente del funcionamiento social y grupal, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión del interés que el sujeto tiene sobre el bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga.

En efecto a criterio de Lorenzetti el bien colectivo se caracteriza por la indivisibilidad de los beneficios, su uso y disfrute es común, el principio es la no exclusión de sus beneficiarios, su uso sustentable, solidaridad intergeneracional y estatus normativo. Ciertamente, que el patrimonio histórico es una situación jurídica que encuadra en esos cánones, habida cuenta que aprehende al colectivo social, de una forma en la que, razonablemente, no es posible hacer distinciones entre situaciones subjetivas en relación de exclusividad individual con el derecho afectado.

La sección "5.4.12.15 APH 15 Casco Histórico de Flores" del anexo de la Ley 449, estableció entre los edificios "a catalogar" a la "Casa Millán (fuera de polígono) Av. Juan B. Alberdi 2476. La circunstancia de que un edificio esté sujeto a catalogar no

(35) LORENZETTI, RICARDO, *Las normas fundamentales...*, op. cit., p. 171 y CAPEL. CONT. ADM. Y TRIBUT., SALA II, CABA, "Defensoría del Pueblo...", fallo cit.

implica que no sea objeto de protección, toda vez que la legislatura ya adoptó su temperamento en sentido de que se trata de un área de protección histórica. La catalogación, constituye “un instrumento de regulación urbanística para los edificios con necesidad de protección patrimonial y de particularización del alcance de la normativa, respecto de la calificación urbanística asignada a la misma” (sección 10.3.1. “Catalogación. Concepto y Alcance del Catálogo Urbanístico”, del anexo del Código de Planeamiento Urbano).⁽³⁶⁾

A su vez la catalogación tiene distintos criterios de valoración, a saber: urbanístico, arquitectónico, histórico-cultural y singular. Es decir, aquella lo que define es el tipo concreto de valor (y grado de intervención), pero la necesidad de su preservación ya fue decisión de la legislatura. En ese sentido, cuadra apuntar que la toma de conciencia sobre la importancia de la protección de determinados tipos de derechos de incidencia colectiva, va adquiriendo progresivamente, mayor fuerza, a la luz de los nuevos contextos sociales, políticos, culturales y económicos. Algunos derechos de incidencia colectiva fueron consagrados y protegidos normativamente, como es el patrimonio histórico de la comunidad.⁽³⁶⁾

Los argumentos utilizados por la recurrente en este aspecto, demuestran una desconsideración por la preservación del patrimonio cultural, tangible e intangible, el que se erige como el sello identificador de una ciudad, región o país, así como lo es el lenguaje, frente a la universalización o globalización del siglo XXI. En ese entendimiento, el patrimonio cultural debe ser protegido como patrimonio del medio ambiente y la Unesco, en París en 1972, aprobó la “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”, que fue ratificada por nuestro país mediante Ley 21.836 del año 1978.⁽³⁷⁾

El “patrimonio cultural” conforma la geografía construida que cohabita con cada integrante de la comunidad, está presente en cada rincón, pertenece a todos y cada uno de los miembros

(36) CAPEL. CONT. ADM. Y TRIBUT., SALA II, CABA, “Defensoría del Pueblo...”, fallo cit.

(37) CAPEL. CONT. ADM., LA PLATA, “Asociación Civil Nuevo Ambiente Punta Lara c/ CEAMSE”, 22/06/2006.

de esa comunidad. El “patrimonio cultural” junto al “patrimonio natural” constituyen el “entorno” que le da “sentido de pertenencia” a un pueblo o Nación, lo reconoce en una historia, en una geografía y lo proyecta —en su especificidad— al futuro.⁽³⁸⁾

Debe aceptarse que uno de los grandes problemas de nuestro tiempo es salvaguardar los testimonios de las culturas y civilizaciones pasadas y presentes pues tal “salvaguarda” representa preservar la memoria histórica de los pueblos (y la memoria es la garantía de mantenimiento de su identidad) y así ver como cada día es más necesario y urgente tutelar y conservar el legado cultural de cada pueblo, para transmitirlo a las generaciones venideras.⁽³⁹⁾

Toda medida de tutela de los valores patrimoniales culturales tiende a mejorar la calidad de vida, en cuanto permite la pervivencia de rasgos y valores, en definitiva, aglutinantes de una sociedad determinada (Uslenghi y Gatti, y Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de noviembre de 2006, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA”).

La referencia a la frondosa jurisprudencia ambiental⁽⁴⁰⁾ existente en materia de protección del patrimonio cultural, supera los límites de este trabajo.

.....

(38) AYLWIN, MARIANA, *Seminarios de patrimonio Cultural*, Chile, DIBAN, 1997, y JCONT., ADM. Y TRIBUT. N° 2, CABA, “Defensoría del Pueblo...”, fallo cit.

