Protección del patrimonio cultural e histórico desde la función preventiva del daño

por Jorge A. Venica[1]

Sumario: 1.-Introducción. 2.- El patrimonio cultural e histórico como objeto digno de tutela. 3.- Los bienes culturales como objeto de los derechos en juego. 4.- Importancia de los bienes que conforman el patrimonio cultural. 5.- Principio de prevención del daño. 6. – Protección del patrimonio cultural desde la función preventiva del daño. 7.- Conclusión. 8.- Bibliografía.

Resumen: El objetivo de este trabajo es conceptualizar al patrimonio cultural e histórico, tanto material como jurídicamente, a partir de las nociones que nos brindan las fuentes del derecho vigente. Una vez establecida su naturaleza como bien colectivo, abordar la cuestión de su protección a partir de la función preventiva del derecho de daños según las reglas y principios receptadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en conjugación con la Constitución Nacional, tratados y leyes especiales.

Abstract: The purpose of this paper is to conceptualize cultural and historical heritage, both materially and legally, based on the notions provided by the sources of current law. Once its nature as a collective good has been established, to address the issue of its protection based on the preventive function of tort law according to the rules and principles included in the Civil and Commercial Code of the Nation, in conjunction with the National Constitution, treaties and special laws.

[1] Abogado (UNC).
Adscripto Derecho Privado VII -Derecho de Daños- (UNC)

Palabras claves:
Patrimonio cultural - Bien colectivo - Prevención del daño - Protección.

Keywords:
Cultural heritage - Collective good - Prevention of damage - Protection.

1.- Introducción:

En el presente trabajo vamos a centrar nuestro análisis sobre dos temas puntuales, de suma importancia ya que están directamente relacionados al ambiente en su sentido amplio, pero con notas y características muy propias que se irán presentando a medida que avancemos sobre el desarrollo de estas cuestiones. Trataremos, en primer lugar, de definir al patrimonio cultural e histórico a partir de las ideas que nos brindan las fuentes del derecho vigente. Luego, a partir de allí, abordaremos el tema de la protección de todo aquello

que representa y pueda estar incluido dentro de ese conjunto desde el punto de vista que tiene el derecho de daños y sobre todo desde la función de preventiva del daño, como ámbito de aplicación de las herramientas legales especializadas en la materia.
Si bien existen dentro de esta amplia temática, otras cuestiones igual de interesantes, como por ejemplo el tema de la reparación de los daños al patrimonio cultural, o la legitimación del ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, su tratamiento aquí resultaría imposible, el espacio de las páginas que siguen es insuficiente para abordar dichos temas de forma satisfactoria. Sobre todo, porque en principio, la finalidad del mismo es en primer lugar presentarnos al objeto digno de tutela que le da nombre al título y, a partir de allí, introducirnos al marco normativo que regula cuestiones inherentes a su existencia, importancia y protección.
Es por ello que nos centraremos, como punto de partida, en la naturaleza jurídica de los bienes tutelados cuando hablamos de patrimonio cultural e histórico, y a la protección de estos bienes desde la óptica de la función preventiva del moderno derecho de daños que sin duda contribuye, o por lo menos debería hacerlo, a la complementariedad del sistema de la responsabilidad civil por medio del diálogo de fuentes que ha sido desarrollado por la doctrina a la hora de interpretar la Constitución, el Código Civil y Comercial de la Nación, los tratados internacionales y las leyes especiales sobre la materia.
Es necesario para tratar el tema, acotar su tratamiento al análisis de nuestro derecho interno en lo que a la función preventiva del derecho de daños respecta. Entonces, empleamos la expresión "derecho de daños", entendida como el régimen que engloba las dos funciones receptadas en el Código Civil y Comercial (en adelante CCCN o Código) en su *Título V Capítulo 1*, la antes mencionada función preventiva, y la función resarcitoria,[2] que por razones que merecen un mayor estudio y análisis será tema de un apartado propio.
Nos gustaría resaltar, antes que nada, que al momento de recolectar fuentes e incursionar en su lectura y estudio, nos encontramos sorpresivamente, con una tarea que, si bien al principio supusimos que no representaba mayores inconvenientes, párrafo a párrafo, artículo a artículo, se fue manifestando cada vez más como un desafío. Y este último no es otra cosa que lograr definir qué entendemos en Argentina por "patrimonio cultural e histórico" y, por supuesto, establecer cuáles son los bienes que lo componen; para luego, una vez aclarado dicho panorama, abordar el tema de la tutela preventiva de estos bienes. Haremos el mayor esfuerzo para arribar a una idea más o menos clara y coherente con el sistema y sus fuentes.

2.- El patrimonio cultural e histórico como objeto digno de tutela:

Autores como Lorenzetti, incluyen dentro de la idea del ambiente al patrimonio cultural, ya que sostiene que, junto con el patrimonio natural, existe otro patrimonio histórico, artístico y cultural a la vez de bellezas escénicas a las que se debe cuidar y proteger; y sostiene que por eso la ecología también supone el cuidado de las riquezas culturales de la humanidad en su sentido más amplio.[3]
Continúa diciendo que, una definición puede incluir un listado de elementos que integren el concepto, lo cual aclara que es bueno, pero resulta insuficiente, ya que

[2] PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "*Manual de Responsabilidad Civil*", 1ra ed revisada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, Tomo I, p. 6.
[3] LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, "*Derecho Ambiental*", Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2018, p. 19.

siempre habrá algún aspecto no incluido u otro novedoso que se tiene que incluir. En esta categoría se encuentra las definiciones materiales que constituyen el listado: el ambiente es el agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora. El listado de elementos materiales debería ser ampliado por otros inmateriales, nos dice, como el paisaje[4] o el patrimonio histórico.

A su vez, el mencionado jurista opina que corresponde diferenciar entre el "macrobien" y los "microbienes ambientales".

El ambiente es un "macrobien", y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas.

Los "microbienes" son partes del ambiente, que en sí mismos tienen las características de subsistemas, que presenta relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macrobien.

En esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, entre otros.[5]

Mosset Iturraspe entiende por ambiente "*la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un momento y espacio determinados, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos*".

Pizarro propone que se trata de una noción amplia, que incluye en su texto no solo a los recursos naturales y los ecosistemas, sino también a los bienes o valores colectivos, patrimonio histórico y cultural, en un todo de acuerdo con los lineamientos que traza la constitución Nacional en su artículo 41.[6]

Como vemos, la postura más amplia considera a todos estos monumentos, objetos históricos u obras de arte y arquitectura como parte integrante del ambiente, y sustento normativo de ello en gran medida es el tratamiento análogo e inclusión de los mismos dentro del género ambiente que le otorgan diferentes fuentes del derecho internacional como es la Convención sobre la Protección del patrimonio mundial, cultural y natural, celebrada en la Conferencia General de la organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, París, Francia, el 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972.

Siendo fieles al título de este trabajo y con la idea de fijar un objeto de análisis puntual, nosotros vamos a centrar nuestra atención en la idea de "patrimonio cultural e histórico", y tratar de definir qué se entiende por tal. Los conceptos transcriptos incluyen dentro del medio ambiente a todos aquellos patrimonios, es decir, natural, cultural, artístico y social, que a pesar de tener una característica en común y tal vez la más importante es el de ser objeto de derechos de incidencia colectiva, también es cierto que poseen características propias que los diferencia unos de otros.

Si bien muchos autores usan como sinónimos los términos de patrimonio cultural y el de patrimonio natural, pues hay quienes establecen que dentro del natural se encuentra incluido el cultural, esta es una confusión que se da al momento de definir

[4] PRIEUR, Michel, *"Convención Europea del Paisaje"*, su disertación en el primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, El Calafate, Prov. De Santa cruz, 22 y 23-04-2004; *"La noción de patrimonio común"*, en J.A. 1998-IV-1014, dice que "el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la noción de patrimonio común aparezca como transambiental, es decir como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales o culturales".

[5] LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, ob. cit., p. 90.

[6] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit. p. 383.

el "ambiente" y tal como fue explicado supra y como reconoce Lorenzetti[7], ambos patrimonios conforman un sistema más amplio, no obstante poseen características propias que los diferencian y, que si bien pueden llegar a interactuar dentro del gran sistema del que forman parte, tienen su propia identidad definida.

Vamos a basar nuestro análisis en el patrimonio estrictamente cultural e histórico, porque sus elementos son el resultado del actuar humano y de la historia de los pueblos. Está claro que cuando decimos que un bien es "cultural" no nos imaginamos en nuestra mente una montaña o un río, al contrario, nos imaginamos un edificio o un monumento. Nos imaginamos un bien que es producto de un proceso con intervención humana, y que si se quiere tiene una historia conocida desde el principio de su existencia y, a su vez, esta existencia tuvo en su momento un por qué, un motivo, y su creación fue decisión de alguien con una finalidad concreta. Podemos ver claramente la diferencia con los bienes naturales.

