

La protección del patrimonio cultural en cinco elogiosas piezas jurisprudenciales de Argentina

*Isaac Augusto Damsky**

RESUMEN

El propósito es discutir los principales criterios jurisprudenciales argentinos de protección de patrimonio cultural arquitectónico por intermedio del análisis de cinco sentencias y las principales técnicas de protección. Se busca generar conciencia sobre el rol decisivo de la sociedad civil en la protección y promoción del patrimonio y los valores culturales. Se intenta destacar la importancia del rol activo del juez como figura protagónica en la materia.

PALABRAS CLAVE: Derecho del patrimonio cultural, derechos culturales, patrimonio arquitectónico.

ABSTRACT

The aim is to discuss the main legal criteria developed in Argentina in regard to cultural and architectural heritage protection through the analysis of five court decisions and their main protection techniques. The goal is to raise awareness about the critical role of civil society in the protection and promotion of heritage and cultural values. The attempt is to highlight the importance of judge's active role as a major figure in the field.

KEY WORDS: cultural heritage law, cultural rights, architectural heritage.

FORO

PRIMERAS REFLEXIONES

Cinco piezas judiciales, cronológicamente presentadas, más algunas reflexiones abiertas a modo de pentagrama en blanco, componen este trabajo. Una, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tres, de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, también, de mi Ciudad

* Profesor adjunto regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y fundador de la asignatura “La Protección del Patrimonio Cultural”, en la misma unidad académica. Colaborador: Tomás Pomar.

Autónoma de Buenos Aires. La última, de la Sala V de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Nación. Las enlaza su vínculo con el patrimonio arquitectónico de mi ciudad: el construido, el demolido y el por-venir. En todas se refleja un esfuerzo judicial enorme en procura de la vigencia de la efectividad de normas urbanísticas arrumbadas en un interminable catálogo preservacionista. En muchas se evidencia la premura por concretar urgente las mandas de un principio precautorio en tiempos que no esperan al control social en pos del desarrollo de los derechos sociales y culturales.¹ En algunas se refleja la hiperjudicialización, acaso, sintomática de la tisis que aqueja a nuestra representación democrática.²

En ellas –desde y a partir de ellas– se abren espacios para la discusión de una razón de ser –contextual y situada– del fenómeno cultural argentino, que dé marco a la pregunta por el *ser* y la identidad de la memoria colectiva³ argentina y también –acaso– proyectable a esa anhelada patria grande americana soñada por nuestros padres fundadores y que desde siempre ha mirado a su madre Europa.

Y respecto de este último señalamiento, corresponde una aclaración dentro de cuyo contexto se enmarca la ratio de esta aportación destinada a los operadores jurídicos latinoamericanos. En mi opinión, los lineamientos jurisprudenciales trazados por la judicatura argentina que se recrean en este trabajo, por un lado, traducen las más modernas posturas judiciales en mi país respecto de la protección del patrimonio cultura, y, por el otro, los entiendo plenamente compatible con la estructura jurídica de protección de las distintas realidades latinoamericanas, básicamente, habida cuenta que tales directrices provienen de la sistemática de los tratados internacionales habidos en la materia los cuales en muchos casos se encuentran incorporado de manera directa a los ordenamientos internos de los Estados latinoamericanos y, en otros casos, los principios y reglas se encuentran internalizados en las previsiones constitucionales y los desarrollos normativos internos de muchos estados.

Por ello, dado que tales lineamientos jurisprudenciales son tributarios de principios y reglas de índole superior contenidos en un cúmulo de tratados internacionales, es que he creído conveniente someterlo a la discusión del calificado universo de opera-

-
1. Ver, en este suplemento, Mabel Daniele, “Exigibilidad jurisdiccional de los llamados ‘derechos sociales’ en la jurisprudencia argentina”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010. Disponible en <<http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/09/exigibilidad-jurisdiccional-de-los.html>>. Ampliar también en Mónica Pinto, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, vol. 40, S/L, 2004, pp. 26-86.
 2. Alberto Bianchi, “Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010.
 3. Juan José Hernández Arregui, *¿Qué es el ser nacional? La conciencia histórica iberoamericana*, Buenos Aires, 2005, Ediciones Continente, pp. 20, 21 y 125. Respecto de la reflexión contenida en la p. 125; ver Jorge Luis Salomoni, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 28.

dores jurídicos latinoamericanos, con el objetivo de formular una aportación orientada a enmarcarse en una tarea aún mayor: el progresivo estudio y análisis de un marco de protección de patrimonio cultural, latinoamericano, integralmente considerado.

Es así que, dicho lo anterior, continuaré afirmando que acaso sea la depredación del patrimonio arquitectónico *porteño*, es decir, el de la Ciudad de Buenos Aires, proveniente del boom inmobiliario de la primera década del siglo XXI, uno de los factores determinantes del creciente interés actual por polemizar en torno a la protección del patrimonio cultural, en general, y arquitectónico, en particular. Esta explosión del mercado inmobiliario nos presentó en sociedad a renovados operadores económicos inmobiliarios que conformaron un verdadero sector de *desarrolladores urbanos*⁴ consolidando un “poder real” con verdadera capacidad de imposición por sobre un estado *dócil*, una vez más reducido a su carácter de “poder formal”.⁵

Sobre estas bases, en muy corto tiempo, se produjo la explosiva expansión del *real estate boom* argentino, predatorio de nuestro patrimonio arquitectónico, natural y cultural, prácticamente incontrolado por unos poderes públicos muchas veces omisivos,⁶ y, por todo ello, violatorio del desarrollo sustentable postulado con fuerza normativo constitucional a mediados de la década de 1990 en la reforma constitucional argentina y, de manera similar, en la de los porteños;⁷ ni qué decir, más lejos aún de la *arquitectura sustentable* irónicamente proclamada como legitimadora de estas intervenciones.⁸

Lejos de ello, la actualidad de nuestras ciudades nos enfrenta a la consumación de un daño urbanístico ambiental, acaso, irreversible. Primero, porque se ha demolido una porción significativa del antiguo patrimonio arquitectónico metropolitano. Segundo, porque imperceptible pero progresivamente se fueron suprimiendo espacios públicos urbanos otrora de uso común para integrarlos por accesión a las nuevas pro-

4. Sector económico notablemente expandido, nucleado predominantemente en la Cámara de Empresas Desarrolladores Urbanos. Disponible en <http://cedu.com.ar/cedu_new/>.

