

Comisión n°12, Interdisciplinaria: “Derechos e intereses de incidencia colectiva”

## EL PATRIMONIO CULTURAL COMO DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL CCCU

**Autor:** Lucía Carolina Colombato \*

### **Resumen:**

*La protección jurídica del patrimonio cultural ha transitado en nuestro país un recorrido marcado por los conflictos jurisdiccionales, el tratamiento dispar de los bienes culturales y el olvido e invisibilización de las comunidades y grupos involucrados. Este trabajo busca analizar de qué modo aborda la cuestión el CCCU y los desafíos que involucra la sanción de la legislación especial en materia de derechos de incidencia colectiva.*

### **1. Introducción**

La preocupación por la protección del patrimonio cultural se remonta en nuestro país al año 1913, cuando se sancionó la Ley 9080 conocida como Ley de Yacimientos que establecía la competencia del Estado Nacional sobre ruinas y yacimientos arqueológicos, paleontológicos y paleoantropológicos de interés científico. Aunque no tuvo aplicación práctica, permaneció vigente hasta 2003, cuando fue reemplazada por la Ley 25.743, una norma duramente cuestionada por diversos sectores involucrados en la temática, en virtud de haber sido sancionada a espaldas de los pueblos originarios y violando competencias provinciales.

En efecto, la protección jurídica del patrimonio cultural transitó un complejo recorrido, marcado por la disputa entre el Estado Nacional y las provincias respecto de las competencias en la materia y la dualidad de tratamiento entre el patrimonio arqueológico y paleontológico y otros aspectos del patrimonio cultural.

Así, se dictó en 1940 la Ley de Patrimonio Histórico y Artístico de la Nación 12665 que creó la actual Comisión Nacional de Monumentos, Museos y Lugares Históricos, que lo consideró facultad concurrente. A la vez las provincias comenzaron a dictar sus propias normas declarando la competencia local sobre estos recursos, como facultad no delegada al Estado Nacional.

La ley 17711, introdujo una modificación sustancial en la materia, al incorporar en el art. 2340 inciso 9 a "las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico" como bienes del dominio público y establecer en el art. 2339 que "las cosas son bienes públicos del Estado General que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional". Sin embargo aún después de su sanción se dictaron algunas normas que declaraban la potestad del Estado Nacional en la materia.

Si bien la disputa de competencias quedó zanjada por la reforma constitucional de 1994 que puso en cabeza de la Nación la responsabilidad de dictar una ley marco con presupuestos mínimos en la materia y delegó a las provincias la legislación necesaria para

---

\* Mgtr. Lucía Carolina Colombato. Profesora Adjunta, Universidad Nacional de La Pampa.

complementarla sin afectar jurisdicciones locales<sup>1</sup>, la Ley 25.743 refiere sólo al patrimonio arqueológico y paleontológico, dejando desprotegido al patrimonio cultural en sus múltiples variantes (histórico, arquitectónico, documental, lingüístico, paisajístico, viviente, inmaterial, etc.).

Resulta oportuno destacar que el sistema del Código Civil, reproducido en este punto por el Código Civil y Comercial Unificado<sup>2</sup> no todos los bienes que componen el patrimonio cultural gozan del mismo status jurídico. Ello se debe a que las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos pertenecen al dominio público del Estado, mientras que el resto de los bienes patrimoniales pueden ser de dominio público o privado.

Paralelamente, nuestro país ha ratificado un importante *corpus* normativo internacional, con jerarquía supralegal<sup>3</sup> que establece obligaciones a cargo del Estado en materia de conservación del patrimonio cultural, a la vez que define conceptos, categorías, criterios de protección, crea guías operativas y órganos de control de cumplimiento, junto a tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, que consagran la titularidad de derechos culturales en cabeza de nuestros ciudadanos<sup>4</sup>.

Los efectos de la globalización han profundizado la preocupación por el patrimonio cultural y las identidades nacionales regionales y locales, lo que a su vez ha aparejado la emergencia de otros actores sociales, más allá del Estado, que reclaman derechos en relación al uso, goce, gestión e interpretación del patrimonio cultural. Poco a poco, la cuestión cultural ha ganado centralidad en la agenda política, académica y jurídica de nuestro país.