Sumado a ello, porque tiene leyes especiales que serán aquí brevemente analizadas. La Ley General del Ambiente 25.675 hace referencia a "*recursos ambientales, tanto naturales como culturales"* en su art. 2 inc. a), sin embargo, parece hacer más énfasis a los bienes naturales. Debido a que los incluye a los culturales, es por ello que, adoptando el concepto amplio de ambiente, en todo lo que no esté regulado por la ley especial y no sea incompatible con la ley 25.675 (que es de presupuestos mínimos según su art. 1, es decir, que tiene por objetivo establecer una tutela mínima y uniforme para toda la Nación), existe la posibilidad de aplicar analógicamente esta última tanto para la protección como para la reparación de los daños ocasionados al patrimonio cultural e histórico. (en adelante simplemente "patrimonio cultural").

Con carácter preliminar, resulta necesario señalar que el patrimonio cultural concierne lo atinente a la riqueza arquitectónica, artística e histórica y se compone por monumentos, lugares y sitios.[8] Podemos decir que dichas riquezas tienen un lugar reconocido en el plexo normativo. Ello puede derivarse, a muy groso modo, de la enunciación que hace el artículo 41 segundo párrafo de nuestra Constitución Nacional cuanto expresa "*patrimonio natural y cultural"*. Nos parece que es importante reconocerle un rol de protagonismo al segundo, y ello será fundamentado a lo largo del presente trabajo.

Para abordar el primer tema de este trabajo, tenemos que partir del significado de lo "cultural" e "histórico", ya que solo desde allí podemos tomar dimensión de qué estamos hablando cuando decimos que algo tiene cierta importancia por pertenecer al patrimonio de estas características. A su vez, establecer el sentido de lo cultural como un adjetivo calificativo (del sustantivo patrimonio) nos permitirá establecer la naturaleza jurídica de los bienes que son objeto de análisis cuando hablamos de su protección y tutela.

[7] LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, ob. cit., p. 89.
[8] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, "*La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103*", ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/424/2016, p. 1

Según la Rae, "cultural" es lo: 1.adj. Perteneciente o relativo a la cultura. Y, a su vez, "cultura" es un término polisémico donde nuevamente la Rae lo define como:

1. f. cultivo.

2. f. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico.

3. f. Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.

4. f. ant. Culto religioso.

~ física.1. f. Conjunto de conocimientos sobre gimnasia y deportes, y práctica de ellos, encaminados al pleno desarrollo de las facultades corporales.

~ popular.1. f. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.

Parece razonable que no todas estas acepciones se adapten a lo que en este capítulo buscamos desarrollar, y es por ello que tomaremos a las que más parecen ajustarse a la descripción de los bienes dignos de tutela, según sus características y composición, a los que haremos referencia. Parecen adaptarse más a ello los de "cultura" como "2. f. *Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico.; 3. f. Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.; y ~ popular.1. f. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo*."
Entonces cultural es todo lo relacionado a la cultura, que engloba todo lo mencionado en el párrafo anterior. En cuanto al vocablo histórico, consideramos adecuado que acompañe a lo cultural porque suma un componente o elemento de contexto temporal a todo aquello que pueda verse incluido en el conjunto de lo cultural. Histórico es lo perteneciente o relativo a la historia[9], es decir, que muchas cosas tendrán cierta importancia por haber sido parte de la historia, por ser una prueba tangible de un hecho de gran relevancia para la historia de un pueblo o nación, prueba "viviente de un acontecimiento", etc.
Muchas cosas son culturales por ser primero de carácter históricos, y de allí deriva su importancia. Lo histórico está fuertemente arraigado a la idea de lo cultural, y en nada redunda esta expresión si es seguida a la primera. Dependiendo del objeto pueden utilizarse cualquiera de los dos vocablos indistintamente. Si embargo, existen cosas que pueden ser culturales sin deberse ello a que sean históricos precisamente, ya que lo cultural posee una connotación más amplia. Muchas de las normas que veremos emplean el término "histórico" en conjunción con lo cultural.
Aclarado esto, debemos continuar por establecer a qué hacemos referencia cuando hablamos de "patrimonio" desde un punto de vista jurídico. Este último posee un concepto en el derecho civil como atributo de la persona, que está integrado por bienes, es decir que tienen un valor económico. No importa si estos bienes son

[9] https://dle.rae.es/hist%C3%B3rico - histórico, ca: 1. adj. Perteneciente o relativo a la historia.

materiales, es decir, que sean cosas, o inmateriales, sino que lo importante para el derecho civil es que tengan un valor, y este elemento para la letra del Código y en su interpretación para la mayoría de la doctrina es económico y no afectivo.[10]

Si bien el Código vigente no define al patrimonio, el art. 15 nos dice que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio. [11] En la nota del art. 2312 del Código derogado, Vélez Sarsfield nos enseñaba que el *… "patrimonio" de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser divida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en este Código.*" [12]

En el Código derogado la noción de bien estaba estrechamente vinculada a este enfoque económico y, por lo tanto, si se sigue utilizando este vocablo en su sentido técnico tradicional no podría aplicarse a los bienes ambientales (dentro de los cuales como ya hemos visto se encuentra el medioambiente como macrobien que alberga al patrimonio cultural), o al cuerpo o partes del cadáver. El Código civil y comercial vigente sigue estas categorías tradicionales y simplifica su enunciación.[13]

Este concepto tiene relevancia desde el enfoque de los derechos individuales, pero cuando hablamos de derechos de incidencia colectiva que están vinculados directamente con el patrimonio cultural, tenemos que hacer referencia a algo más que lo simplemente patrimonial económicamente hablando, a pesar de que estos bienes posean un valor económico tanto para el Estado como también para la comunidad en su conjunto. Si bien las habíamos nombrado en primer lugar como riquezas, y a pesar de que tienen un valor económico, primero poseen uno cultural, artístico, arquitectónico, social e histórico que los caracteriza de una manera muy específica.

Entonces, parece razonable que para hablar de patrimonio cultural debemos prestar atención a un concepto de lo "patrimonial" más amplio que el elaborado en el derecho civil, es decir, desde la proyección que puede tener este conjunto de bienes, valores y manifestaciones en un contexto más abarcativo y que, como veremos, involucra a derechos de incidencia colectiva. Todo ello atento a que como la palabra "cultura" también es polisémica por naturaleza y por supuesto, porque dentro del uso del lenguaje, ello deriva del empleo tan variado que se le da, es un término que resulta difícil delimitar con exactitud. Para simplificar, y apuntar más concretamente a qué nos referimos con patrimonio cultural, necesariamente debemos tomarlos conjuntamente, ya que cada término por separado posee múltiples significados o

[10] HERRERA, Marisa en "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*" (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p. 80

[11] FLAH, Lily R. – AGUILAR, Rosana I., en "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"* (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p 804.

[12] *Código Civil de la República Argentina*, VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio – Nota al art. 2312, 12ª edición, Errepar, Buenos aires, 2013, p. 283.

[13] HERRERA, Marisa, ob. cit., p 80.

acepciones dependiendo del contexto o empleo que se les asigne por los interlocutores.

Para lograr acercarnos a la idea de patrimonio cultural e histórico, podemos partir de la concepción construida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que promueve la identificación, la protección y la preservación del patrimonio cultural y natural de todo el mundo considerado especialmente valioso para la humanidad.

Según esta organización, el patrimonio es el legado que hemos recibido del pasado, lo que vivimos en el presente y lo que transmitimos a las futuras generaciones. Todos los países tienen sitios y monumentos de interés local o nacional, pero para que sea considerado "patrimonio mundial" es necesario que, además, posea un "valor universal excepcional".

La declaración de un bien como patrimonio de la humanidad es un privilegio y un prestigio para el país, para sus responsables políticos y culturales y para los ciudadanos más directamente relacionados con el referido "Bien Patrimonio de la Humanidad". Pero al mismo tiempo es una gran responsabilidad, ya que deben mantener su conservación y protección, así como profundizar en su estudio con el fin de que este patrimonio pueda contribuir a la educación integral de otras personas y pueblos.[14] Habla tanto del patrimonio natural como el cultural, y destaca la importancia que tienen para toda la humanidad en su conjunto.