5. Ver objetivo n.º 2 de la Cámara de Empresas Desarrolladoras Urbanas: “*Colaborar con las autoridades nacionales, provinciales y municipales, a fin de optimizar los procesos de fiscalización y aprobación de proyectos*”. Disponible en <http://cedu.com.ar/cedu_new/es/institucional/objetivos.html>.

Sobre la reducción del estado al carácter de poder formal, lo dicho en un anterior trabajo: Isaac Damsky, “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, en *El Derecho administrativo*, Buenos Aires, suplemento del 31 de julio de 2009, pp. 1-7.

6. Valga en este punto recrear el pensamiento de Germán Bidart Campos, *Las obligaciones en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1988.

7. Ver Eduardo Pablo Jiménez, “Los derechos de la cultura y educación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Germán Bidart Campos, Andrés Gil Domínguez, directores, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 255-275.

8. Ver objetivo n.º 6: “Promover la arquitectura sustentable, el respeto por el medio ambiente y los recursos no renovables”. Disponible en <http://cedu.com.ar/cedu_new/es/institucional/objetivos.html>.

puestas inmobiliarias. Así el observador urbano advierte que los nuevos emprendimientos cuentan –cada vez más– con mayores espacios verdes –privados– arrebatados –rapiñados– a un espacio público que antes estaba librado al uso común y que ahora va siendo suprimido y a su vez anegado de la vieja urbe por influjo de la nueva centralidad. Tercero, porque este fenómeno se retroalimenta y crece exponencialmente debido a la falta de un ordenamiento urbanístico sistemático y efectivo y de su adecuado contrapeso institucional público, generando un déficit legal y administrativo que recaba de los mejores esfuerzos de la judicatura a fuer de activismos judiciales individuales. Y cuarto, porque de esta manera, los nuevos desarrollos urbanos operan en bloque apropiándose de la plusvalía urbana, alterando su geografía y detrayendo para sí lo mejor de la ciudad, arrebatándole a sus ciudadanos algo más que su hábitat: su *derecho a la ciudad*.⁹ Una vez más, casi pasivamente, asistimos a comprobar otro celeberrimo *fait accompli* argentino.

En contraposición, allí donde el Estado no pudo o no supo estar presente, las organizaciones de la sociedad civil respondieron de manera activa en la protesta social, en la participación institucional y, principalmente, en el ejercicio de un control judicial activo,¹⁰ extremo este último que abordaremos desde la presentación de las cinco elogiadas piezas judiciales escogidas para este marco. Depredación del patrimonio cultural e histórico, la cual –cabe decir– no es únicamente local sino también global.¹¹

Ahora bien, lo preocupante es que el problema de la depredación del patrimonio arquitectónico proveniente del desarrollo inmobiliario, como núcleo de la casi totalidad de las piezas judiciales a presentar, al dominar la escena de la discusión actual y prefijar las posiciones, viene a instalarse en términos supuestamente dicotómicos con polarización de un debate que se reduce a una *puja bifocal* entre preservacionistas vs. desarrolladores, medioambiente vs. economía, sociedad vs. empresa, en definitiva, pasado vs. futuro.¹²

Digo *puja bifocal* porque mientras el sector preservacionista discute desde una perspectiva y una argumentación acaso construida desde el sistema de derechos, que

-
9. Agustín Gordillo, “Los grandes debates urbanos de hoy”, Buenos Aires, 2009. Disponible en <<http://www.ada-ciudad.org.ar/>>; desde el urbanismo ver Artemio Abba, *Metrópolis Argentinas, Agenda política, Institucionalidad y Gestión de las aglomeraciones urbanas interjurisdiccionales*, S/L, Café de las Ciudades, 2010; Carlos Alessandri, Fanni Anna, “La utopía de la Gestión democrática de la Ciudad”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, Universidad de Barcelona, vol. IX, n.º 194, 2005; Jordi Borja, *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Barcelona, Fundación Alternativas, 2004.
 10. Ver websites: “Basta de Demoler”, disponible en <<http://www.bastadedemoler.org>>, y “Fundación Patrimonio Histórico”, disponible en <<http://www.patrimoniohistorico.org.ar>>.
 11. Ver website: World Monuments Fund (WMF). Disponible en <<http://www.wmf.org>>.
 12. Mariano Navas, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2, n.º 5, octubre 2009, Doctrina, p. 49.

reclama por el respeto y promoción efectiva de sus derechos culturales¹³ reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) al tiempo que especificados en el plexo constitucional, y cuyo éxito recae solo de manera puntual y esporádica merced a los esfuerzos de algunos sectores de la judicatura; el otro sector, acaso por su poder de imposición, no le contesta o, al menos, no pareciera necesitar contestarle. Es que el sector inmobiliario presenta otro reclamo y otra crítica a partir de las afectaciones de sus derechos de propiedad y libertad económica, producidas por la aplicación de una cada vez mayor normativa legal y reglamentaria dispar y fragmentaria, yuxtapuesta e inconexa, que no hace más que poner en evidencia la adopción de erráticas y contradictorias medidas urbanísticas –que no llegan a ser políticas públicas– propias de un estado permeable y proclive a ceder frente a intereses sectoriales, que lo llevan a emitir normas sin crítica previa.