(39) JCONT., ADM. Y TRIBUT. N° 2, CABA, “Defensoría del Pueblo...”, fallo cit

(40) Para ampliar consultar: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/09/2008, Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02/03/2011, “Girondo, Alberto c/ Estado Nacional Museo Nacional de Bellas Artes”, JA-2011-II, fascículo N° 13, p. 11, con nota de Rubén Companucci de Caso. Cámara Civil y Comercial de Salta, Sala II, 14/01/2011, “Masciarelli, Francisco Alejandro c/ Comisión de preservación del patrimonio arquitectónico y urbano de Salta - COPAUPS). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 24/05/2011, “Fundación Biósfera y otros c/ Municipalidad de La Plata”. Juzgado Contencioso administrativo y tributario N° 13, Ciudad de Buenos Aires. “Asociación Civil Basta de Demoler c/ GCBA”, 17/02/2012. CAMARA 5° CC CÓRDOBA, 12/08/1994, “Vaggione, Rafael c/ Provincia de Córdoba. ST Entre Ríos, Sala I en lo Penal, 23/06/1995, “Moro, Carlos E. y otros c/ Municipalidad de Paraná”. CJ Salta, 25/07/2007, THOMAS, Horacio c/ Bocanera SA. CCyC Rosario, 31/03/2004, “Olivieri, Daniel Marcelo c/ Municipalidad de Rosario s/ Acción ley 10000”. También resulta ilustrativo, un fallo de la jurisprudencia mexicana, recaído en el caso Amparo N° 6/2003, materia administrativa, revisión principal 325/2003, del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito - Oacaxa de JUÁREZ, Oacaxa, del 04/02/2004. Se trata de una Demanda de Amparo y protección

Por último, recordamos el célebre discurso que pronunciara Nicolás Avelleda en 1881, en la Legislatura, frente a un proyecto de ordenanza de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que ordenaba demoler la Pirámide de Mayo: "Esa pirámide por la veneración en general con que se la rodea, por su origen, por los sentimientos que despierta en todos los argentinos, no pertenece verdaderamente al patrimonio de la ciudad y la primera cuestión a examinar si sería si puede admitirse que su existencia o desaparición dependen únicamente de una Ordenanza Municipal".

.....

tramitada por ante el Juzgado Federal de 8° Distrito de la ciudad de Juárez, en el Estado de Oaxaca, contra actos del Congreso del Estado, Gobernador del Estado, H. Ayuntamiento de Oaxaca, Presidente Municipal del Municipio de Juárez, Comisión de Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento del Municipio de Juárez, del Secretario Municipal del Ayuntamiento de Juárez, Directora General del Centro de Histórico del Ayuntamiento de Juárez, Director de Obras y Servicios Públicos del mismo Ayuntamiento, Director General de Planeación y Seguridad de este Ayuntamiento, Director de Licencias de la Dirección General del Centro Histórico del Ayuntamiento, Coordinador General de Administración Urbana y Servicios Municipales del Ayuntamiento, Coordinador General Jurídico y de Gobierno Municipal de Juárez, y Jefe de la Unidad de Licencias de la dirección General del Centro Histórico, que estimaron violatorios de las garantía individuales contenidas en los arts. 1º, 5º, 8º, 14, 16, 17, 124, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1. La Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Oaxaca, 20/02/93, en adelante, "La Ley de Desarrollo". 2. La Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, decreto 118, 20/11/93, en adelante denominado también LA "Ley Municipal". 3. El "Plan de Conservación", con más precisión, "Plan Parcial de Conservación del Centro Histórico de la Ciudad de Oaxaca De Juárez, Oaxaca", emitido por el Ayuntamiento, 15/12/98. 4. El Reglamento General de Aplicación de dicho Plan Parcial, en los sucesivo "Reglamento del Centro Histórico". 5. La resolución de fecha 12/12/02, firmada por el C. Director General del Centro Histórico del Municipio de, mediante el cual se emite un "dictamen" o resolución única dirigida a la quejosa, en la que atendiendo a la resolución tomada por el Cabildo del Ayuntamiento a la que se hace referencia en el numeral siguiente, niega el uso del suelo solicitado para el establecimiento del restaurante, en el inmueble sito en Portal Benito Juárez, Colonia Centro, en el Municipio. 6. La resolución tomada por el Cabildo del Ayuntamiento Municipal, del 10/12/02, por el que niegan el uso del suelo para el establecimiento del restaurante en el inmueble sito en el Portal Benito Juárez, Colonia del Centro. 7. La resolución o dictamen emitida por la Comisión del Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento Municipal, del 06/12/02, que sirvió de antecedente inmediato de la resolución en crisis. 8. La resolución de fecha 02/07/02, dictada por la Dirección General de Planeación y Seguridad del Ayuntamiento, mediante la cual se resuelve que es improcedente la solicitud de licencia formulada por la quejosa. 9. La resolución de fecha 30/07/02 dictada por Dirección General del Centro Histórico del Ayuntamiento, de improcedencia solicitud de licencia. Y en síntesis, la determinación que materialmente deriva de las resoluciones señaladas anteriormente, consistente en negar a las quejas la licencia de construcción para adaptación y decoración del inmueble de su interés, licencia que debería expedirse toda vez que presentaron correcta y legalmente la petición, porque cumplieron con los requisitos que marca la ley para ello y por haberse tramitado correctamente el procedimiento administrativo que señala las resoluciones de referencia, dictada en agravio de los quejosos. Y la implícita prohibición contenida en las resoluciones cuestionadas, dictada en agravio de las quejas, consistente en impedirles llevar a cabo distintas obras de adaptación y decoración del inmueble sito en el portal Benito Juárez, colonia centro, así como para usarlo correctamente para la operación y explotación de un negocio de restaurante y cafetería, sin venta de bebidas alcohólica, al amparo del nombre comercial.