Los conceptos aún más amplios como Patrimonio Mundial o de la Humanidad, también reconocidos por distintos instrumentos y convenciones a lo largo y ancho del planeta, a nuestro parecer no son empleados por los organismos internacionales para nombrar un patrimonio distinto, sino para hacer referencia a cualquiera de ellos con una visión y alcance global, que no tiene en cuenta las fronteras de los estados y respeta el valor que estos conjuntos o dimensiones tienen para la humanidad entera y las futuras generaciones independientemente de si son naturales o culturales.[15]

El mencionado organismo ha creado los Indicadores UNESCO de Cultura para el Desarrollo (IUCD) que son un instrumento normativo y de promoción que permite evaluar, por medio de datos y cifras, la función pluridimensional de la cultura en los procesos de desarrollo. Se define a este como una dimensión cuyo principal objetivo "*es evaluar los esfuerzos acometidos por las autoridades públicas y sus resultados, en relación con el establecimiento y la aplicación de normas, políticas, mecanismos concretos y medidas para la conservación, la salvaguardia, la gestión, la transmisión y la valorización del patrimonio a nivel nacional.*"[16]

En análisis completo del instrumento excede la finalidad de este trabajo, sin embargo, podemos valernos de las diferentes definiciones que nos brinda, a los fines de cotejar si guardan relación con las escasas menciones que se dan en nuestro ordenamiento jurídico interno y de acuerdo al contexto y marco normativo en el que son empleados. Comenzaremos por diferenciar dentro de la idea de Patrimonio de la humanidad solo el cultural.

La misma Unesco en la introducción de su Indicador para la Cultura nos dice que *"…el patrimonio cultural en su más amplio sentido es a la vez un producto y un proceso*

[14] https://www.unc.edu.ar/sobre-la-unc/%C2%BFqu%C3%A9-es-el-patrimonio-mundial.
[15] UNESCO. «Ordinary Sessions of the World Heritage Committee».
[16] INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO – PATRIMONIO, p. 132 (https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf).

que suministra a las sociedades un caudal de recursos que se heredan del pasado, se crean en el presente y se transmiten a las generaciones futuras para su beneficio. Es importante reconocer que abarca no sólo el patrimonio material, sino también el patrimonio natural e inmaterial. Como se señala en Nuestra diversidad creativa, esos recursos son una "riqueza frágil", y como tal requieren políticas y modelos de desarrollo que preserven y respeten su diversidad y su singularidad, ya que una vez perdidos no son recuperables."[17]

Hay dos ideas fuertes para destacar de esta definición. La primera es que incluye dentro del patrimonio cultural, que es el que empieza nombrando, al patrimonio natural e inmaterial. Y segundo, lo inmaterial que tiene que ver con una característica sustancial de los bienes, desde que pueden ser expresiones o manifestaciones. Lo natural es algo que igualmente resalta en su primera definición, pero que luego el mismo organismo afina dando una definición más precisa de patrimonio cultural:

Por patrimonio cultural se entienden: i) los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; ii) los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; iii) los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.[18]

Podemos ver como incluso para un mismo organismo existen imprecisiones a la hora de delimitar el espectro de lo que se entiende solo por patrimonio cultural. A los fines didácticos vamos a trazar una línea ya que como veremos, en nuestro ordenamiento jurídico parece reservarse dicha terminología para bienes culturales e históricos en cuya producción ha tenido intervención el actuar humano. De todas formas, puede verse que la intención de la Unesco es no encuadrar rígidamente el concepto de lo cultural como algo que deja fuera lo natural, y contrariamente a ello busca una definición flexible a la hora de aplicar dichas medidas o políticas de protección en los distintos estados.

A su vez, esta idea si bien nos aproxima, no deja de ser cierto que no es propia de nuestro derecho interno vigente, sino que pertenece a un organismo que despliega su actividad en el marco de la comunidad internacional, ya que forma parte de la ONU (Organización de las Naciones Unidas). Si tenemos que buscar una definición de patrimonio cultural e histórico en nuestro ordenamiento jurídico vamos a encontrar varias referencias a él en distintas normas y con distintos enfoques.

En primer lugar, podemos citar el art. 41 de la Constitución Nacional en cuanto expresa que: "*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

[17] INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO – PATRIMONIO, p. 132 (https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf).
[18] INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO – PATRIMNONIO, p. 134 (https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf).

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.
Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales."
Podemos observar como nuestra ley suprema recepta el concepto, hace primero referencia al ambiente y luego a los recursos y elementos que lo componen.
A su vez, el art. 75, inc. 19 introduce dentro de las facultades del Congreso la de "*...Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales*". [19] Facultad esta última que guarda relación con el compromiso que debe asumir el Estado nacional a los fines de preservar y conservar nuestro patrimonio cultural nacional. No deja de ser atribución de cada estado tener leyes internas que tengan conexión con sus compromisos convencionales.
Dentro del bloque de constitucionalidad o tratados con jerarquía constitucional, cuya aprobación corresponde al Congreso de la Nación de conformidad al art. 75, inc. 22 segundo párrafo de nuestra Constitución Nacional, la Argentina ha suscripto una serie de convenios internacionales, entre los que destaca el "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales", en cuyo art. 15 se acoge el derecho de las personas a participar de la *vida cultural* y de la adopción por parte del Estado de las medidas para asegurar el pleno ejercicio de este derecho entre las que deberán figurar las necesarias para la "*conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura*."
A nivel supralegal (art. 75, inc. 22, primer párrafo) la República Argentina ha aprobado la "Convención Internacional para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural"[20], que reproduce tal cual en su art. 1 la definición de patrimonio cultural elaborado por la Unesco y transcripto supra como primer concepto.
La "Convención de La Haya para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado"[21], que agrega a la definición anterior la idea de bienes muebles o inmuebles, los edificios que tengan por finalidad exponer y conservar el conjunto de los bienes muebles culturales, junto con los centros donde comprendan un número considerable de bienes culturales que se denominan "centros monumentales".
La "Convención de San Salvador para la Defensa del Patrimonio Arquitectónico Histórico y Artístico de las Naciones Americanas".[22]

Artículo 2
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

[19] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 2.
[20] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 2, [Aprobado por ley 21.836 (BO 14/7/1978)].
[21] Aprobado por ley 23.618 (BO 1/12/1988).
[22] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 2, [Aprobado por ley 25.568 (BO 7/5/2002)].

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.
A su vez, el artículo 5 establece que: "*Pertenecen al Patrimonio Cultural de cada Estado los bienes mencionados en el artículo 2, hallados o creados en su territorio y los procedentes de otros países, legalmente adquiridos.*"
Podemos decir entonces que todas aquellas cosas o bienes a partir de los cuales los pueblos, en el sentido de comunidad o conjunto humano que vive en sociedad, logran manifestar su vida tradicional, favorezcan o a partir de los cuales emerjan conocimientos que permita a cualquiera de sus miembros desarrollar su juicio crítico, y tengan relación directa con los modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social; serán bienes o cosas aptas para ser consideradas parte de este patrimonio cultural e histórico. Pero nos falta algo para completar el concepto.

3.- Los bienes culturales como objeto de los derechos en juego
Si prestamos atención, durante el desarrollo de lo hasta aquí expuesto, habremos notado que necesariamente mencionamos en repetidas ocasiones a los bienes, y a su vez que son materiales o inmateriales. Todas las normas transcriptas hablan primero de patrimonio como conjunto y luego hace referencia a los bienes que lo componen. Esto es así porque el concepto de patrimonio cultural termina de definirse por la naturaleza jurídica de los bienes que lo componen, y es por ello que, es necesario nombrar a estos bienes. Pero no debemos confundir a estos últimos con el bien colectivo del que forman parte.
La concepción patrimonialista ha ido cambiando, y aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Por esta razón es que el Código cambia totalmente el paradigma de regulación de los bienes.[23]
El Código Civil y Comercial clasifica los bienes de acuerdo al tipo de derechos que pueden ejercerse sobre los mismos. Tiene un título introductorio que, en el mismo capítulo, produce un cambio de paradigma regulatorio de enorme relevancia en esta materia, ya que regula:
1. Los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio. Éste es el campo tradicional en materia de derechos reales, que se mantiene respecto del código derogado (arts. 15 y 16, 225 y 235 y ss.; 1882 y ss.).

[23] HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 77

2. Los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano, que no tiene contenido patrimonial (art. 17).
3. Los derechos de las comunidades, que son diferentes de las personas individuales, sobre bienes que también son comunitarios (arts. 18 y concs.)
4. Los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240, 241).[24]

A su vez, clasifica los bienes con relación a las personas, es decir, los titulares de los derechos sobre los mismos, y los clasifica en bienes pertenecientes al dominio público (art.235 CCCN), bienes del dominio privado del Estado (art. 235) bienes de los particulares (art. 238). El último artículo expresa *"Bienes de los particulares. Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales."* De acuerdo a la definición que surge de la norma, la categoría bienes de los particulares tiene *naturaleza residual*.[25] Pero esto es en contraste a los bienes de dominio público y privado del Estado.