De esta manera, se divide a la opinión pública y científica, forzándose a tomar partido entre dos posiciones que –en la realidad de los hechos– no necesariamente se comportan siempre de manera antagónica.

En mi opinión, esta polarización, estas dos posiciones enfrentadas a modo de dos monólogos sin diálogo,¹⁴ o como una discusión sin rumbo, irresoluta e irresoluble, se produce porque aún no hemos empezado a discutir situadamente a nuestro patrimonio cultural, como se insinuaba al inicio. Y en mi opinión ello impacta sobre la dimensión jurídica de la preservación de nuestro patrimonio cultural. La puja entonces se lleva a cabo a partir del caso y desde lo posible y, con ello, descargamos y depositamos toda la responsabilidad en una judicatura que debe erigirse en reordenadora de todo un universo normativo disfuncional: es que la vasta normativa legal y reglamentaria existente posee una enorme dispersión y asistematicidad,¹⁵ no brinda respuestas y ello, como seguidamente veremos, se encuentra reflejado en las piezas judiciales que, por todo lo dicho, son merecedoras de todo el elogio.

13. Mónica Pinto, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, vol 40, S/L, 2004, pp. 36 y 37.

14. Fenómeno por otro lado frecuente en nuestro país tal como nos enseña el Dr. Jorge Alberto Sáenz en su ya célebre prólogo al Tratado de nuestro querido Maestro Agustín Gordillo, cuando al elogiar sus altas calidades personales, describe esta funesta práctica argentina de suprimir en vez de discutir, artimaña en cuyas aguas nuestro Maestro nunca abrevó. Dice así: “No recurrió a la espiral del silencio, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones ...”. Jorge A. Sáenz, Prólogo a la X edición del *Tratado de Derecho administrativo* del Dr. Agustín Gordillo, Buenos Aires, FDA, 2010, p. 29.

15. Mariano Navas, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”.

CINCO ELOGIOSAS PIEZAS JUDICIALES

PRIMERA: LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO URBANO BARRIAL

EN LA FIGURA DEL COMPLETAMIENTO DE TEJIDO¹⁶

En el caso tenemos una asociación vecinal que ocurrió a sede judicial –por una acción de amparo luego transformada de oficio en medida cautelar autónoma– peticionando la declaración judicial de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la edificación de una obra por sobre el límite de altura y superficie cubierta que correspondía a la zona según el Código de Planeamiento Urbano (CPU) y peticionando cautelarmente la suspensión de la ejecución de la obra.

El núcleo del conflicto lo determinó el equívoco encuadre al que recurrió la administración para autorizar la obra cuestionada; consideró aplicable el régimen de “completamiento de tejido” (art. 4.10 del CPU) sin encontrarse reunidos los presupuestos fácticos requeridos por la norma ya que este régimen permite no aplicar el control morfológico F.O.T. que por zona corresponda, autorizando a construir por sobre el límite correspondiente a la zona en cuestión pero en tanto la altura de *ambos* edificios linderos a la parcela en cuestión superen los quince metros.¹⁷ Aquí el problema y el carácter manifiesto de la nulidad del permiso. De manera cándida o paradójica el hecho determinante se encontraba explicitado –en todo su esplendor– en los propios considerandos de los actos impugnados, al decir que *se trata de una parcela que linda con un edificio entre medianeras de altura mayor a 15.00 m y [...] una vivienda en planta baja + 1 piso [...]*. Así advertido por la Cámara –pues la pretensión fue rechazada en primera instancia– se otorgó la medida cautelar.

Entonces, tratándose de un arquetípico problema urbanístico, cabe preguntarse por el grado de vinculación del caso con la problemática de la preservación del patrimonio cultural. Y en mi opinión finca en la internalización que nos permite la Sentencia de cuestiones tales como la alta sensibilidad del urbanismo, su finalidad preventiva, sus herramientas precautorias y la comprensión de la necesidad de preservar el entorno urbano actual para el disfrute futuro. Es que probablemente, la ciudad de hoy –acaso algunas centralidades y otras periferias– devenga en patrimonio cultural a preservar o rescatar

16. Autos “Asociación Civil Amigos de la Estación Coghlan c. GCBA s/medida cautelar”, CCAyT, Sala II. Sentencia del 18/8/2005.

17. Sobre el instituto del “completamiento de tejido”, ampliar en Mario Tercco, “Una mirada arrabalera a Buenos Aires”, en *Café de las Ciudades*, año 8, n.º 75, 2009. Disponible <<http://www.cafedelasciudades.com.ar>>.

en el futuro –dependiendo de cuán depredadores resultemos– y según la evolución de nuestra ciudad, de sus tipologías y morfologías, de las ciencias, las artes y, en definitiva, de los valores en los que crean los porteños de las próximas generaciones.