Es por eso que nos proponemos analizar de qué modo el nuevo Código Civil y Comercial Unificado de la Nación Argentina, cuyo texto, aprobado en 2014 por Ley 26944, que entró en vigor el 1º de agosto de 2015 se ocupa de la cuestión, así como discutir los desafíos que generará su aplicación.

## **2. El patrimonio cultural como derecho de incidencia colectiva.**

La trayectoria de la protección de los derechos de incidencia colectiva en nuestro país, nace una década antes de la reforma de 1994<sup>5</sup>, que los incorpora en una de sus más importantes

---

<sup>1</sup> Conf. art. 41 de la Constitución Nacional.

<sup>2</sup> En adelante CCCU.

<sup>3</sup> Conf. art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Ver entre otras la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 mediante la Ley 23618/88 y sus Protocolos Adicionales, ratificados por las leyes 26115/06 y 25478/99; la Convención sobre Medios para Prohibir y Prevenir la Importación, Exportación y Transferencia Ilícita de Bienes Culturales de 1970 por la Ley 19943/72; la Convención para la Protección del Patrimonio Natural y Cultural de 1972 mediante la ley 21836/78; la Convención de UNIDROIT de 1995 ratificada por ley 25257/2000; la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 por la Ley 26556/09; la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 por la Ley 26118/06; la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 mediante la Ley 26305/07.

<sup>4</sup> El reconocimiento de los derechos colectivos en el capítulo de los “Nuevos Derechos y Garantías” de la Constitución Nacional reformada en 1994, fue acompañado de la incorporación con jerarquía constitucional de 11 instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Un análisis sobre los derechos culturales contenidos en los mismos puede verse en Colombato, L. “Avances, frenos y retos en la consolidación del patrimonio cultural como derecho humano”, en *Actas del VII Congreso del IRI / I Congreso del CoFEI / II Congreso de la FLAEI* (La Plata, 2014).

<sup>5</sup> Conf. Azar, M. J., “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión”, en *Revista Derecho Privado*, I (2), 2012, p. 243. En los orígenes de la protección de los derechos colectivos en Argentina, es necesario situar precedentes jurisprudenciales como los

transformaciones, al conferirles la jerarquía de nuevos derechos y garantías constitucionales y dotarlos del amparo colectivo como procedimiento específico para su tutela. Pese a la consagración del amparo colectivo como herramienta de protección, la constitución no avanzó en la determinación de la naturaleza ni del contenido de estos derechos<sup>6</sup>, a los que refiere en su art. 43 como “derechos de incidencia colectiva en general”<sup>7</sup>, en una fórmula original, distanciada de las propuestas doctrinarias referidas a los intereses difusos<sup>8</sup> y del derecho comparado, que adoptaba otros *nomen iuris*<sup>9</sup>. Así, la noción de derechos de incidencia colectiva, resulta superadora de la clásica distinción entre ‘derecho subjetivo’-con plena tutela administrativa y judicial- e ‘interés legítimo’-con eventual tutela en el procedimiento administrativo<sup>10</sup>-, que había estado en el centro de los debates entre procesalistas y administrativistas hasta entonces.

La ausencia de previsión normativa respecto de su naturaleza y contenido, dio lugar a una interesante discusión acerca de cuáles eran las principales características de los derechos de incidencia colectiva a los que refiere la Constitución Nacional, que puede simplificarse en dos posturas básicas centradas en la divisibilidad de los derechos: a) una amplia, que los considera un género comprensivo de derechos divisibles e indivisibles y b) una restringida, que entiende que los derechos colectivos se limitan a aquéllos sobre bienes que, si bien son compartidos por una pluralidad de individuos, no pueden ser divididos e individualizados a los efectos de reclamo. Finalmente la cuestión resultó zanjada en 2009, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>11</sup> -inclinándose por la tesis amplia- la definió exhaustivamente en la causa “Halabi”<sup>12</sup>.

En ese *leading case*, la CSJN ubicó dentro del art. 43 de la Constitución Nacional que normativiza la acción de amparo, al afirmar en el Considerando 8 de la Sentencia:

(...) tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos<sup>13</sup>, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos<sup>14</sup>.