Claro está que los que pertenecen a los particulares y sobre los que se ejercen derechos individuales, y como hemos visto en principio tienen un valor económico, no son lo mismo que los bienes colectivos. Pero ¿pueden estar incluidos dentro de los bienes sobre los que se ejerzan derechos de incidencia colectiva? ¿O de la clasificación que hace el Código se desprende que el ejercicio de derechos individuales recae solo sobre bienes del patrimonio de particulares y, el ejercicio de derechos de incidencia colectiva solo sobre bienes colectivos? Es fundamental diferenciar esta idea de bienes que aporta el CCCN, del concepto de bien colectivo digno de tutela y tan perfeccionado desde el derecho ambiental.

En su art. 240, al momento de hablar sobre el ejercicio de los derechos individuales que recaen sobre los bienes enumerados en la *Sección 1* y *Sección 2*, establece que el mismo debe ser compatible con los derechos de *incidencia colectiva*. Continúa diciendo que "*…debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, 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."*

Como ya hemos visto, el CCCN en su art. 14 establece que regula dos tipos de derechos: a) los individuales, en los que cada interés tiene un titular individualizado; b) los de incidencia colectiva, en los que puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo), o del Estado (interés público, pero el bien jurídico es colectivo).[26]

En cuanto a los derechos de incidencia colectivos podemos citar directamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Halabi"[27] cuando expresa:

"Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

[24] HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 78.
[25] ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI en "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"*, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p. 780.
[26] HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 72.
[27] FALLO CSJN "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986"

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

Lorenzetti señala que los códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el CCCN 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.[28]

El CCCN, en los artículos 1°, 2°, 14, 240 y 241, establece reglas que tienen por objeto la necesaria armonía, compatibilidad o concordancia, en el ejercicio de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, basados en el principio de sustentabilidad.

Se recuerda que el artículo 1°, sobre *Fuentes y aplicación*, establece que "*…los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*"

[28] LORENZETTI, Ricardo Luis, en "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*",1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p 794. según Presentación del Proyecto "*Código Civil y Comercial de la Nación*", Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, 2012.

A su vez, el artículo 2° del Código Civil y Comercial, relativo a la Interpretación, 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."*

La visión desde la Constitución del Derecho Privado, la regulación del derecho privado colectivo y la integración de fuentes son modalidades generales de este Código Civil y Comercial, que en definitiva resultan un aporte significativo para la protección del Derecho Ambiental.

No escapa a la consideración que este Código, no sólo unifica la materia Civil y Comercial (Derecho Privado), sino que también construye una comunidad de principios de la Constitución, del Derecho Público y del Derecho Privado, "ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina", lo que se ve claramente 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".

El Derecho Ambiental está compuesto por intereses o derechos de incidencia colectiva, difusos en su titularidad activa, compartidos de manera fungible, impersonal, masiva, o indiferenciado por grupos sociales, sectores, clases, categorías, la sociedad, la colectividad o la comunidad en su conjunto, referidos a "bienes colectivos" – ambiente y cada uno de los elementos que forman parte del mismo- , y " valores colectivos", por lo general estos últimos, vinculados con el patrimonio histórico cultural, nuestras tradiciones orales, etcétera.[29]

Pizarro destaca que, con evidente anclaje constitucional, el Código Civil y Comercial introduce importantes cambios en materia de tipicidad de los derechos, reconociendo no solamente a los derechos individuales sino también a los de incidencia colectiva. En el texto del Anteproyecto se incluían también a los derechos individuales homogéneos y se consagraba una amplia legitimación activa colectiva para su defensa, siguiendo los lineamientos de la actual jurisprudencia de la CSJN a partir de la causa "Halabi". El Poder Ejecutivo de la Nación los suprimió de manera inadmisible antes de remitir el Proyecto al Congreso.[30]

El CCCN no termina de definir la cuestión de los bienes colectivos, no los menciona ni los clasifica. Deja abierta con la redacción de su art. 240 a que sean el resto de las normas, es decir, Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes especiales, junto con la jurisprudencia las que definan sobre qué bienes se van a ejercer los derechos de incidencia colectiva. Esto es producto del régimen hermenéutico jurídico que relaciona las normas codificadas con el resto que coexisten en el ordenamiento. No es una omisión fallida del legislador.

Los bienes que menciona el Código son: bienes de dominio público, de dominio privado del Estado y de los particulares sobre los que se ejercen derechos individuales. Vamos a llamar a estos bienes en sentido restringido. No solo difieren de los bienes colectivos por el interés tutelado del que son objeto, o la titularidad del derecho de dominio que pueden caer sobre los mismos, cambia la naturaleza jurídica

[29] FLAH, Lily R., AGUILAR, Rosana I., CAFFERATA Néstor A. en "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*" (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, págs. 794 y 795.

[30] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "*Tratado de Responsabilidad Civil"*, 1ra ed, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, T. I, p. 25.

de los bienes, y esto está dado por la universalidad, la indivisibilidad y la transcendencia. Cambia su estructura y cambia su esencia. En distinto sentido, los bienes a los que hace mención el Código en los arts. 15, 16, 235, 236, 337, 238 tienen un sentido más desde los derechos reales.[31]

La indivisibilidad es un carácter que tiene que ver con que el bien colectivo es de uso común, no fraccionable, y está tutelado de una manera no disponible por las partes. Así es comprendido por la Corte Suprema de Justicia Nacional cuando resolvió: "*…el bien jurídico ambiental comprometido es colectivo, supraindividual, indivisible impersonal y no fraccionable, en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares, tratándose pues, únicamente de aquellos casos en que los derechos cuya tutela se persigue corresponden a un bien que pertenece a la esfera social y transindividual…*"[32] Entonces a partir de la clasificación del Código, y sumado a lo establecido en la Constitución, tratados, leyes especiales y por la jurisprudencia podemos concluir que existen los bienes colectivos y que los mismos están definidos por el tipo de interés que recae sobre ellos, que vale aclarar es colectivo.

Todos los elementos que forman esta estructura ambiental, vale decir, los recursos naturales como el agua, bosques, suelo, fauna, entre otros; las condiciones naturales del espacio, tales como el oxígeno o el clima; y los valores sociales de la conjunción hombre-naturaleza, por ejemplo, los paisajes forman hoy un bien cuyas características jurídicas le conceden mayor preeminencia para el logro de la supervivencia de las sociedades.[33]

En resumidas cuentas, para un cerrar un tema sumamente complejo del que inevitablemente deberíamos explayarnos mucho más, vamos a decir que el medioambiente es un bien colectivo. Y por lo tanto también lo es el patrimonio cultural, como elemento del medioambiente, es decir, del macrobien del que forma parte, por poseer caracteres que los vinculan y según la relación existente entre ambos que ya explicamos. Ello eleva a este último al estatus de objeto de derechos de incidencia colectiva.

Que luego, dentro del bien colectivo puedan estar incluidos bienes de dominio público o privado, en nada obsta a la clasificación que hemos elaborado, y son situaciones que pueden darse como no. Por regla en casos de daño ambiental suelen estar presentes más los bienes de dominio público, y son más fáciles de identificar (art. 235). Pero como veremos a continuación eso no elimina la posibilidad de que tenga lugar la protección de un bien colectivo cuando corre riesgo, se afecta o se lesiona un bien que pertenece al dominio privado. Esta es la particularidad que más identidad le da al patrimonio cultural en su relación con los bienes en sentido restringido, en el caso de que formen parte de dicho conjunto.

Un ejemplo del ejercicio de este interés colectivo sobre un bien de dominio privado de un particular es el fallo de la CSJN "Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa", donde por voto de la mayoría se hizo lugar a la demanda de expropiación irregular entablada por la propietaria, luego de que por medio de la ley 25.317 se declarase "monumento histórico – artístico nacional" al edificio que ocupa la "Casa de Mansilla" y quedara así sometida al

[31] HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 79.
[32] GRAFEUILLE, Elías G.- CAFFERATA, Santiago Díaz, "*Amparo Ambiental*", 1ra ed. Ediciones Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, p. 42.
[33] MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A., "*Daño Ambiental*", 2da edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011, T. I, p. 399.

régimen de la aún por ese entonces vigente ley 12.665. la Corte entendió que las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble y resulta evidente que la expropiación resulta ser en el caso el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes, es decir, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito.[34]

Podemos ver que, a pesar de ejercerse derechos de incidencia colectiva directamente sobre un bien privado de un particular de forma inmediata, ello se debe a que este bien en sentido restringido forma parte de un bien colectivo desde que fue declarado monumento histórico - artístico nacional; conforma el patrimonio cultural. Es por ello que resulta acertada la decisión de la Corte en "Halabi" cuando dice que *los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos.*

Entonces, como ya dijimos, parece que existe la posibilidad de ejercer derechos de incidencia colectiva sobre bienes de dominio privado, sean de particulares o del Estado Nacional, Provincial y municipal, es decir, bienes en sentido restringido, pertenecientes a particulares o estatales. Ello se deriva de que el Código establece que los derechos individuales deben ejercerse sobre los bienes de las *Secciones 1 y 2*, donde enumera a los de dominio público, como si allí se agotaran los bienes colectivos[35]; pero también menciona a los de los particulares, es decir que deja abierta aquella posibilidad desde que debe ser *compatible con los derechos de incidencia colectiva*. Es a partir de allí donde nos vamos a las leyes especiales que por supuesto contemplan las características que destacan a estos bienes. Vamos a simplificar esa clasificación de los bienes, y en principio vamos a centrar nuestra atención en lo bienes materiales e inmateriales que conforman el patrimonio cultural, porque son el objeto sobre los que reposa el ejercicio de derechos de incidencia colectiva.