Es que las propias palabras del Tribunal resultan ilustrativas, primero, al jerarquizar institucionalmente al CPU, en tanto ordenamiento que concreta:

la asignación del destino de cada metro cuadrado de la Ciudad, teniendo en cuenta sus características y previendo su desarrollo futuro, debiendo mantener siempre un delicado equilibrio entre la tensión generada por intereses diversos, en aras del bienestar general y de crear las condiciones para un hábitat adecuado.¹⁸

y, segundo, señalando:

al tratarse de una materia tan sensible para la calidad de vida de las grandes urbes como lo es la del ordenamiento y planeamiento urbano –que mereció por parte del constituyente de un régimen legislativo especial rodeado de múltiples garantías de participación ciudadana–, la administración debe extremar el celo en el cumplimiento de las normas.¹⁹

Vinculado con ello, cabe señalar que la jerarquización que en este caso confiere la Cámara a la necesidad de apego a los institutos concretamente provistos por el ordenamiento urbanístico se conecta con los fundamentos del apuntado sistema protectorio, tratados en sus pronunciamientos posteriores y estableciendo así un lineamiento jurisprudencial en la materia. Así en un caso reciente entendió que:

el patrimonio cultural se redefine dentro de la noción de medio ambiente que abarca no solo los bienes naturales sino también los culturales. Los valores ambientales importan, por ende, la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos ambientales naturales y culturales (Conf. art. 2 inc. a de la ley 25.675 de “política ambiental”); lo cual implica que, en la materia, se deban ponderar principios específicos –en la especie– adquiere especial relevancia el peligro en la demora y la necesidad de una tutela urgente (en tanto, en esta materia) ... de no adoptarse un rápido y eficaz anticipo de jurisdicción, el daño –generalmente– es irreversible.²⁰

Lineamientos, estos, que se cree conveniente recrear aquí puesto que sirven de base a las construcciones que diario tienen que erigir nuestros tribunales especializa-

18. Considerando 6° de la Sentencia.

19. Considerando 7° de la Sentencia.

20. Mercedes Aveldaño, “Directivas sobre Derecho Urbano”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sección Jurisprudencia Agrupada, año 2, n.º 3, 2009, p. 345.

dos locales en valladar de la depredación urbana y para el afianzamiento de las dos principales técnicas de preservación del ordenamiento arquitectónico contenidas en nuestro ordenamiento urbanístico porteño. Me refiero, por un lado, a la de identificación y protección singular de edificios, aisladamente considerados por sus méritos estético-arquitectónicos o por acontecimientos acaecidos en ellos y que se contiene en el Capítulo 10.4. del CPU, art. 4.1.1.2, que corresponde a:

edificios de carácter singular y tipológico, que por su valor histórico o simbólico caracterizan su entorno o califican un espacio urbano o son testimonio de la memoria de la comunidad. Protege el exterior de edificio, su tipología, sus elementos básicos que definen su forma de articulación u ocupación del espacio, permitiendo modificaciones que no alteren su volumen.

Y, por otra parte, a la técnica de protección zonal también contemplada en el Capítulo 10.4 del CPU, que persigue la preservación del conjunto, zona urbana o centro histórico bajo el régimen de “Distrito Área de Protección Histórica” caracterizado por “áreas, espacios o conjuntos urbanos que por sus valores históricos, arquitectónicos, singulares o ambientales constituyen ámbitos claramente identificables como referentes de nuestra cultura”.²¹

SEGUNDA: CUIDADOSO AVANCE DEL DAÑO MORAL COLECTIVO POR DEMOLICIÓN DE UN INMUEBLE EMBLEMÁTICO²²

De riqueza conceptual merced a la pluma de cada uno de los tres votos que presentamos –Sala II del CCAyT, mayoría integrada por los Dres. Centanaro y Daniele (según sus votos) y disidencia del Dr. Russo–, hito, sin dudas, en la evolución de los procesos colectivos, trata de la responsabilidad conjunta del Estado y de una constructora por daños colectivos provenientes de la demolición total de un emblemático inmueble porteño: la “Casa Millán”, residencia preservada del cofundador del barrio de Flores. Una sentencia que merece ser calificada de cuidadosa –allende el reconocimiento del daño moral colectivo y el delicado tratamiento de cuestiones atinentes a la progresiva expansión de los procesos colectivos– merced a su meticulosa merituación de los hechos –y su contexto– a la luz de una también mesurada estructuración de esta especial índole resarcitoria finalmente reconocida.

21. Cfr. art. 5.1.1.

22. “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA y otros s/otras demandas contra la autoridad administrativa”, Sala II, de la CCAyT. Sentencia del 14 de agosto de 2008.

El núcleo del conflicto lo determinó el otorgamiento del permiso de demolición con base en la alegada falta de catalogación, en ese momento, de la Casa Millán –así otorgado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA)– y el subsecuente acometimiento de su demolición –por la constructora–, no obstante haber previamente entrado en vigencia el Código de Planeamiento Urbano local (CPU) –recordemos que es una *Ley de Orden Público*–, norma que no solo incluía expresamente al inmueble dentro del área de protección histórica (APH), sino que, además, expresamente también prescribe la prohibición de autorizar demoliciones de esta clase de edificios, aun –insisto– cuando el inmueble está listado pero pendiente de catalogación. Con ello, como se reconoce en la Sentencia, se dejó sin contenido una protección legal de orden público, preestablecida y vigente. Los tres votos son ilustrativos respecto de, que cuando se produjo la demolición, Casa Millán se encontraba protegida legislativamente por estar en vigencia el CPU, el que había comenzado a regir, precisamente, el mismo día en que el GCBA autorizó su demolición.

En resumidas cuentas, la responsabilidad de los accionados, como surge de diversos pasajes de la extensa sentencia, fincaba, por un lado, en el conocimiento que los demandados tenían de la particular relevancia histórica que revestía la Casa Milán –lo que les impedía invocar la ignorancia o error de derecho y menos aún el simple desconocimiento de la normativa local–, y, por el otro, la existencia de un específico deber incumplido –en cabeza del gobierno local– de defender, preservar, fomentar y conservar el patrimonio y acervo histórico, artístico y cultural en todas sus manifestaciones, obligación que viene impuesta tanto por los tratados internacionales de derechos humanos y los propios textos constitucionales, cuanto, específicamente, por el CPU vigente.