---

casos Kattan (1983), Ekmejdjián (1992) y Cartañá (1993), y el movimiento legislativo en distintas provincias, que dio lugar a la aprobación de leyes que los denominaron de diversas maneras: intereses difusos, derechos colectivos o plurales.

<sup>6</sup> Gil Domínguez, A., *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 125.

<sup>7</sup> Los derechos de incidencia colectiva receptados ‘en particular’ en el texto constitucional, son los medioambientales (art. 41) dentro de los que se menciona a la protección del patrimonio cultural y los del consumo (art. 42).

<sup>8</sup> El uso bastante arraigado en la doctrina y en la legislación provincial de la denominación “intereses difusos” contribuyó a la subestimación de los derechos colectivos, ya que sirvió a la estrategia argumental de quienes los ubicaban como intereses legítimos, pero un escalón por debajo de los derechos subjetivos individuales. Sin embargo, conforme lo ha demostrado la doctrina, los derechos colectivos no son nuevos derechos, sino una relectura de viejos derechos preexistentes (Gil Domínguez, A., *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 240), de manera tal que, con características y reglas diferentes, coexisten con los derechos subjetivos en idéntica jerarquía, con el objeto de materializar la dignidad de las personas humanas.

<sup>9</sup> Por ejemplo, la Constitución Brasileña, que adopta el nombre de “derechos pluriindividuales homogéneos”.

<sup>10</sup> Gordillo, A.; Flax, G. et al, *Derechos Humanos*, FDA, Buenos Aires, 2007.

<sup>11</sup> En adelante CSJN.

<sup>12</sup> CSJN, “Halabi, Ernesto vs P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04” 24/02/2009.

<sup>13</sup> Refiere a los derechos colectivos que tutelan bienes indivisibles.

En idéntico sentido, la CSJN en el considerando 11 del referido fallo expresó que: (...) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) (...) La petición debe tener por objeto la tutela de un bien [que] 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 (...) Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Entendemos que el derecho humano al patrimonio cultural se sitúa dentro de esta categoría, ya que si bien tiene por titulares una pluralidad indeterminada de individuos pertenecientes a un grupo o comunidad social, presenta como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce sobre un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante en su disfrute y apropiación. En este sentido, es importante destacar que los procesos constitucionales que tuvieron lugar en la mayoría de las provincias argentinas en forma paralela a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, contribuyeron a superar el déficit de definición del contenido de los derechos colectivos en esta última, avanzando en su consolidación, con normas específicas tuitivas del derecho humano al patrimonio cultural<sup>15</sup>.

Como afirma Cançado Trindade<sup>16</sup> todos los derechos humanos tienen una dimensión individual y una colectiva, en tanto son ejercidos en el contexto social. Sin embargo, ciertos derechos, se relacionan más íntimamente con la vida en comunidad, lo que ha llevado a los juristas a hablar de una nueva categoría de derechos, no comprendida en los instrumentos generales de derechos humanos, a la que la doctrina mayoritaria ha llamado ‘nuevos derechos humanos’ o ‘derechos de solidaridad’<sup>17</sup> y que preferimos llamar, junto a Alejandro Mé dici<sup>18</sup> ‘derechos sobre bienes públicos relacionales’<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Refiere a derechos colectivos que tutelan bienes divisibles. Se trata en definitiva de derechos individuales, pero que comparten una pluralidad de individuos de manera homogénea, lo que permite una acción colectiva para su defensa, como los derechos de los usuarios de servicios públicos.

<sup>15</sup> Un análisis sobre el patrimonio en el Derecho Público Provincial puede verse en Colombato, L., “El derecho al(os) patrimonio(s) cultural(es). Aportes a la definición de su contenido”, en *Revista del Equipo Federal de Trabajo*, Edición Nº102, 2013.

<sup>16</sup> Cançado Trindade, A. A., “Derechos de solidaridad”, en: A. A. Cançado Trindade (coord.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1994, Tomo I, p. 63.