Y destacaba que “la Municipalidad de París con sus tradiciones de centralismo y orgullo, como sólo la tuvo la Antigua Roma, no pretende ese derecho sobre los monumentos que en el recinto de la gran ciudad conmemoran la Gloria de Francia: los tiene en guarda para conservarlos, pero no es su dueña”.

Que abundando al respecto el Reglamento General de Aplicación del Plan Parcial de Conservación del Centro Histórico (Plan de Conservación), numerales 58, 59, 60, Título Cuarto, Capítulo Único, establece el Concepto de Patrimonio Cultural y los elementos conceptuales que los conforman, destacándose “la función simbólica del Conjunto Zócalo-Alameda-Catedral, pertenecientes al Centro Histórico de la Ciudad Capital, a cuyo alrededor gira la sociedad oaxaqueña, y es base de su identidad social, cultural e histórica. La parte quejosa trató de rebatir los argumentos antes expuestos, aduciendo entre otras razones, que si bien es cierto que a los Municipios corresponde la facultad de emitir planes urbanos de desarrollo, dichos planes de desarrollo deben entenderse desde un punto de vista exclusivamente administrativo, que bajo ningún motivo venir a impedir el ejercicio de la propiedad privada como garantía individual. La queja consiste entonces, según lo expuesto por la parte actora, en que la facultad administrativa de los municipios, no les confiere atribuciones para imponer límites a la propiedad privada, sino solamente para intervenir ejecutivamente en la aplicación de la ley. Además, planteó que la Autoridad Municipal ejerció facultades discrecionales cuando en realidad se trata de facultades regladas, en virtud de las cuales, tan pronto como el gobernado acredite haber cumplido con los supuestos de la ley, deben actuar, para la culminación de actos que le favorezcan. El plan de conservación en esta postura, contraviene el artículo 16 Constitucional, por provenir del ejercicio equivocado de facultades consagradas en el art. 115 Constitucional. Además la quejosa afirmó que hay un restaurante de la marca enfrente del arco del triunfo en París o en las vecindades del Kremlin, en Moscú; es un sitio al que con mucha frecuencia acuden turistas cuando tienen deseos de ello o cuando la comida típica de algún lugar no es de su preferencia. Los restaurantes se encuentran ubicados en las capitales más importantes del mundo, con presencia importantísima de carácter turístico en los monumentos o construcciones más típicos de muchas capitales, edificaciones que en muchos casos superan hasta por varios siglos la antigüedad de la catedral de la misma ciudad de Oaxaca de Juárez. Para citar ejemplos, existe un restaurante de la misma marca, exactamente en el frente de la entrada principal del Panteón de Roma, u otro frente a la arena de Verona. En el caso concreto, el proyecto de adaptación arquitectónica ha sido cuidadosamente estudiado y fundamentado con el objeto de mejorar la apariencia del inmueble en el que se pretende construir, de acuerdo con la época y estilo del edificio en el que habrá de encontrarse. Los señalamientos no serán los tradicionales, sino que se tratará de señalamientos comerciales mucho más discretos que no serán discordantes con el entorno. El Instituto Nacional de Arqueología e Historia ha dado un visto bueno, positivo, al Proyecto que se plantea, en el ámbito de su competencia, que es exclusivo de la Federación. Así el restaurante que se pretende establecer en el inmueble de Avda. Benito Juárez, es un restaurante que es congruente con el plan de conservación se dijo por la recurrente que, porque desde el punto de vista turístico es un polo de crecimiento porque no es contrario a las tradiciones del pueblo oaxaqueño y porque las adaptaciones del local y sus señalizaciones mejorarían el entorno arquitectónico y la imagen urbana. También señaló que una interpretación armónica del Reglamento Centro Histórico a la luz del Plan de Conservación, fue la de incentivar las actividades turísticas en la plaza, manteniendo la función del centro histórico como un centro de ciudad, dinámico y vivo, con diversidad de actividades comerciales, turísticas, culturales, recreativas y sociales. En resumen, según la óptica de la actora, se demanda amparo y protección de la justicia federal, para que se condene a las autoridades responsables a restituir a las quejosas en el goce de la garantía individual, restitución

7 | Código Civil y Comercial

El Código Civil de Dalmasio Vélez Sarsfield no contenía referencia normativa en materia de patrimonio cultural. Recién la reforma de la ley 17.711 del año 1968, introdujo en el art. 2340, inc. 9, que enumera bienes del dominio, una normativa que atiende a la defensa de bienes del patrimonio cultural, al incluir en dicha nómina a “las ruinas y los yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico”. Diferente es la cuestión en el Código Civil y Comercial de la Nación.⁽⁴¹⁾