La legislación vigente proyecta el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva sobre el patrimonio cultural (microbien), que como ya dijimos, es un bien colectivo. Pero los hace operativos a su vez sobre bienes materiales, cosas, e inmateriales, manifestaciones, valores y tradiciones, que forman parte del bien colectivo. Podemos ver como el ordenamiento que regula todo lo concerniente al patrimonio cultural se encuentra legislado en leyes de distinta jerarquía.

En ese orden, es que la Constitución nombra al *patrimonio cultural* (art. 41 2° párrafo), la LGA nombra los *recursos…culturales* (art. 2 inc a), el Código hace alusión a *valores culturales* (art.240), *las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos,* con una notoria importancia desde lo cultural e histórico (art. 235 inc. h), la Ley 27.103 expresa *monumentos, lugares y bienes protegidos* (art. 4° - derogó artículo 2° de la ley 12.665; art. 7); podemos ver cómo van de lo general a lo más especial y estos son solo algunos ejemplos. Esto cobra virtualidad porque el marco normativo se complementa por medio de disposiciones generales y especiales por medio de un método de integración (art.2).

[34] Fallo CSJN Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa. saij.gob.ar
[35] LORENZETTI, Ricardo Luis, "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*" 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, pág.770.

A su vez, las convenciones citadas supra a las que nos remitimos por una cuestión de brevedad, también hacen referencia a bienes, pero no a bienes colectivos, sino a los bienes materiales e inmateriales que conforman al microbien patrimonio cultural. Podemos ver cómo, si lo que se busca tutelar es un patrimonio cultural e histórico, el derecho aborda su tratamiento desde la tutela o protección concreta de los bienes materiales e inmateriales que lo conforman. Es por ello que en los próximos capítulos vamos a incursionar en la protección del patrimonio cultural desde la prevención del daño sobre los bienes materiales e inmateriales que lo conforman.
Estamos en condiciones de establecer el concepto de patrimonio cultural como el bien colectivo, parte del medioambiente y objeto de derechos de incidencia colectiva, que está conformado a su vez por el conjunto de bienes materiales e inmateriales, es decir, cosas, objetos, expresiones y manifestaciones que poseen un valor trascendente para la cultura, historia y desarrollo de los pueblos y comunidades. Estos pertenecen a dicho conjunto por la importancia que representan desde lo cultural, artístico, científico, social e histórico, y es este valor el que los hace digno de tutela y protección, y perdiendo de vista su componente económico.

4.- Importancia de los bienes que conforman el patrimonio cultural

Pero entonces, y considerando lo hasta aquí dicho, debe haber una razón por la cual determinados bienes entran en el grupo digno de ser tutelados por pertenecer al patrimonio cultural en cuestión, es decir, para que les sea otorgado dicho estatus. Diremos que estas características que pueden ser artísticas, culturales, históricas, paisajísticas, son las que les otorgan una importancia cultural, e histórica principalmente. Y es a su vez esta importancia la que se va a traducir en un valor también con significancia artística, cultural, histórica, paisajística y social que le dará motivo para ser tutelado.
Con carácter preliminar, resulta necesario señalar que el patrimonio cultural concierne lo atinente a la riqueza arquitectónica, artística e histórica y se compone por monumentos, lugares y sitios.[36]
A su vez como ya dijimos, está compuesto además de bienes materiales por bienes inmateriales. El patrimonio cultural no se limita a monumentos y colecciones de objetos, sino que comprende también tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados y transmitidas a nuestros descendientes, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculados a la artesanía tradicional.
Pese a su fragilidad, el patrimonio cultural inmaterial es un importante factor del mantenimiento de la diversidad cultural frente a la creciente globalización. La comprensión del patrimonio cultural inmaterial de diferentes comunidades contribuye al diálogo entre culturas y promueve el respeto hacia otros modos de vida.[37]
Lo que se intenta proteger, en particular, son las expresiones de riqueza cultural de un colectivo. Esto denota la consagración indudable de la solidaridad intergeneracional. El mentado principio apunta a asegurar el acervo cultural para las

[36] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 1
[37] https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003.

generaciones futuras en tanto se entiende que la historia y el arte son portadores de un mensaje del pasado y un testimonio vivo de sus tradiciones.[38]
Su fundamento radica, precisamente, en la necesidad de resguardar la memoria histórica de los pueblos. La protección del patrimonio cultural se inscribe, de este modo, como una manifestación más de la función social de la propiedad.[39]
En palabras de la CSJN: "*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, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros*".[40]
A partir de estas consideraciones que, por supuesto nos pueden servir de guía para calificar a ciertos bienes como integrantes del conjunto patrimonio cultural e histórico, al que necesariamente debe agregársele lo artístico, ya que es innegable que a partir de dicha producción la cultura se construye y desarrolla, podemos entender cuál es el gran repertorio de características compartidas por el grupo de bienes al que estamos ingresando. Todo ello va a depender de la denominación y anclaje que se les de cómo tal desde un decreto o desde el contenido de una ley creada a tales fines por las autoridades a las que haremos referencia.
De allí que de acuerdo a cuanta sea la importancia que el bien protegido represente, este va a contar con un nivel de protección local, provincial, nacional o que exceda las fronteras de la Nación. Este tema está íntimamente vinculado a la cuestión de la legitimación para el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, que será tratado en otra oportunidad por resultar imposible abordar y desarrollar un tema tan extenso y complejo, que sin duda se merece una presentación y análisis propios.

5.- Principio de prevención del daño

Pizarro nos enseña que en el moderno derecho de daños se reconoce este nuevo principio, según el cual toda persona tiene el deber de adoptar de buena fe, conforme las circunstancias y en cuanto de ella dependa, las medidas necesarias para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud y gravedad. El CCCN lo consagra de manera expresa no sólo en un plexo normativo general (arts. 1719 y ss.), sino también en numerosas disposiciones especiales. Asume especial proyección en el ámbito de los derechos que hacen a la dignidad humana, en el derecho del consumo y, sobre todo, en el derecho ambiental, donde la tutela preventiva (e inclusive precautoria) es largamente preferible, dado el carácter relativo que generalmente tiene la reparación en tales supuestos.[41]
Sostiene, además, que tanto desde el punto de vista del damnificado cuanto del posible responsable, la prevención del daño es por lo general preferible a su reparación.

---

[38] BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ediar, Buenos Aires, 1995, T. VI, p. 297 - En esta línea, la Constitución Nacional "expresa una visión de la persona humana y de la comunidad política fuertemente vinculadas, no sólo a un pasado común, sino también con claros deberes hacia las generaciones venideras"
[39] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p.1.
[40]Fallo CSJN, "Zorrilla, Susana y otro v. EN — PEN s/expropiación — Servidumbre administrativa", LA LEY, 2013-E, 576.
[41] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *"Tratado de Responsabilidad Civil"*, 1ra ed Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, T. I, p. 23.

Pueden distinguirse distintas formas de prevención:[42]
a) Una de carácter general, que opera de manera indirecta, por disuasión y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño. Un adecuado régimen de sanciones (penales, administrativas, civiles, etc.) puede, a veces, constituirse en un factor de prevención importante, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley.[43] Desde esta perspectiva, continúa diciendo Pizarro, algunas instituciones jurídicas de corte netamente sancionador – como los daños punitivos (art. 52 bis, Ley 24240)- tienen también, además, una clara función preventiva.
b) Otra, más específica, que tiene cabida dentro de un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas por su frecuencia estadística, o por la magnitud de la dañosidad potencial que encierran, o para proteger ciertos derechos que, como los personalísimos, hacen a la dignidad humana. Esta prevención se realiza, frecuentemente, mediante la imposición, a ciertos sujetos, incluidos funcionarios estatales, de deberes especiales, destinados a controlar o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, a través de la adopción de medidas de seguridad adecuadas, o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada.[44]
El imperativo de no dañar (art. 19 CN) y la coherente función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1708 CCCN), se despliegan en deberes puntuales de *impedir perjuicios injustificados, a cargo de todas las personas en condiciones para hacerlo*.
El precepto comentado concreta ese deber en las siguientes conductas:
a) Evitar causar un daño. b) Adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya un daño. c) No agravarlo, si ya se produjo. [45]
El Código Civil y Comercial incluye a la función preventiva dentro de la responsabilidad civil (arts. 1710 y ss.). De tal modo, la responsabilidad civil no sólo resarce el daño injusto, también lo previene.
Conforme lo señalado anteriormente el criterio seguido es conceptualmente inapropiado. Pensamos que responsabilidad civil (entendida como lo que siempre fue: reparación del daño injustamente causado), prevención del perjuicio y punición por el derecho privado de ciertos ilícitos calificados por su especial gravedad, forman parte de una temática más amplia, que denominamos derecho de daños.[46]
Hecha esta aclaración, vamos ahora a hacer referencia a los artículos del Código que, dentro de su *Título V, Capitulo 1* titulado "*Responsabilidad civil*" trata en su *Sección 2ª* a la función preventiva (junto con la punición excesiva que no guarda relevancia para el tema que estamos tratando).