<sup>17</sup> Conf. Cançado Trindade, A. A., “Derechos de solidaridad”, en: A. A. Cançado Trindade (coord.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1994, Tomo I, p. 63).

<sup>18</sup> Mé dici, A., *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Edulp., La Plata, 2011.

<sup>19</sup> En un reciente trabajo (“Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico”, en *El Otro Derecho*, (48), 2013, pp. 44) Alejandro Mé dici profundiza el análisis sobre esta categoría de derechos, y los describe según las siguientes características: a) su titularidad es amplia, derivada de su carácter colectivo y de interés público, que coexiste con una posible dimensión individual; b) Son derechos conglobantes, que actúan como condición de otros derechos más específicos y dependen de la generación de bienes públicos relacionales, originando como contrapartida deberes públicos y privados; c) Los bienes públicos relacionales, son condición y modulan el contenido de estos derechos, que, en consecuencia resultan indisponibles para el Estado, el mercado e incluso para sus propios titulares; d) Son transgeneracionales, trascienden el tiempo de su producción y su conservación requiere solidaridad entre las generaciones presentes y las futuras; e) Requieren garantías

En este contexto, se discute y elabora en 2012 el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación<sup>20</sup>, que se presenta como una opción superadora a la tradición decimonónica individualista que caracteriza al Código Vélez Sarsfield, con su consiguiente división tajante entre derecho público y privado. Esa alternativa, se lleva a la práctica a partir del principio de la ‘constitucionalización del derecho privado’ que se erige entre sus premisas axiológicas<sup>21</sup>. De este modo, se pretende crear coherencia entre el derecho civil y el bloque de constitucionalidad federal que integran la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional<sup>22</sup>.

Así, entre las decisiones metodológicas que adoptó la Comisión Redactora se encuentra la de la inclusión de un Título Preliminar. Se sigue en este punto la histórica tradición del Código Vélez Sarsfield pero con una nueva impronta, dada por la incorporación en ese Título del art. 14 que enuncia que el nuevo texto legal reconoce no sólo derechos individuales sino también derechos de incidencia colectiva. Esta regla se inscribe en uno de los aspectos valorativos del nuevo texto, planteados por la Comisión Redactora en los Fundamentos<sup>23</sup> al enunciarlo como el ‘Código de los derechos individuales y colectivos’.

Mientras la gran mayoría de los Códigos Civiles refieren exclusivamente a los derechos individuales, el Anteproyecto, en consonancia con la legislación brasilera, ha decidido incluir también dentro de su ámbito de aplicación a los derechos de incidencia colectiva, que constituyen a la vez, una de las más trascendentes incorporaciones de la reforma constitucional de 1994 a través de sus arts. 41 (derechos ambientales y patrimonio cultural), 42 (derechos de consumidores y usuarios) y 43 (acción de amparo individual y colectiva).

En ese título preliminar, y bajo el presupuesto de que el Código se constituye como centro del ordenamiento jurídico privado<sup>24</sup> se enuncian las reglas generales de todo el sistema, pero no reglas destinadas exclusivamente al juez, sino también reglas para el ejercicio de los derechos, cuyos destinatarios son los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que lo orientan valorativamente<sup>25</sup>.

De este modo, el art. 14 del CCCU, con las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo<sup>26</sup> prescribe:

---

pluridimensionales, es decir, no solamente jurídicas (estas son indispensables), sino también políticas y sociales; f) Finalmente, estos derechos para desarrollarse en plenitud, necesitan de regulaciones contrafácticas.

<sup>20</sup> En adelante “Anteproyecto”.

<sup>21</sup> Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, H. y Kemelmajer de Carlucci, A., *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 2012.

<sup>22</sup> Este objetivo, se ve reflejado en el art. 1 del CCCU que incluye entre las fuentes del derecho civil a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte y en el art. 2 que al regular sobre la interpretación de la ley, indica que debe hacerse de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

<sup>23</sup> Lorenzetti, et al., Op. Cit., p. 5

<sup>24</sup> Lorenzetti et al., Op. Cit., p. 10.