Filosóficamente, R. Lorenzetti⁽⁴²⁾ señala que la “proposición metodológica central”, es que el Código unificado “defina los grandes paradigmas del Derecho Privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento”; para ello, “se ha pensado en el ciudadano y por eso los

que en el presente caso no puede ser otra sino obligarlas a actuar y obrar en la forma en que “indebidamente e injustificadamente se abstuvieron de hacerlo, estos, obligándolas a expedir la licencia de construcción”, así como obligándolas a entregar el título o certificado correspondiente, que ampara el derecho de las quejas para llevar a cabo las obras de reparación del inmueble del Portal Benito Juárez. La prohibición para que las quejas utilicen el inmueble de su propiedad en forma lícita, según lo posición de la demandante, sin que ello se vea justificado por interés público prevalente, se estima violatorio de los arts. 1º y 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. También, se invocaron por la quejosa, derechos adquiridos, sosteniendo que la aplicación del Reglamento en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones específicas lícitas, existentes antes de que el mismo entrara en vigor, propias del inmueble propiedad de la demandante, viene a constituirse como la aplicación retroactiva de la ley en su perjuicio, violatoria del art. 14, párrafo primero, de la Constitución. fallo del tribunal: al resultar parcialmente fundados los conceptos de violación que hacen valer los promovientes del amparo, pero insuficientes para otorgar la protección constitucional solicitada, lo procedente es negar a las quejas, el amparo y protección de la Justicia Federal que solicitan. Por lo expuesto, se resuelve sobreseer en el juicio de amparo por (...) respecto de los actos reclamados.

(41) Hemos desarrollado esta temática en CAFFERATA NÉSTOR E., “El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma”, en J. Rivera (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012 p. 1263; “Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, Suplemento Especial “Nuevo Código Civil y Comercial 2014”, 17/11/2014, p. 273; “El Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado”, *Revista de Derecho Ambiental*, n° 40, octubre/diciembre 2014, “A 20 años de la Reforma de la Constitución Nacional”, Abeledo- Perrot, p. 1; Comentario a los arts. 240 y 241, en R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*, t. I. Rubinzal-Culzoni Editores, 2014. Para ampliar, LORENZETTI, PABLO, “Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XV, n° 8, agosto de 2013, p. 5.

(42) LORENZETTI, RICARDO L., “Presentación del Proyecto”, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs, As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 12.

paradigmas y principios que responden a las prácticas sociales y culturales vigentes". Explica que

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el Derecho Público y Privado. El nuevo Código, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la Constitucionalización del Derecho Privado.

Aunque en el Código Civil y Comercial están los institutos que regulan la vida de las relaciones civiles entre particulares y de los negocios comerciales, con buen criterio no se avanza sobre microsistemas o especialidades que complementan la materia. Se fijan entonces, los "mandatos de optimización",⁽⁴³⁾ los paradigmas o modelos previos a la comprensión de la problemática,⁽⁴⁴⁾ principios estructurales de la materia⁽⁴⁵⁾ que orientan la búsqueda con una inteligencia común, de soluciones adecuadas, estableciendo criterios o directrices de funcionamiento. Pero este Código

... no solo unifica la materia Civil y Comercial (Derecho Privado) sino que también establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: en la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, en los derechos de incidencia colectiva, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.⁽⁴⁶⁾

.....

(43) ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 68; *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 186/190.

(44) LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría del Derecho Ambiental*, op. cit., pp. 56/58; *Las normas fundamentales...*, op. cit., p. 258.

(45) SAUX, EDGARDO, "Los principios generales de derecho civil", en LL, 1992-D-839.

(46) *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 523.

A fin de aportar reglas que regulen el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con las normas de interpretación.

El artículo 1° —“Fuentes y aplicación”—, del Capítulo 1 —“Derecho”—, del Título Preliminar establece, en la parte pertinente, que la interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. Y en el artículo 2° —“Interpretación”— se dispone que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

“Ningún artículo debe interpretarse en forma aislada. El Código es un sistema de normas y es muy importante el Título Preliminar, que dispone que todas las normas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos; por lo tanto, ningún artículo puede restringir derechos humanos y constitucionales”.⁽⁴⁷⁾

Hace tiempo se entiende que la clásica división entre derecho público y derecho privado está en crisis. La mirada actual —enseña Jorge Mosset Irurrapse— comprende el

Derecho Público como asiento de los derechos fundamentales que se irradian al Derecho Privado, para ordenar las relaciones entre particulares [y] Podemos agregar otras ideas básicas, como la de drittwirkung, que representa al decir de la doctrina alemana actual, uno de los descubrimientos más interesantes de los tiempos modernos, pues encierra la cuestión de la aplicación o de los efectos de los derechos fundamentales, de jerarquía constitucional, a las relaciones entre particulares [énfatiza que] el Derecho Civil se beneficia con la influencia del Derecho Constitucional, que se resume básicamente, en “la idea del diálogo entre la Constitución y los Tratados, por un lado, y el Código Civil, los microsistemas y las decisiones judiciales, por el otro, para compadecer los principios y las reglas que vienen a disciplinar institutos como los contratos, la propiedad, la familia

(47) Entrevista realizada por Laura Zommer a Aída Kemelmajer de Carlucci, *La Nación* 12/10/2014. Ver [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1734474-aida-kemelmajer-de-carlucci-me-dolio-que-se-excluyera-del-codigo-civil-la-responsabilidad-del-estado>

o la reparación de daños [y se predica] el ocaso de la gran dicotomía. Las consecuencias son visibles; el Derecho Civil se vuelve más solidario y ético, más respetuoso de la dignidad humana. Estamos ante un nuevo paradigma. El diálogo ha sido fecundo y debe continuar.⁽⁴⁸⁾