El caso fue iniciado en 2000, en sede civil por la Defensoría del Pueblo de la ciudad –a instancias de la denuncia recibida por un vecino. Si bien oportunamente fue otorgada la protección cautelar, no logró enervar una demolición que igualmente se acometió. Tras denunciar penalmente la Defensoría del Pueblo –por el reato de desobediencia– el incumplimiento de la cautelar, la pretensión se transformó en resarcitoria, solicitándose una indemnización “en carácter de daño moral colectivo puesto que la finca ya había sido demolida, dejando a criterio del a quo la fijación de su monto, debiendo tener por destino, el resarcimiento, la Comisión de Patrimonio Histórico de la ciudad para ser utilizada en el mantenimiento de obras y objetos de esa naturaleza”,²³ demanda que tuvo favorable acogida en ambas instancias.

Los hechos son elocuentes respecto de la gravedad y trascendencia del caso.

23. Cfr. Considerando 5° del voto del Dr. Centanaro.

Tres puntos quiero destacar de la sentencia. Primero, el pensamiento del Tribunal sobre la *télesis* preservacionista, referenciada en los valores “identidad” y “memoria”. Segundo, la preeminencia del derecho colectivo cultural como modulador de la propiedad privada y su proyección en la estructura indemnizatoria y destino de los fondos. Tercero, la definición del Tribunal respecto del contenido y alcance del deber de diligencia de la constructora.

Respecto del primer punto, la *télesis* preservacionista se justifica en el:

Carácter y personalidad de Buenos Aires [...] que se caracteriza por la diversidad de identidades, consecuencia de una ciudad que ha crecido superponiendo estratos sociales, culturales y económicos, dándole a Buenos Aires un perfil heterogéneo que la define como única e irrepetible...²⁴

Agregando:

Es que la defensa del patrimonio urbano tiene como “fundamento [...] la recuperación de la memoria colectiva configurando un espacio urbano, reconociéndose a sí mismo, y ofreciéndose a los demás como algo definido por la historia y su presente, con coherencia y continuidad...²⁵

Respecto del segundo punto, la preeminencia del derecho colectivo por sobre el individual, el Tribunal lo estructura en base al reconocimiento de que:

existe un derecho de la sociedad y una obligación del Estado con relación a su tutela y, paralelamente, un deber de los particulares de no dañar”, debido a la existencia de “una tensión entre el derecho subjetivo de propiedad [...] y el derecho del colectivo en virtud de la calificación jurídica que se le atribuye a la propiedad...”.²⁶

Que frente a su alteración genera obligación de reparar un daño moral colectivo: “si con tal ejercicio se lesionan realmente otros valores de interés general y por ende superiores, que hacen a la calidad de vida o conservación del entorno arquitectónico o paisajístico de la ciudad”, tal como lo reconoce el Dr. Centanaro, considerando VIII.a, lo que da sentido en el voto de la Dra. Daniele,²⁷ a la estructura indemnizatoria y al destino del producido, al decir:

24. Considerando 23 del voto de la Dra. Daniele.

25. *Ibid.*

26. Cfr. considerando 19, voto de la Dra. Daniele.

27. Cfr. considerando 20.

en la medida en que se reconocen bienes colectivos, hay también un daño de esa categoría derivada de la afectación de ese bien [...] la afectación de la memoria colectiva [...] surge en este caso, por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva y de allí también que el resarcimiento deba ir [...] a patrimonios públicos de afectación específica [...].

Respecto del tercer punto, el Tribunal claramente establece el contenido y alcance del deber de diligencia de la constructora: está obligada al acabado conocimiento del ordenamiento rector de todo su giro empresarial, deber que subsiste con independencia de los favores que pudieren haberse obtenido de la Administración amparado en el cumplimiento de formalidades rituales. Tal el apodíctico señalamiento contenido en el considerando 26 del voto de la Dra. Daniele: “el conocimiento del ‘Código de Planeamiento’ es una cuestión que quien decide dedicarse a la construcción no puede desconocer”.

TERCERA: ODA A UN PLAN URBANO AMBIENTAL SUSTENTABLE²⁸

En el caso, vecinos de la ciudad accionaron por amparo en pos de la inconstitucionalidad de una ley modificatoria del CPU que, al mutar la zonificación de un polígono del barrio de Palermo, posibilitaba el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios que ponían en riesgo un tejido y morfología barrial homogéneo, conformado por viviendas familiares y comercios de baja altura.

La demanda tuvo favorable acogida en primera instancia. El juez entendió que la sanción de la Ley 2241 satisfizo el objeto del amparo. Por ello resolvió: “más que declarar abstracta la cuestión corresponde hacer lugar a la demanda”. Sin embargo, la Sala II de la CCAyT revocó la sentencia y declaró abstracta la acción.²⁹

Llegado a conocimiento del TSJ, se revocó la sentencia de Cámara y ordenó al GCBA se “abstenga de autorizar cualquier construcción que varíe las características urbano ambientales de la zona [...] hasta la aprobación del Plan Urbano Ambiental”, solución a la que se arribó por intermedio del voto del Juez Lozano.