<sup>25</sup> Lorenzetti et. al, Op. Cit., p. 12

<sup>26</sup> El Anteproyecto, en su art. 14, siguiendo la clasificación tripartita establecida por la CSJN en “Halabi” establecía: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar

Art. 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales;
- b) derechos de incidencia colectiva.

Sin embargo, es necesario destacar que el CCCU se queda a mitad de camino, al haber evitado una definición de las características y el contenido de estos derechos.

En este sentido, el Anteproyecto proponía una regulación medular de los derechos de incidencia colectiva, que en el texto aprobado resultó mutilada y reemplazada por algunas reglas básicas<sup>27</sup>. Lamentamos en especial la supresión por el Congreso de la figura de la sanción pecuniaria disuasiva que se regulaba en los arts. 1714 y 1715 del Proyecto del Poder Ejecutivo como medida instrumental para la protección de los derechos de incidencia colectiva y la eliminación de la sección 5º, intitulada “De los daños a los derechos de incidencia colectiva” (arts. 1745 a 1749), prevista en el Anteproyecto. Es así que la responsabilidad civil derivada de los daños sobre los derechos de incidencia colectiva, quedó limitada a la mención dentro del concepto de daño resarcible, previsto en el art. 1737<sup>28</sup>.

A continuación, el art. 14 del CCCU en su segundo párrafo afirma que:

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Es este un cambio trascendente que celebramos. Considerando que se trata de una cuestión novedosa en nuestro derecho, la Comisión Redactora decidió volver sobre su regulación más específica en el Título III del Libro Primero de la Parte General, con la Sección 3ª, denominada Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. Allí, se establece que los derechos subjetivos reconocen como límites a ciertos bienes colectivos objeto de tutela como el desarrollo, el consumo sustentable o el medioambiente<sup>29</sup>.

Esta decisión, es consonante con el principio de función social de la propiedad privada, que se encuentra previsto en el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional en el derecho argentino. Al respecto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha sostenido en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (2008) que:

“El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del art. 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional<sup>30</sup>”.

---

*gravemente* al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. De este modo, se despejaba toda duda respecto de los derechos involucrados. La redacción escogida en el texto final del CCCU, deja de lado los desarrollos jurisprudenciales de la CSJN, aunque no tiene más que consecuencias semánticas. En nuestra opinión, el inciso b) del art. 14 en su texto aprobado en 2014, recepta la tesis amplia, involucrando a los derechos colectivos divisibles e indivisibles dentro de su protección. Por su parte, celebramos la eliminación del adverbio “gravemente” cuyo mantenimiento hubiera dado lugar a trascendentes disputas.

<sup>27</sup> Conf. Azar, Op. Cit., p. 260.

<sup>28</sup> Art. 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

<sup>29</sup> Lorenzetti et al, Op. Cit., p. 23. Entendemos que la mención es ejemplificativa e involucra a otros derechos de incidencia colectiva como el derecho humano al patrimonio cultural.

<sup>30</sup> Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, CIDH, Serie C Nº229 § 60.

Así, el nuevo art. 240 reza:

240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. 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*<sup>31</sup>, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

241.- Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Este art. 240, resulta innovador respecto del Código de Vélez Sarsfield y de las otras propuestas de reformas. Lamentablemente, el texto aprobado en 2014, suprimió el derecho de información y de participación en decisiones relevantes que el Anteproyecto incluía expresamente<sup>32</sup> y que constituían reglas operativas respecto del ejercicio de los derechos colectivos<sup>33</sup>.

En efecto, haber mantenido esta fórmula hubiera puesto de resalto la interdependencia entre los derechos colectivos y la participación democrática en sus diversos grados de cooperación e interacción ciudadana que propugnamos, a saber: a) la participación como derecho de acceso a la información, b) la participación como consulta, c) la participación como co-decisión y d) la participación como co-gestión<sup>34</sup>.

Los presupuestos mínimos para el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva referidos en el nuevo Código deberán ser materia de una ley especial. En materia de patrimonio cultural, esta ley debería contemplar especialmente la participación de los pueblos originarios, olvidados e invisibilizados por la gran mayoría de la legislación sancionada, por lo que es de esperarse una coherencia y complementación entre ésta ley especial y la que envía a sancionar el art. 18 del CCCU para el abordaje adecuado de una cuestión tan sensible como compleja.