La idea del “derecho privado constitucional”, de cuña doctrinaria alemana, fue introducida por Hans Peter Ipsen en la década de los 60 del siglo XX. Predica la constitucionalización del derecho privado, siendo difundido y ampliamente conocido como “eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales” (*Drittwirkung der Grundrechte*), validez de los derechos fundamentales “en el derecho privado” (*Geltung der Grundrechte im Privatrecht*), eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas (*im Privatrechtsverhältnis*), en el “tráfico jurídico privado o derecho privado” (*privatrechtliche Verkehr*) o, también, “en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado” (*in den Beziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander*).⁽⁴⁹⁾

Desde Italia y Alemania, la idea de la constitucionalización del derecho privado se ha extendido en toda Europa con mayor o menor fuerza. También hay un proceso análogo en el *common law* anglosajón de los Estados Unidos, por obra de la labor de control constitucional de los estatutos de los Estados que realiza la Corte Suprema.

Todo indica que la aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho privado es algo que hoy por hoy no puede discutirse.

¿Cómo opera la constitucionalización del derecho privado?

En general, enseña el profesor Hernán Corral Talciani, por dos medios:

- 1) Por vía reformadora; 2) Por vía hermenéutica o de aplicación indirecta. En esta última versión, es posible incluir la aplicación del

(48) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Derecho Civil Constitucional*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 13.

(49) HOYOS ROJAS, LUIS M., “La drittwirkung: derecho privado constitucional colombiano”, [en línea] hoyos-florez-daza.blogspot.com/.../la-drittwirkung-derecho, trabajo que constituye el primer avance de la Investigación “Neoconstitucionalismo y Derecho Privado Constitucional: Realidades y tendencias en Colombia”.

criterio de interpretación llamado “conforme a la Constitución” y “que consiste en privilegiar como lectura de un texto legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales. Igualmente se aplica esta vía, cuando el intérprete se encuentra con cláusulas generales o abiertas en la descripción de los supuestos de hecho de la norma. Son los llamados ‘conceptos jurídicos indeterminados’, como orden público, la moral, buena fe, etcétera. Todas ellas pueden concretarse o llenarse de contenido haciendo uso de los preceptos constitucionales.”⁽⁵⁰⁾

Una posición más radical predica que el derecho civil pasa a ser comprendido en todas sus normas o instituciones como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios constitucionales. En esta postura se dice que no basta con enmarcar las instituciones civiles en la Constitución, ni tampoco una simple relectura de las mismas bajo el prisma de la Constitución (una “relectura” en clave constitucional como lo hace ver en Italia Pietro Pierlingieri), sino que es preciso que las normas civiles sean instrumentos de actuación de los principios constitucionales.

Aída Kemelmajer de Carlucci,⁽⁵¹⁾ enseña que los alemanes llaman “*drittwirkung*” al objeto horizontal o entre particulares de las garantías constitucionales, y se pregunta: ¿Tiene, entonces, sentido excluir toda referencia a normas administrativas o de interés público en la normativa privada, cuando el derecho es uno solo?, y ¿existe la necesidad de regular con plenitud las relaciones entre particulares?

Hoy se habla, a la luz de estos cambios, de un neoconstitucionalismo.⁽⁵²⁾

Vale recordar al respecto que Augusto M. Morello decía que en esta época, en los albores del siglo XXI, “la vida privada se tiñe de pública”.⁽⁵³⁾ O

(50) CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Derecho Mayor*, n° 3, Santiago de Chile, Universidad Mayor, octubre 2004, pp. 47/63.

(51) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Daños y Constitución Nacional”, [en línea] www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/.../aida%20carlucci.pdf

(52) GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Bs. As., Ediar, 2005.

(53) MORELLO, AUGUSTO M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, La Plata, Editorial Platense, 1999, p. 3.

dicho de otra forma, hay una extensión de los intereses públicos sobre lo privado.⁽⁵⁴⁾ Se experimenta como una gran aproximación de lo privado a lo público.⁽⁵⁵⁾ El mismo Mosset Iturraspe, afirma que “El Derecho Privado se ‘publiciza’ cuando busca la igualdad material, como complemento de la igualdad formal; la libertad en concreto al lado de la libertad en abstracto”. Concluye diciendo que el Derecho Privado se impregna de lo público “porque toma del Derecho Público esas inquietudes y las hace suyas”.⁽⁵⁶⁾

El derecho ambiental expresa, como ninguna otra rama del derecho, la necesidad imperiosa de conjugar la defensa de lo social —el ideal de la comunidad o colectividad—, que integra el entorno, ambiente o espacio vital (ecocentrismo), con la inviolabilidad de la persona —el ser humano como figura basilar (antropocentrismo)—, con el objetivo de lograr el desarrollo sustentable (equilibrio), en una visión compleja de justicia intra e intergeneracional.