---

[42] Ver ACCIARRI, *"Elementos de análisis económico del derecho de daños"*, pág. 63, n III, "Funciones del derecho de daños y de prevención", en LL 2013-A-717.
[43] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 809. En sentido coincidente con TUNC, *"La responsabilité civile"*, p. 41.
[44] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 810.
[45] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *"La responsabilidad civil en el nuevo Código"*, 1ra ed Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015, T. I, p. 182
[46] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos, ob. cit., p. 820 - sobre Conf. Prevot, *"Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva en el Código de 1871 y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación"* (2012), Revista de Derecho de Daños, n. 2014-1, p. 109, en esp. N. II, b, ps. 114 y ss.; BUERES – *"El futuro de la responsabilidad civil. ¿Hacia dónde vamos?"*

Dispone el artículo 1710: *"Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*
a) evitar causar un daño no justificado;
b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
c) no agravar el daño, si ya se produjo."
A la hora de preguntarnos sobre quién recae el deber de prevención, Pizarro nos enseña que la Ley es clara: sobre "*toda persona*". Toda persona incluye lógicamente al Estado, a pesar de la inaplicabilidad de las normas del código civil que surge de los artículos 1764 y 1765.[47] Sería escandaloso sostener una solución contraria. Más aún: el deber de prevención que pesa sobre un particular razonablemente no debe ser superior al que en idénticas circunstancias correspondería al Estado. De tal manera, con abstracción e independencia de lo que puedan disponer en su ámbito específico normas de derecho público, el artículo 1710 se aplica a la responsabilidad preventiva del Estado, no de manera directa, o subsidiaria, sino por analogía.[48] En breve veremos como a partir de la analogía, el sistema se integra para darle respuesta a estos conflictos que tienen que ver con los derechos de incidencia colectiva y como el ordenamiento se complementa, proyectando principios rectores propios de la responsabilidad civil a otros microsistemas que subsisten en simultáneo.
Para completar el conjunto de normas que regulan todo lo relacionado al principio de prevención debemos hacer mención de los artículos 1711, 1712 y 1713. Configurada la recepción del principio de prevención del daño dentro del sistema de responsabilidad civil consolidad en el Código, es a partir de allí que sus efectos se trasladarán al resto del plexo normativo que tiene como fin la protección del patrimonio cultural. Como ya lo dijimos es la misma Constitución Nacional, los tratados internacionales (art. 75. inc. 22 CN), la Ley General de Ambiente 25.675, y leyes especiales como la 27.103 y decretos, los instrumentos legales que prevén normas que hacen explícito el deber de prevención respecto de determinados bienes por el valor cultural e histórico que representan.

6.- Protección del patrimonio cultural desde la función preventiva del daño.
Antes de pasar directamente a cada una de estas normas, necesariamente tenemos que hacer una breve mención de la prelación normativa, también regulada por el Código en su *Título V, Capitulo 1* titulado "*Responsabilidad civil*", pero esta vez en la *Sección 1ª;* ya que tiene relevancia en lo que hace a la aplicación de normas de responsabilidad civil al microsistema disperso de protección del patrimonio cultural. El art. 1709 establece: "*Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:*
a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;

[47] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 824. Sobre TAWIL, "*Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño*", en LL 2015-F-482; ALFERILLO, comentario al art. 1710, ALTERINI (dir), *Código*, t. 5, p. 14.
[48] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 824.

b) la autonomía de la voluntad;
c) las normas supletorias de la ley especial;
d) las normas supletorias de este Código."

Zavala de González nos explica que el precepto comentado tiene en vista alguna oposición, conflicto o incoherencia entre disposiciones del Código Civil y de leyes especiales, a propósito de presupuestos o de efectos en la responsabilidad por daños. Sólo así se concibe establecer un orden de prelación, donde algunas normas revisten superior jerarquía, para su aplicación prioritaria en comparación con otras. Se instituyen pautas esenciales para decidir esa preeminencia:

a) El carácter indisponible de una determinada disposición, que se define según la materia y los intereses que resguarda.

b) El respeto de la autonomía de la voluntad, cuando la decisión de los interesados no afecta esas cuestiones indisponibles.

c) Parecen innecesarias las últimas previsiones, referidas a normas supletorias de leyes especiales o del Código (incs. C y d), pues es evidente que disposiciones suplentes rigen sólo en subsidio o en ausencia de otras de carácter principal.[49]

Sin embargo, nos continúa explicando la destacada jurista, dichos dispositivos tienen el valor de establecer un orden entre normas supletorias. Ante todo, rigen las obrantes en leyes específicas, recién en su defecto procede acudir a las del Código. Este contiene una preceptiva con vigencia general en las diversas proyecciones del Derecho de daños, con carácter imperativo y también dispositivo; pero rigen excepto previsiones en contrario en ámbitos puntualizados, tanto si invisten calidad preeminente como supletoria.[50]

La responsabilidad por daños se encuentra regulada en el Código Civil y en normativas especiales. (Por ende, en la medida de la relación que venimos mencionando se hace extensible lo de la función de prevención a todos estos microsistemas).

A entender de parte de la doctrina, que compartimos, solo cabe referirse a pluralidad de sistemas desde una perspectiva normativa, exteriorizada en legislaciones paralelas o complementarias del Código, referidas a responsabilidades con algunas reglas singularizadas o a daños en ámbitos especiales.

Pero esa disgregación no constituye obstáculo a la unidad jurídica del Derecho de daños, que se revela sobre todo en su nudo axiológico.

Sus principios y valores fundamentales ejercen fuerza centrífuga, al suministrar reglas básicas para razonar, orientarse y resolver sobre prevención, reparación y sanciones por producir perjuicios. Sirven de guía para elaborar o descalificar, corregir y perfeccionar los llamados microsistemas, al insertarlos dentro de un sistema general que los comprende. Más que decidir jerarquías, deviene imperioso el esfuerzo para una integración armónica, siempre que es factible para evitar anarquías y desigualdades injustas. La integración con otras áreas no rompe la unidad del Derecho de daños, sino que enriquece su sustancia.[51]

¿Qué es lo digno de tutela, los bienes o los derechos que estos representan? ¿Qué se busca proteger o reparar llegado el caso? Será difícil establecer esto porque tanto la Constitución como el Código hablan de proteger derechos y, las leyes especiales

[49] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 152.
[50] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 153.
[51] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 158.

hablan de proteger bienes u objetos. Para dar una respuesta a ello acudiremos a elaboraciones doctrinales propias del derecho de daños:

Como dice el art. 1737 "*hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto a la persona, al patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*". Aquí tenemos la idea del daño en sentido amplio como ofensa o lesión (Pizarro), el que necesariamente va a caer sobre los derechos o intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico ya sea de orden patrimonial o extrapatrimonial; y luego tenemos el daño resarcible como el primer presupuesto de la responsabilidad civil (o derecho de daños en el caso de la función preventiva) que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión; hay una relación de *causa a efecto* entre ambas. A su vez, para la faz preventiva tendrá más importancia el daño lesión porque lo que se buscará muchas veces es prevenir o hacer cesar las conductas lesivas sobre los derechos e intereses.[52]

Podemos ver que el art. 1737 contempla el objeto de los mencionados derechos, y allí tenemos bien diferenciados a la persona y al patrimonio con sentido restringido tal como ya lo hemos explicado, de los derechos de incidencia colectiva. Por supuesto que los bienes serán los primeros sobre los que recaerá la tutela o protección, pero por el solo hecho de conformar el bien colectivo y ser objeto a su vez de los derechos e intereses que representan; pues para que exista daño como lesión a un derecho o interés debe haber primero daño en aquellos bienes materiales o inmateriales.