Luego de las críticas<sup>35</sup> que mereció la regulación en el Anteproyecto del derecho real de propiedad comunitaria, la cuestión es tratada someramente en el art. 18, que se limita a

---

<sup>31</sup> El destacado es nuestro. Hubiera sido saludable que el texto utilizara el concepto de patrimonio cultural, definido en tratados internacionales ratificados por el estado argentino, en lugar de la referencia genérica a valores culturales.

<sup>32</sup> El texto proyectado del art. 240 decía en su último párrafo: “Los sujetos mencionados en el art. 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en la discusión sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

<sup>33</sup> Lorenzetti et al., Op. Cit., p. 46.

<sup>34</sup> Médici, A., *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Edulp., La Plata, 2011, p. 234.

<sup>35</sup> Los principales reproches al proyecto refieren a la inconveniencia de la regulación en un Código Civil, la ausencia de participación de las comunidades en la redacción del proyecto, la exigencia de registración de las comunidades como condición de ejercicio del derecho, la consideración de las comunidades indígenas como personas jurídicas privadas, la concepción clásica de la propiedad privada presente en la regulación del derecho real de propiedad colectiva, los modos de constitución de esa propiedad, la aplicación subsidiaria de las normas que regulan el derecho de dominio, la reducción del consentimiento previo libre e informado al derecho de información y consulta. Todos esos aspectos dejaban de lado la importantísima doctrina jurisprudencial construida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias dictadas en los casos: “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, del 15-6-2005; “Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay”, del 17-6-2005; “Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, del 29-3-2006; “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, del 28-11-

referenciar el art. 75 inciso 17 de la CN. El CCCU suprime la parte referida a la gestión de los recursos naturales y demás intereses que los afectan, presente en el Anteproyecto y concordante con el art. 2028 proyectado, que avanzaba en relación al derecho de gestión, estableciendo que “dicho ejercicio lo es a título de derechos de incidencia colectiva” (art. 2028).

En este sentido, consideramos estar frente a una oportunidad perdida, que soslaya los importantes avances jurisprudenciales en relación a los derechos de estas comunidades.

### **3. Comentarios finales**

La protección del patrimonio cultural constituye un tema poco explorado por los estudios jurídicos. Sin embargo, tanto en el derecho internacional, en el derecho constitucional, como en el derecho público provincial se ha desarrollado un importante corpus normativo que lo regula y da cuenta de los derechos de individuos, comunidades y grupos en torno a su disfrute y preservación. El CCCU no contiene grandes cambios en la materia, lo que evidencia que la cuestión no ha despertado el interés de los autores de la reforma. Sin embargo, las transformaciones introducidas en materia de derechos colectivos abren la puerta para la incorporación y resignificación del patrimonio cultural dentro del CCCU. La discusión y elaboración de la ley especial para el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva marcará la agenda futura. Esta ley deberá cumplir el mandato constitucional del art. 41, incorporando expresamente al patrimonio cultural y contemplando los criterios de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y de la propia CSJN, que dan cuenta de la medida de la participación de individuos y comunidades en su protección, con mecanismos como las audiencias públicas y la consulta previa en los procedimientos de toma de decisiones, de raigambre constitucional.

*El patrimonio cultural constituye un derecho de incidencia colectiva de raigambre constitucional protegido dentro del Código Civil y Comercial de la Nación. El ejercicio de los derechos subjetivos no debe afectarlo. La ley especial que regule el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva debe incluir al patrimonio cultural y los mecanismos de participación de individuos, comunidades y grupos en su gestión.*

---

2007 y “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, del 24-8-201. Para una mirada crítica de la propiedad comunitaria en el Proyecto de 2012 ver Vázquez, G. A. “Propiedad comunitaria indígena en el Proyecto”, *La Ley*, 2012 – D, Suplemento del 12/7/2012, p. 1. y Wlasic, J. C. (2014) “La propiedad comunitaria en la jurisprudencia de la Corte IDH. Su evolución y comparación con el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado y la media sanción del Senado nacional”, *Revista Derecho Público*, III (8), 2014, p. 83:94.