A la par, el derecho ambiental es mixto, transversal u horizontal (interdisciplinario), y constituye un “nuevo derecho”, autónomo, de matriz propia, transparente, democrática, popular o participativa, que conduce a la “vuelta del ágora”, en el que la información pública, opinión pública, asamblea pública, participación social o consulta popular, —como instrumentos de política y gestión ambiental (art. 8° de la ley 25.675)— adquieren en estas horas características extraordinarias, lo que hace que se produzca un fenómeno que Augusto Morello denominara “soberanía compartida”,⁽⁵⁷⁾ del gobierno con la colectividad.

En este contexto, es frecuente ver conflictos o litigios sociales de base privada (civil o comercial) e interés público.

.....

(54) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *El amparo colectivo*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 125 ; BUJOSA VADELL, LORENZO, “Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos”, en *LL*, 1997-F-1142; GOZAINI, OSVALDO, “La legitimación para obrar y los Derechos Difusos”, en *JA* 1996-IV-843

(55) MORELLO, AUGUSTO y M. VALLEFIN, CARLOS, *El amparo. Régimen procesal*, La Plata, Editora Platense, 2ª ed., 2000, p. 238.

(56) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Derecho Civil Constitucional*, Bs. As., Rubinzal Culzoni Editores, 2011, p. 13.

(57) MORELLO, AUGUSTO M., *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, vol. 1, La Plata, Platense, 1998, p. 299.

Transitamos la “sociedad del riesgo”,⁽⁵⁸⁾ la “sociedad líquida”,⁽⁵⁹⁾ “era tecnológica”⁽⁶⁰⁾ o “la centuria del conocimiento”, “la Información directa e inteligente sitiada por los riesgos”,⁽⁶¹⁾ la “era de la globalización” o integración, de la biotecnología y la nanotecnología,⁽⁶²⁾ del desarrollo nuclear, y tantos otros adelantos científicos que constituyen por un lado, progresos para la humanidad pero al mismo tiempo implican nuevos riesgos o amenazas, mega peligros incontrolables⁽⁶³⁾ que ponen en jaque la vida misma.

Frente a esta guisa de situaciones emergentes, que requieren respuestas pragmáticas, urgentes y efectivas del Estado —y del derecho como ciencia del orden de la conducta social— surgen los llamados “derechos de incidencia colectiva” o “intereses difusos” —entre los cuales se inscribe el derecho ambiental, el derecho del consumidor y del usuario, el derecho contra la discriminación social, el derecho a la libre competencia, y demás derechos de pertenencia comunitaria—, que por naturaleza son híbridos o atípicos.

Que tienen “cuerpo privado y alma pública”⁽⁶⁴⁾ al decir de la doctrina española, o son híbridos o mixtos, heteróclitos⁽⁶⁵⁾ o desarreglados, —en esa línea, el derecho ambiental, exhibe caracteres “heréticos, mutantes o descodificantes” —⁽⁶⁶⁾ está fuera de los casilleros clásicos del derecho,

.....

(58) BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.

(59) BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidad Líquida*, México, FCE, 2003.

(60) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, GRACIELA N., *La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectivas*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1997.

(61) MORELLO, AUGUSTO M. y CAFFERATTA, NÉSTOR A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 10.

(62) MARTIN MATEO, RAMÓN, *El hombre: una especie en peligro*, Madrid, Campomanes, 1993.

(63) BERGEL, SALVADOR D., “Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil”, en AAWV, *Derecho Privado. Homenaje al profesor doctor Alberto J. Bueres*, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 1008.

(64) GOZAINI, OSVALDO, “Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, en LL, 2005-B-1393.

(65) LOZANO-HIGUERO PINTO, MANUEL, “Intereses difusos y protección del patrimonio cultural en el Derecho Español”, en *La Legitimación*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1996, p. 393.

(66) LORENZETTI, RICARDO L., *Las normas fundamentales...*, op. cit.

rebase derechos subjetivos clásicos (portadores de derechos civiles o comerciales), o derechos individuales referidos a bienes individuales, y se refiere a bienes colectivos o a intereses individuales homogéneos.

Por lo que reiteramos, no es extraño que veamos situaciones que en su origen son de derecho privado (de derechos individuales, más o menos discretas, que vinculan a dos o más personas, y de base pecuniaria), pero que resultan transformadas por “invasión” (Mosset Iturraspe) o portar derechos de incidencia colectiva, que requieren del operador jurídico la aplicación de principios, reglas, técnicas, y objetivos propios, “iguales pero diferentes”⁽⁶⁷⁾ que las tradicionales o clásicas, que lo obligan a adaptarse, reformular, modificar, cambiar, institutos que devienen inútiles o inadecuados para problemáticas de esta clase.

Uno de los grandes méritos de este Código Civil y Comercial es la puesta al día de la legislación civil y comercial en nuestro país, lo que implica no solo una rica actualización de materias obsoletas, sino también adoptar los criterios más modernos y progresistas de la técnica legislativa del derecho, por lo que es satisfactorio ver que se incluyen en el mismo principios y valores jurídicos de derecho privado que se integran con el derecho público.