Así, en sus considerandos 3º y 4º, para resolver que el pleito no había perdido actualidad, se destacó el carácter indivisible y no disponible del derecho de incidencia colectiva –base del reclamo– a la preservación del patrimonio urbanístico de la

28. T.S.J., “Tudanca, Josefa E. B. v. GCBA”, 01/12/2008.

29. Cfr.: “Grua, Emilia C. F. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, del 10 de agosto de 2007. CCAyT, Sala II, voto de la Dra. Daniele. El alcance del decisorio se extendió a los casos “Mazzuco” y “Tudanca”, acumulados.

ciudad, determinando luego que la contracara de ese derecho se encuentra en los objetivos urbanísticos y arquitectónicos que la Constitución local puso a cargo de sus autoridades por intermedio del dictado del Plan Urbano Ambiental (PUA). Allí fincan los cimientos del núcleo de una decisión cuya importancia reside en la reconducción de la cuestión a la télesis constitucional del PUA como base del anhelado sistema urbanístico ambiental porteño, al sostener:

Sin embargo, en autos el interés del pleito subsiste dado que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza que solo una vez completado el ciclo previsto en el art. 29 para la emisión de la normativa en materia urbanística, podría afirmarse con verdadera certeza si el Código de Planeamiento Urbano, con sus modificaciones (v. gr. ley 2241), se ajusta al PUA ...

Sentado ello, su considerando 5° coronará el razonamiento diciendo:

La pauta objetiva que, como regla, esta sentencia impone observar a la Administración, supone evitar que una zona sensible del patrimonio urbanístico como la que nos ocupa sea afectada con la concesión de permisos en desmedro de las facultades reservadas al PUA. Para evitarlo, el parámetro para la autoridad de aplicación, estaría dado por las máximas restricciones constructivas que admiten actualmente las normas en la materia. La insuficiencia de ellas, en su caso, podría suscitar los controles administrativos y judiciales previstos en nuestro ordenamiento.

Así, reconoce y jerarquiza un control judicial merecedor de elogios, puesto que sobre la magistratura recae el peso de reordenar *todo* el universo fragmentario de una normativa urbanística que, para colmo, reviste la complejidad técnica propia de haber sido diseñada desde otros saberes profesionales.

Juez, que tiene que –como señalaba un autor– convertirse en reordenador de un sistema que, paradójicamente, no solo le niega soluciones, sino que lo fuerza a la enorme tarea de argumentar desde otros saberes. Control judicial entonces, cíclopea y encomiable tarea, que tal como reconoce el juez Lozano, se encuentra estructurado sobre la base de la efectiva vigencia “del principio precautorio y preventivo propio del derecho ambiental”, principio y regla que nutre la cotidianeidad de la judicatura porteña, como he querido, respetuosamente, presentar en este trabajo.

Llegados a este punto, quizás pudiéramos pensar que las consideraciones que planteó el juez Lozano en el siguiente considerando, el 6°, acaso hayan caído en saco roto, en atención a sus formulaciones –a mi juicio prospectivas– desarrolladas respecto del PUA.

Pienso que no es así. El voto es por demás elogiabile.

Así, conviene advertir que por Ley 2930,³⁰ contemporáneamente, entró en vigencia el PUA, acaso como una formalidad. Su genética, reflejo de discordias y contingencias, proyectó fallas medulares que impiden reconocerle la jerarquía de un plan de ordenación metropolitana, no contribuyendo a la superación del caos normativo urbanístico imperante en nuestra Ciudad. La realidad nos indica que el PUA, en su formulación actual, no logra imponerse como norma general. Por el contrario, existe un duro consenso entre sus destinatarios directos de que, a lo sumo, solo vino a fortalecer el status quo imperante.

De allí la importancia, de la doctrina del Tribunal, vertida en el considerando 6° del voto del juez Lozano, al decir:

La idea de “marco” y el deber de “ajustarse” implican pautas para el legislador y para los jueces. En el caso de los primeros, supone la necesidad de concebir primeramente el PUA [...] Ello supone, en primer lugar, explicitar esos objetivos y luego reunirlos sistemáticamente, esto es, de manera que no se neutralicen o menoscaben los unos a los otros. Una vez hecho esto, fijar cursos de acción que lleven a su consecución para, nuevamente, sistematizar estos cursos de acción.

Cabe reconocer la labor del Tribunal en este caso –presumiblemente se encontraba en conocimiento de la existencia del PUA, dada la simultaneidad de fechas–, pues, adoptando una actitud prudente, sienta bases generales para su reformulación pero, principalmente, reenvía al sistema constitucional con la intención de jerarquizar al instituto, de reconocer la importancia y necesidad de su formulación coherente, como base de todo el sistema urbanístico, en definitiva, en pos del orden constitucional. De allí que la riqueza de las cuestiones planteadas, unida a la elocuencia de tales formulaciones, sin duda han abierto a una muy atractiva polémica en torno al rediseño de nuestro marco rector urbanístico, otorgándole significatividad y trascendencia a la decisión presentada.

CUARTA: *IL POTERE DEL FATO DEL EX CINE EL PLATA*³¹

Parafraseando al hado que rodea a la –innombrable– vigesimocuarta ópera del venerable Verdi, este caso –ilustrativo de la inconveniencia de mutar el sino de las cosas– nos encuentra con relevantes personalidades como actores de un proceso, que contaron con el lúcido patrocinio del destacado colega Diego Sarciat, en el que se

30. BOCBA n.º 3091 del 08/01/2009.

31. Autos “Ibarra Aníbal y Otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCBA)”. CCAyT, Sala II, sentencia del 31/3/09.

demandó al GCBA y la Corporación Buenos Aires Sur SE reclamando la nulidad del llamado a licitación pública para la adjudicación de la obra que se proponía realizar en el excine El Plata, fundado en que el inmueble fue adquirido por el GCBA y luego transferido a la Corporación bajo condición de destinarlo a la construcción de un centro cultural, por lo cual debido a su valor arquitectónico y emblemático para el barrio de Mataderos, fue catalogado por ley 2665 en el nivel de protección estructural (cfr. Capítulo 10 del CPU). Señalaron que el proyecto a licitar –construcción de un Centro de Gestión y Participación Comunal– no preservaba su valor patrimonial cultural ni tampoco su destino exclusivo. Por ello, peticionaron el dictado de una medida cautelar en pos de la preservación del destino del inmueble y su estructura edilicia, en tanto integrante del patrimonio cultural de la Ciudad.