Entonces, como ya dijimos, el Código reconoce los derechos de incidencia colectiva (art. 14, inc. b); y brinda un concepto de daño que incluye la lesión a esos derechos (art. 1737).[53]

Hecha esta aclaración, nos sumergiremos en la normativa que trata puntualmente el tema de la protección del patrimonio cultural, que como ya hemos visto, el CCCN resulta ser el eje central del régimen del derecho de daños, a través de la adopción de la función preventiva en su articulado. Régimen que se complementa con la Constitución (incluye a los tratados internacionales), la Ley General de Ambiente 25.675 (de presupuestos mínimos), ley 27.103, decretos y ordenanzas locales. Estas últimas buscan adquirir mayor protagonismo a partir de exigir a las autoridades que se adopten medidas y deberes por parte de terceros y particulares con relación inmediata sobre algunos bienes. En lo que al derecho argentino respecta, ha habido una evolución legislativa.

Primero, con la sanción del dec. 3990 del 28/4/1938, se llevó a cabo la creación de la Comisión Nacional de Museos y Lugares Históricos (9), a través del Ministerio de Instrucción Pública y Justicia y puso en consideración la cuestión de la preservación del patrimonio cultural e histórico. Dos años después, el 30/9/1940, se sancionó la Ley 12.665, y a partir de esta se fundó la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos como institución gubernamental, la cual fue recientemente modificada por la ley que comentaremos seguidamente.

Luego tenemos el art. 41 de la Constitución Nacional que se incorporó con la reforma constitucional del año 1994. Todo el artículo es de suma importancia, sin embargo, en el tema que nos convoca nos interesa resaltar el primer párrafo por consagrar el derecho de todos los habitantes al goce de un *ambiente sano, equilibrado, apto para*

[52] PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo – *"Manual de Responsabilidad Civil"*,1ra ed revisada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, T. I, pág. 81

[53] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 169.

el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, junto con el deber de preservarlo; este último luego receptado por el CCCN con la función de prevención del daño que hemos desarrollado.

El párrafo segundo que establece el deber de las autoridades de proveer a dicha protección y preservación del patrimonio cultural; entre otras cosas como son el patrimonio natural, que es al que nombra primero y, la diversidad biológica.

El tercer párrafo resulta fundamental en cuanto establece que *corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.* Norma fundamental para la organización del sistema tanto desde la integración como desde la prelación, ya que la ley de presupuestos mínimos es aplicable a todo el territorio de la Nación, circunstancia también prevista por el art. 241 del Código Civil y Comercial.

Cabe aclarar que, como corolario de todo lo expuesto en consonancia con lo elaborado por la doctrina especialista en el tema, la Ley General de Ambiente 25.675 tiene una aplicación analógica en todo lo no regulado por la ley 27.103 que es de carácter más especial, y en una relación de integración armónica con la Constitución Nacional y los tratados internacionales antes mencionados en el apartado II) de este estudio.

En lo que respecta a la ley 25.750 de Preservación de los bienes y patrimonios culturales, solo la nombraremos, sin embargo, a nuestro parecer nada suma al esquema que venimos presentando, ya que no establece ningún tipo de medida o implementación que contribuya a la finalidad perseguida por la ley que a continuación comentaremos.

En el año 2014 se sancionó la ley 27.103, a partir de la cual se sustituye el órgano de aplicación creado por la ley 12.665, es decir, la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, por la nueva Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos. Esto se debe a que se eliminó a del ámbito material a los museos y este quedó circunscripto solo a los monumentos, lugares y bienes históricos.[54]

Dicha supresión resulta positiva en virtud de la distinción que existe entre el monumento y el museo. Es que, tal como lo destaca Marienhoff, el museo es el lugar donde se guarda un objeto histórico, constituye una "universidad pública", "no es un lugar histórico y menos aún un monumento".[55]

El art. 3° de la ley 27.103 enumera las atribuciones de la Comisión, entre las que, naturalmente, se repite el "*a) ejercer la superintendencia sobre los monumentos, lugares y bienes históricos nacionales y demás bienes protegidos en los términos de la presente ley, en concurrencia con las respectivas autoridades locales, cuando se trate de monumentos, lugares y bienes del dominio provincial o municipal".*

b) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la declaratoria de monumentos, lugares y bienes históricos nacionales, y demás bienes protegidos en los términos de la presente ley, indicando con precisión el perímetro del área protegida conforme las clases enunciadas en la presente ley. Podemos ver como la Comisión cumple un

[54] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 3.

[55] MARIENHOFF, Miguel S., *"Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico*", LA LEY, 1979-B, 972.

deber auxiliar y de cooperación con el Poder Ejecutivo Nacional para la declaración del carácter del bien con valor cultural.

El inc. c) conserva la potestad de la Comisión de *"establecer, revisar y actualizar criterios y pautas de selección, clasificación y valoración para los monumentos, lugares y bienes protegidos"* que estaban contenidos en el art. 4° de la ley 12.665, aunque con mayor detalle en lo que hace a la función a desarrollar ya que también hacía una clara referencia a ciertas limitaciones del derecho de propiedad de los particulares sobre dichos bienes.

Dentro del inc. d) encontramos una novedad de la norma que consiste en *"designar— a solicitud del Congreso— expertos para evaluar los méritos históricos artísticos, arquitectónicos, industriales o arqueológicos del monumento, lugar o bien sometido a opinión a fin de que expidan un dictamen escrito no vinculante que será refrendado por la Comisión."*

Continúa el mencionado art. 3 enumerando todas las atribuciones que corresponden a la Comisión a lo largo de 14 incisos: *e) Designar delegados en base a una terna vinculante remitida por los gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con asiento en los respectivos distritos, y por sí, subdelegados locales, asesores consultos, honorarios y eméritos;*
f) Organizar mecanismos de representación regional y federal;
g) Establecer "áreas de amortiguación" en el entorno de los monumentos, coordinando con la autoridad local las restricciones urbanísticas que correspondan;
h) Establecer los alcances y límites de la protección inherente a cada declaratoria;
i) Recomendar al Poder Ejecutivo que impulse ante el Congreso Nacional la declaración de utilidad pública de los inmuebles que así lo ameriten;
j) Llevar un registro público de los bienes protegidos según su clase;
k) Intervenir con carácter previo y vinculante en toda transacción, transferencia de dominio, gravamen u otra modificación del estatus jurídico de un bien protegido;
l) Intervenir con carácter previo y vinculante, aprobar o rechazar, y supervisar toda intervención material sobre los bienes protegidos;
m) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la adquisición de bienes de particulares cuando sea de interés público su ingreso al dominio del Estado nacional;
n) Realizar por sí o auspiciar publicaciones de las materias de su competencia;
o) Organizar, auspiciar o participar en congresos, seminarios, encuentros, jornadas, programas periodísticos y toda otra actividad de difusión de sus competencias;
p) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la aceptación de herencias, legados y donaciones vinculadas a la materia de esta ley;
q) Aceptar y recibir subsidios y aportes en dinero o en especie;
r) Celebrar convenios de cooperación con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, gubernamentales o no gubernamentales.

Cassagne destaca que resulta interesante destacar que el art. 4° de la 27.103 establece que "*los monumentos, lugares y bienes protegidos, que sean propiedad de la Nación, de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de los municipios, quedan sometidos por esta ley a la custodia y conservación del Estado nacional y, en su caso, en concurrencia con las autoridades locales"*. En paralelo, elimina a aquellos monumentos, lugares y bienes protegidos pertenecientes a "instituciones públicas" que se hallaban previamente sujetos a esta tutela. A nuestro juicio, dicha exclusión

puede resultar alarmante atento a que, por ejemplo, bienes de entidades autárquicas -en virtud de esta nueva redacción- resultarán ajenos de protección.[56]

Creemos que la aludida omisión no es óbice para arribar a medidas de protección de los bienes de dominio público igual de efectivas. En primer lugar, porque sobre los mismos siempre tendrá preeminencia el interés general sobre el particular. Y a su vez, no debemos perder de vista las herramientas que nos brinda el ordenamiento integralmente considerado y desde su aplicación analógica tal como lo hemos desarrollado durante esta presentación. También destacamos la referencia a *concurrencia con las autoridades locales,* dando razón del carácter federal e interjurisdiccional del régimen aplicable.

Seguidamente, se advierte que la ley 27.103 separa en diversos artículos la declaración de utilidad pública a los efectos de expropiación de aquellos acuerdos que deba celebrar la Comisión con los propietarios del bien -primitivamente contenidos en el art. 3º de la ley 12.665 de modo conjunto.