El art. 1° del CCyC tiene como fuente de inspiración un cambio copernicano de la cultura jurídica, al reconocer fuerza normativa a la Constitución⁽⁶⁸⁾ (derecho privado constitucional). La fórmula incorporada a la legislación unificada de derecho privado, es de gran utilidad en la defensa del ambiente, en tanto y en cuanto el derecho ambiental tiene base constitucional en nuestro sistema jurídico, cuyo centro es el art. 41 CN. Además, el derecho internacional ambiental⁽⁶⁹⁾ es uno de los motores del desarrollo de la especialidad.

Otro aspecto que se levanta como una contribución para la tutela adecuada del derecho ambiental es el impecable régimen hermenéutico jurídico del art. 2° del CCyC, que relaciona, ineludiblemente, la norma codificada

(67) MORELLO, AUGUSTO M., *Estudios de Derecho Procesal...*, op. cit., vol. 2, p. 1327.

(68) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 2004.

(69) DRNAS DE CLEMENT, ZLATA, *Codificación y comentario de normas internacionales ambientales*, Bs. As., La Ley/Fedye, 2001.

con la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, la jurisprudencia y los usos.

Introduce de manera expresa la necesidad que el operador jurídico, dentro de un análisis completo y coherente de todo el ordenamiento, tenga en cuenta “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos” —el derecho ambiental es un derecho humano o fundamental del hombre—, los principios y los valores jurídicos —el derecho ambiental tiene principios propios, consagrados en los arts. 4° y 5° de la ley 25.675 General del Ambiente y presenta como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos—. De lo expuesto surge que el “diálogo de fuentes” que se impone al operador jurídico —en especial al juez— es una de las características salientes del Título Preliminar.

Es conocida la importancia de base que tiene para la materia los principios de derecho ambiental.⁽⁷⁰⁾ La especialidad es un derecho *in fieri* o en formación, que presenta por su lozanía o juventud cierto grado de inmadurez o lagunas legales, que deben ser llenadas con principios de derecho, entre los cuales se destacan —conforme el art. 4° de la ley 25.675— los principios preventivo (énfasis preventivo), precautorio, de sustentabilidad, de equidad intergeneracional y de responsabilidad.

¡Cuánto ayuda y qué relevancia tiene que el Código Civil y Comercial señale expresamente al intérprete que consulte los principios y valores jurídicos de derecho ambiental!

El Título III —Bienes—, Capítulo 1 —Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva—, presenta una Sección 3ª —Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva— en la cual se encuentra el art. 240, que versa:

Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de Derecho Administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la

(70) CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Principios de Derecho Ambiental”, JA, 2006-II, 1142.

sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.”

El art. 241 apunta: “Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, deben respetarse la normativa de presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

Ricardo Lorenzetti⁽⁷¹⁾ señala que

Los códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el Proyecto se reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva (art. 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (art. 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (art. 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos.

La visión desde la Constitución del derecho privado (neoconstitucionalismo), la regulación del “derecho privado colectivo”, y la integración de fuentes (el diálogo de fuentes), son modalidades generales de este Código Civil y Comercial que, en definitiva, resultan un aporte a la protección del patrimonio cultural.

Así, el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes individuales o públicos, debe ser:

1. compatible con los derechos de incidencia colectiva;
2. debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público;
3. y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Téngase presente que, a diferencia de los derechos individuales, que tienen por objeto bienes disponibles, diferenciados, divisibles o que son propios, que encuentran soporte en los derechos subjetivos o intereses

.....

(71) LORENZETTI, RICARDO L., “Presentación del Proyecto”, *op. cit.*, p. 12.

legítimos, “el anclaje de determinación del derecho ambiental son los bienes y valores colectivos”.⁽⁷²⁾

Por ello, el nuevo Código Civil y Comercial, cuando habla del patrimonio cultural objeto de este trabajo, se refiere a “valores culturales”, incluyendo un concepto muy especial dentro del derecho ambiental, “el paisaje”.

Los derechos ambientales se alojan subjetivamente en intereses plurales de naturaleza indiferenciados, impersonales, y se refieren objetivamente a bienes indivisibles. Por lo que, en el ejercicio concurrente de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales, deberán buscarse mecanismos de armonía entre el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles —en grado de compatibilidad— con los derechos de incidencia colectiva, en especial derecho ambiental, con el objetivo social de lograr la sustentabilidad.

La Constitución Nacional consagra, en el art. 41, el derecho al ambiente “equilibrado, apto para el desarrollo humano”, con lo cual lo adjetiva como un presupuesto del desarrollo humano vinculándolo con otra finalidad igualmente valiosa, la “calidad de vida” y el desarrollo sustentable (sustentabilidad). Pero también establece el “deber de preservarlo”, lo que se condice con los principios de política ambiental, de prevención y precaución, contenidos en los arts. 4° y 5° de la Ley 25.675 General del Ambiente.

De lo expuesto resulta que el art. 240 del Código Civil y Comercial establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles (bienes privados) o, en su caso, al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes del dominio público, de dos tipos: a) que el “funcionamiento” debe ser “compatible con los derechos de incidencia colectiva”, por lo que debe ser “sustentable”; b) que dicho ejercicio “no debe afectar” los valores culturales —el paisaje, entre otros—, según los criterios previstos en la ley especial.