La jueza de Primera Instancia, Dra. Seijas, en una sólida y ajustada intervención, anuló el llamado a licitación, y le ordenó al GCBA que se abstenga de toda intervención que implique una alteración del destino del inmueble que no se corresponda con la protección estructural que el edificio posee.³² Merece destacarse la relación e identificación establecida por la Magistrada entre el derecho colectivo en juego, la legitimación amplia y la jerarquización del rol del Juez, pero manteniendo a la Administración incólume en su rol de vicaria del interés público, al decir en su considerando XI:

los derechos involucrados en autos exceden el interés de las partes y, al mismo tiempo, ponen en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido aquel como el de la sociedad en su conjunto [...] El marco legal descripto brinda un claro sustento a la apertura de la administración de justicia hacia instituciones, grupos o aun personas aisladas que soliciten protección para bienes, que, aun cuando su goce no esté individualizado, conforman el patrimonio colectivo. En efecto, de las normas aplicables se destaca que la colaboración de los particulares justifica una amplia legitimación para exigir [...] el cumplimiento de lo previsto en el Código de Planeamiento [...].

La Sala II del CCAyT confirmó la Sentencia, señalando que “la obra licitada importa reformular el edificio en aspectos no permitidos. Esto es, se prevé una demolición parcial y la construcción de un nuevo cuerpo que –tal como dijo el Tribunal de grado– exceden y afectan la protección asignada al inmueble antes referido”,³³ lo cual, en miras a la protección estructural asignada al bien en cuestión, impide llevar adelante las obras intentadas por las autoridades administrativas en ese edificio.

32. Cfr. considerando XIII: “el Legislador adoptó [...] una determinada opción, traducida en la Ley 2665 (...) Siendo así, dilucidar si la obra contratada se adecua al grado de protección estructural brindado al inmueble se convierte en el eje de este proceso”.

33. Considerando 9.

De esta manera, en este caso, elucidar la adecuación al destino normativamente atribuido al inmueble *vis a vis* lo dispuesto en el CPU, resultó decisivo; ya en el caso “Pusso” la CCAyT ha dejado en claro que incluso “la existencia de un proyecto de ley sobre catalogación debe aparejar la modificación preventiva del catálogo respectivo mientras dure el trámite, y ello comporta la improcedencia de otorgar permisos de obra o demolición hasta tanto se resuelva (cfr. arts. 10.3.3 CPU y 12; y resolución n.º 6 de la subsecretaría de Patrimonio Cultural)”.³⁴

QUINTA: LA DESPROTECCIÓN A LA RESIDENCIA DEL PRÓCER

ARGENTINO LUCIO V. MANSILLA³⁵

En este pronunciamiento de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo se discute la procedencia de la indemnización por expropiación inversa que reclamó la descendencia del prócer debido a la asfixiante restricción que les impuso el dictado de la Ley 25.317, que declaró al edificio que ocupa la casa Mansilla como monumento histórico-artístico nacional argentino.

El núcleo del conflicto fincó en la práctica anulación del derecho de propiedad que implicó el art. 2º de la ley 25.317 por el que se sometió al inmueble al régimen de la ley 12.665. Ello determinó que en los hechos el bien deviniera indisponible por la evidente dificultad de su utilización en condiciones normales.³⁶ Dicha declaración lejos de importar un reconocimiento, un beneficio material concreto para el sostenimiento del bien, una jerarquización o un compromiso del Estado –es decir, de todos– en pos de la protección del inmueble –también para todos–, en realidad, perversamente, operó el fenómeno inverso: importó la restricción de afectación, modificación o alteración de cualquier forma del estado de un inmueble –paradójicamente declarado monumento histórico– sin compromiso público de ninguna índole y sin contraprestación alguna, ya que solo fue merecedor de la cínica e irrita exención del pago de la tasa de alumbrado, barrido y limpieza;³⁷ no obstante que el propio régimen de monumentos

34. Autos “Pusso, Santiago contra GCBA s/otros procesos incidentales”, sala I de la CCAyT. En Aveldaño, Mercedes I “Directivas...”, citado.

35. CNCAF, Sala V, 4/11/2009, causa n.º 37.999/2000, “Zorrilla Susana y otros c/ EN –P.E.N. s/Expropiación-Servidumbre Administrativa”.

36. Pablo Gallegos Fedriani, “El derecho ambiental en el ámbito urbanístico”, en *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010.

37. O como enfatiza el considerando VIII del voto del Dr. Gallegos Fedriani: “Sin dejar de señalar el ‘vía crucis’ ya seguido por los actores por ante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; sin ningún resultado”.

nacionales le establece concretas obligaciones al poder público, como claramente expuso el Dr. Alemany en su voto.³⁸

Esta descolorida paleta de opacidades estatales con las que se ilustró a este cuadro desolador queda al descubierto en los apodícticos señalamientos del Dr. Gallegos Fedriani en sus considerandos noveno y décimo:

Que pretender por parte del Estado Nacional que los propietarios se hagan cargo y sean responsables de un edificio prácticamente insalvable desde el punto de vista arquitectónico entendiendo que es compensación suficiente el hecho de que no paguen impuestos resulta más que un principio de derecho una falta de respeto al derecho de propiedad. Resulta evidente que nada puede pretender (el Estado) respecto a los gastos que le ha ocasionado el mantenimiento y custodia del edificio; ordenado en este expediente judicial, sobre todo cuando –como surge de la sentencia de la sra. Juez- ha sido ineficiente y a todas luces contrario al mantenimiento de un monumento histórico arquitectónico y cultural (piénsese solo en el reemplazo de la puerta de entrada de la casa que ha sido sustraída y reemplazada por una chapa galvanizada). Que nadie desconoce los derechos del Estado en aras del bien público de limitar los derechos de los habitantes incluido el de propiedad. Más, cuando tal derecho no es limitado sino prácticamente desconocido, nace por parte del Estado –aun cuando actúe legítimamente– el deber de indemnizar (arg. art 16 de la Constitución Nacional).