De esta forma, la ley 27.103 dispone -de un lado- en el art. 3º que es atribución de la Comisión "m) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la adquisición de bienes de particulares cuando sea de interés público su ingreso al dominio del Estado nacional" y, por otro, en el art. 5º prescribe que "(l)a Comisión Nacional podrá celebrar con los propietarios de los bienes declarados acuerdos a fin de determinar el modo cooperativo de asegurar el cumplimiento de los fines patrióticos de la ley. Si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizara´ al propietario en su caso, y en la medida de dicha limitación".[57]

En este nuevo articulado, se adiciona la locución final "en la medida de dicha limitación". Sin embargo, no queda claro si la limitación al dominio podrá establecerse en el convenio o si deberá realizarse por ley. Pensamos que las disposiciones que impliquen un sacrificio para el propietario requieren inexcusablemente de una ley en sentido formal. Con buen criterio ha afirmado la doctrina que "en el caso de la mera restricción ésta se impone, en principio, por acto administrativo, como inherente al régimen normal de la propiedad; en el caso de la expropiación, de las servidumbres, etc., la limitación, se impondrá por disposición del legislador, a través de una ley formal, pues sólo el legislador puede disponer o autorizar sacrificios o detrimentos de los derechos, medidas estas que serán válidas en tanto sean constitucionales"[58]

Resulta innegable que la introducción del art. 41 a la Constitución Nacional ha alterado el sistema dominial del derecho civil. En el fondo, lo que esta norma resguarda es la debida protección del derecho de propiedad reconocido en nuestra Carta Magna en los arts. 14 y 17. Es que, como bien vaticinó Gelli, "*las tres líneas ideológicas que después de 1994 convergen en la Constitución Argentina, suscitan problemas de armonización de los diferentes derechos, pues muchos de los enunciados en el art. 14 deben interpretarse a la luz, por ejemplo, de los arts. 41 y 42, Ley Suprema... es posible afirmar que el convencional de 1994 reglamentó, con la*

[56] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 4.
[57] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 4.
[58] MARIENHOFF, Miguel S., *"Tratado de Derecho Administrativo"*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, T. IV, p. 25.

inclusión de los nuevos derechos y garantías, los derechos liberales de la Constitución Nacional".[59]

Nos parece necesario resaltar que el art. 7° enumera una serie de clases de bienes protegidos, entre los que surgen como novedosos los siguientes: "poblado histórico nacional", "área urbana histórica nacional", "área de amortiguación visual", "bien de interés arquitectónico nacional", "bien de interés industrial nacional", "bien de interés arqueológico nacional", "paisaje cultural nacional" e "itinerario cultural nacional". El aporte resulta enriquecedor para la determinación de los bienes que son considerados dentro del patrimonio cultural y, cabe destacar el énfasis que se hace en lo nacional, la protección de los bienes tiene proyección sobre todo el territorio de la Nación.

El art. 10 hace alusión al régimen sancionatorio, modifica el monto de la multa por un mínimo del diez por ciento hasta tres veces el valor del bien o los bienes que hayan motivado la conducta sancionada y dispone cuál será el destino de los montos percibidos. A su vez, añade que "*para la determinación de la multa se atenderá a la gravedad de la falta cometida y el carácter de reincidente del infractor. Las multas establecidas en el párrafo anterior serán aplicadas siempre que el hecho no se encontrase encuadrado en el tipo penal establecido en el artículo 184, inciso 5, del Código Penal.*"

En el último párrafo del art. 10 establece que "*En caso de alteración total o parcial de fachadas u otras áreas de máxima tutela de un edificio declarado monumento histórico nacional, o de una parte sustancial de cualquier otro bien protegido en el marco de la presente ley, el propietario, a su costo, deberá restituirlo a su estado original en plazo perentorio establecido por la Comisión Nacional. Fenecido dicho plazo sin novedad, se aplicará una multa fijada a criterio de la Comisión Nacional, por cada día de demora en la reconstrucción".* Cassagne nos dice que de lo anterior se deduce que, una vez más, el legislador impone deberes en cabeza del propietario con el fin de conservar incólume el patrimonio cultural.[60]

Todo lo mencionado y analizado de forma muy breve, nos aporta una idea de cuáles serán las medidas concretas idóneas a los fines de poder facilitar la aplicación de los preceptos que son impuestos tanto a las autoridades estatales como a los particulares desde las normas de máxima jerarquía como es la Constitución Nacional, como así también el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley 25.675. Entre estas medidas de protección tenemos la creación de un órgano especializado (Comisión), registro de monumentos y bienes culturales, declaración de estos bienes con calidad de tales, expropiación, multa, entre otras.

No debemos dejar de tener en cuenta, que, así como el art. 41 CN menciona a las provincias, a nivel local son las autoridades de estas últimas las que tienen el deber de adoptar las medidas eficaces e inmediates de protección y preservación de los bienes que forman parte del patrimonio cultural e histórico, por encontrarse los bienes que lo conforman dentro de su territorio.

Un ejemplo de ello es la Constitución de la Provincia de Córdoba, que en su art. 65 establece: *"El Estado Provincial es responsable de la conservación, enriquecimiento*

[59] GELLI, María Angélica, *"Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada"*, 4ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, T. I, p. 84.
[60] CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 5.

y difusión del patrimonio cultural, en especial arqueológico, histórico, artístico y paisajístico y de los bienes que lo componen, cualquiera sea su régimen jurídico y su titularidad."

A su vez, la provincia cuenta con la Ley N° 5543 de Protección de los bienes culturales de la provincia. Y la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba cuenta con ordenanzas de Protección del Patrimonio Arquitectónico Urbanístico y Áreas de valor cultural Ordenanza N° 11190/06 y N° Ordenanza N° 11202/07. El abordaje con mayor detenimiento y detalle de estos instrumentos será objeto de otro trabajo.

7.- Conclusión

Si bien es cierto que en los últimos años y como resultado de la entrada en vigencia del paradigma ambiental, a la vez producto de la conocida crisis ambiental en la mayoría de los estados del mundo, gracias al cual el derecho ha adoptado como eje de indiscutible prioridad la protección del medioambiente y el desarrollo sustentable, no es menos cierto que los esfuerzos tanto legislativos como convencionales, políticos y ciudadanos; están más orientados a la conservación y protección de los recursos naturales dentro de todas sus variantes, es decir, recursos vivos (diversidad biológica) como no vivos, con cierta prioridad sobre aquellos bienes producto de la actividad cultural, histórica, arquitectónica, artística, social y educativa que involucran a las mujeres y hombres de todos los pueblos del mundo.

No es menos cierto que los esfuerzos a nivel institucional y legislativo son de menor envergadura. Con ello no quiero decir que pareciera no despertar interés para quienes tienen como función legislar a favor de estos intereses, sin embargo es notable la escasa normativa que existe sobre protección y conservación del patrimonio cultural a comparación del patrimonio y recursos naturales como por ejemplo, solo para nombrar algunas: Ley Nacional 25.612 Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios, Ley Nacional 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, Ley Nacional 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios, Ley Nacional 26.331 Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, entre muchas otras, tanto nacionales como provinciales . Aunque, no es menos cierto que si bien el ámbito de aplicación es totalmente distinto, el objeto digno de protección es sin duda merecedor de similar tutela. De todas formas, podría llegar a trazarse un esquema similarmente efectivo teniendo en cuenta los lineamientos generales de la Constitución Nacional, de la ley 25.675 y del Código Civil y Comercial de la Nación.

8.- Bibliografía

ACCIARRI, *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, n III, "*Funciones del derecho de daños y de prevención"*, en LL 2013-A-717.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

CAFFERATTA, Néstor A., en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, *La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103*, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/424/2016.

DONNA, Edgardo A, *Daño Ambiental,* 2da edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011.

FALLO CSJN "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".

FALLO CSJN, *"Zorrilla, Susana y otro v. EN — PEN s/expropiación — Servidumbre administrativa"*, LA LEY, 2013-E, 576.

FLAH, Lily R – AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008.

GRAFEUILLE, Elías G.- CAFFERATA, Santiago Díaz – *Amparo Ambiental*, 1ra ed. Ediciones Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.

HERRERA, Marisa, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

HUTCHINSON, Tomás, *Daño Ambiental*, 2da edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011.

INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO. (https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf).

LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, *"Derecho Ambiental"*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2018.

MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico*, LA LEY, 1979 -B, 972.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Daño Ambiental*, 2da edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011, T. I.

PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Manual de Responsabilidad Civil*, 1ra ed revisada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, T. I, 2020 T. 2. *"Tratado de Responsabilidad Civil"*, 1ra ed Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, T. I.

PRIEUR, Michel, *Convención Europea del Paisaje*, su disertación en el primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, El Calafate, Prov. De Santa cruz, 22 y 23-04-2004; *La noción de patrimonio común*, en J.A. 1998-IV-1014.

TUNC, "La responsabilité civile.

UNESCO. «Ordinary Sessions of the World Heritage Committee»

ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ra ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código,* 1ra ed Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015.