Este art. 240 CCyC, junto con la crucial referencia contenida en el art. 241 CCyC en virtud de la cual, “cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, deben respetarse la normativa de presupuestos mínimos que resulte aplicable” —entre las cuales se encuentra la Ley 25.675 General del

(72) LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría del Derecho Ambiental*, op. cit., pp. 7/10.

Ambiente—, son las normas centrales de defensa del patrimonio cultural, en la legislación civil y comercial unificada. La interpretación de las mismas juega en conjunto con el art. 14 CCyC, que introduce como novedad sobresaliente que la ley no ampara el abuso del derecho “cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Estos arts. 240 a 242 son la columna vertebral del sistema común de derecho ambiental dispuesto por el Código Civil y Comercial toda vez que tratan de regular por un lado, la imperiosa necesidad de implementar efectivamente las ideas, normativas y regulaciones previstas en leyes especiales de derecho ambiental de presupuestos mínimos; y por el otro, llama a todos aquellos que tengan que adoptar decisiones críticas en la cuestión de colisión de principios, a desarrollar un delicado juicio de ponderación o razonabilidad en función de los bienes, intereses y derechos en juego, en casos de controversias, en el ejercicio de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva.

Por ello, el art. 240 CCyC dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios o, reiteramos, sobre bienes del dominio público, debe ser compatible o armónico con los derechos de incidencia colectiva; debe conformarse a normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

El ambiente es el “macro-bien” del derecho ambiental, y como tal es un “sistema”, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismo tienen características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el “macro-bien”. En esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua (patrimonio natural) y el paisaje, los aspectos culturales (patrimonio cultural). En esta simbiosis dialéctica es claro que lo que predomina es la noción de “interrelación”, que es esencial para la comprensión.⁽⁷³⁾

Conforme a lo expresado, se introduce a través de los arts. 240 y 241 CCyC el concepto de ambiente, de valores culturales y el macro fin del derecho

(73) LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría del Derecho Ambiental*, op. cit, p. 12.

ambiental, que no es otro que lograr la sustentabilidad que demanda necesariamente la búsqueda constante del equilibrio, una labor de articulación política jurídica. También se incluye en esta regulación civil y comercial otro componente esencial en la defensa del patrimonio cultural del derecho ambiental: el paisaje.⁽⁷⁴⁾ No hay dudas que esta normativa va a tener un ámbito de aplicación muy amplio en el derecho urbanístico ambiental cuando, eventualmente, en relación a ambiciosos y diversos proyectos de construcción, colisionen intereses comerciales e inmobiliarios con la defensa de bienes y valores colectivos ambientales, en el ámbito específico de la necesaria tutela del patrimonio cultural.

De regreso a la cuestión de la sustentabilidad, el art. 41 CN adopta la conocida fórmula *gro brundtland* del desarrollo sustentable, cuando dice “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades del presente sin comprometer las de las futuras generaciones”. Esta referencia, aparece consolidada en nuestro microsistema especial, en el art. 4° Ley 25.675 General del Ambiente, que menciona como principios de política ambiental a los principios de sustentabilidad y de equidad intergeneracional.

Este concepto implica —según la Declaración de Johannesburgo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, del 2002 (Río + 10)—, conjugar las tres dimensiones inseparables del derecho ambiental: los pilares ambientales, económicos y sociales.

8 | Conclusiones

El patrimonio cultural comprende la defensa de bienes colectivos ambientales que se ubican en la esfera social de los individuos y la comunidad, y que incluye los conceptos de patrimonio histórico, artístico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, bienes del patrimonio cultural material (tangible), o del patrimonio cultural inmaterial (los usos y costumbres, tradiciones orales, folklore, el idioma o lenguaje), que forman parte de las características, la identidad o los rasgos propios de una colectividad, que

(74) LORENZETTI, RICARDO, “El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental”, en *Derecho de las Obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los Contratos. Teoría General del contrato. Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005.

hunde sus raíces profundas en valores colectivos, creencias colectivas, que los une o vincula definitivamente, constituyendo por sí el legado o el acervo hereditario cultural creado o construido por la actividad del hombre, los conocimientos tradicionales, la historia o el pasado de un pueblo, y tienen además un valor moral o espiritual colectivo que, como elementos regulares o normales del funcionamiento social, integra grupos, clases o a la sociedad en su conjunto.

La colectividad los incorpora a su vida social de manera actuada, a través del tiempo, consolidando el imaginario popular respecto de la importancia de aquellos en el origen, desarrollo o futuro de la misma. En ocasiones, recuerdan un hito o hecho trascendente de la historia común; en otras, se lo protege por su altísimo valor arquitectónico, escultural o artístico, y también si se trata de vestigios culturales de una comunidad prehistórica, o de rastros fósiles de diversas especies de animales, o de la flora, desaparecidos.

El derecho ambiental aloja la defensa de estos bienes y valores colectivos y culturales con criterios de sustentabilidad, no solo en interés de las generaciones presentes sino también de las generaciones futuras.

Existen numerosas leyes nacionales, convenciones internacionales y normas locales de orden provincial o municipal, de defensa del patrimonio cultural. Finalmente, el Código Civil y Comercial tiene normas de protección de los bienes y valores culturales, en especial los arts. 1º, 2º, 14, 235, inc. g, 240 y 241, que constituyen regulaciones de aplicación directa en la materia.