La sentencia presentada ilustra así la desprotección en la que frecuentemente encontramos a los bienes culturales y la desaprensión con la que el poder público muchas veces asiste solo de manera declamatoria, limitándose a catalogar bienes y afectando a regímenes especiales para luego incumplirlos, como ilustra el caso comentado.

A MODO DE EPÍLOGO

Las piezas judiciales presentadas verifican, en gran medida, la inexistencia de políticas públicas concretas en la materia y, de la misma manera, comprueban la inexistencia de una toma de posición por parte del sistema del poder.

Así, se advierte la necesidad de llevar adelante una discusión concreta que principia por elucidar previamente por identificar qué es la cultura para nosotros, lo cual conecta con la pregunta por nuestra identidad y ser nacional, situado, como objeto a

38. Cfr. voto del Dr. Alemany, considerando 1°: “a) En el 3° de la ley 12.665, a la que se remite la ley 25.317, se establece que si la conservación del lugar declarado monumento histórico implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario; y en el artículo 4° de ella se dispone que los inmuebles históricos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte, sin intervención de la Comisión Nacional”.

preservar. Adviértase que en nuestro país ni legislación ni doctrina se ocuparon de establecer los elementos esenciales de la noción patrimonio cultural y mucho menos la de identidad cultural, nociones íntimamente amalgamadas.

Por ello comparto con quienes sostienen que el “patrimonio cultural” es algo más que una geografía construida, porque su núcleo trata del “entorno” que le da “sentido de pertenencia” a un pueblo o nación, lo reconoce en una historia, en una geografía y lo proyecta –en su especificidad– al futuro. De allí la previa necesidad de establecer las bases de nuestra identidad cultural como previo a definir qué es para nosotros un bien cultural.³⁹

Si la cultura es expresión de la identidad de una sociedad devenida en nación, creo, en honor a la memoria que declamamos, que hay una previa discusión que debiera darse en mi país y respecto de la cual las piezas judiciales presentadas constituyen un significativo aporte en punto a determinar de qué se trata esa identidad que concretamente queremos preservar. Me despido con una pregunta. Si ante todo el derecho es un fenómeno cultural, ¿cómo haremos para preservar la identidad de aquello que los argentinos y “porteños” hemos constantemente suprimido, reemplazado y yuxtapuesto?

BIBLIOGRAFÍA

- Abba, Artemio, *Metrópolis argentinas, agenda política, institucionalidad y gestión de las aglomeraciones urbanas interjurisdiccionales*, S/L, Café de las Ciudades, 2010.
- Alessandri, Carlos, Fanni Anna, “La utopía de la gestión democrática de la Ciudad”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, Universidad de Barcelona, vol. IX, n.º 194, 2005.
- Aveldaño, Mercedes, “Directivas sobre Derecho urbano”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sección Jurisprudencia Agrupada, año 2, n.º 3, 2009.
- Bianchi, Alberto, “Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010.
- Borja, Jordi, *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Barcelona, Fundación Alternativas, 2004.
- Damsky, Isaac “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, suplemento del 31 de julio de 2009.

39. Liliana Zendri, con cita de Ignacio González-Varas, *Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas*, Madrid, Cátedra, 1999, p. 17.

- Daniele, Mabel, “Exigibilidad jurisdiccional de los llamados ‘derechos sociales’ en la jurisprudencia argentina”, en *Suplemento administrativo*, S/L, 2010. Disponible en <<http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/09/exigibilidad-jurisdiccional-de-los.html>>.
- Gallegos Fedriani, Pablo, “El derecho ambiental en el ámbito urbanístico”, en *Memorias de las Jornadas de Capacitación Ambiental Metropolitanas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010.
- Germán Bidart Campos, *Las obligaciones en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1988.
- Gordillo, Agustín, “Los grandes debates urbanos de hoy”, Buenos Aires, 2009. Disponible en <<http://www.adaciudad.org.ar/>>.
- Hernández Arregui, Juan José, *¿Qué es el ser nacional? La conciencia histórica iberoamericana*, Continente, Buenos Aires, 2005.
- Jiménez, Eduardo Pablo, “Los derechos de la cultura y educación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Germán Bidart Campos, Andrés Gil Domínguez, directores, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Navas, Mariano, “La propiedad y la protección del patrimonio arquitectónico”, en *La Ley*, Suplemento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2, n.º 5, octubre 2009.
- Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, vol. 40, S/L, 2004.
- Sáenz, Jorge A., “Prólogo a la X edición” del *Tratado de Derecho Administrativo del Dr. Agustín Gordillo*, Buenos Aires, FDA, 2010.
- Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, *ad-hoc*, 1999.
- Tercco, Mario, “Una mirada arrabalera a Buenos Aires”, en *Café de las Ciudades*, año 8, n.º 75, 2009. Disponible <<http://www.cafedelasciudades.com.ar>>.
- Zendri, Liliana, con cita de Ignacio González-Varas, *Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas*, Madrid, Cátedra, 1999.

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2014
Fecha de aprobación: 2 de junio de 2014