



Aspectos previos a la restauración de las cocheras.

Las limitaciones y restricciones administrativas al dominio. El Catálogo de los bienes culturales/ambientales como limitación al dominio.

Este trabajo con sede en el IIA, ha sido realizado con el aporte de la Dra. Liliana Zendri, Profesora de grado la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de posgrado de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo, ambas de la Universidad Nacional de La Plata, en la parte que fuera presentado en el Seminario Internacional Forum UNESCO: Universidad y Patrimonio, llevado a cabo desde el 11 al 15 Octubre de 2004, Area temática: Legislación aplicada, desarrollado en la sede de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Objetivos e Hipótesis.

Este trabajo se propone contribuir con la doctrina jurídica argentina, y desde el punto de vista metodológico, sus objetivos son entre otros:

- 1) Ampliar el campo del conocimiento en materia de protección jurídica del patrimonio arquitectónico urbano y natural y viabilizar desde el Instituto de Arte Americano e Investigaciones Estéticas “Mario J. Buschiazzo” ideas que superen lo puramente histórico y urbanístico.
- 2) Consolidar un ámbito de discusión y de intercambio de conocimientos interdisciplinarios que permitan revisar la técnica legislativa en esta materia e inscripta en los Códigos reguladores del patrimonio urbano.
- 3) Identificar los caracteres sustanciales del derecho ambiental y de sus técnicas a los efectos de reconocer la capacidad de la autonomía municipal como ejecutora de los planes especiales de protección del patrimonio cultural.

Desde esta perspectiva puede formularse como Hipótesis del trabajo que: El Catálogo de los bienes culturales y ambientales constituye un instrumento jurídico de protección ambiental que impacta sobre el concepto tradicional de dominio y lo amplía desde la perspectiva medioambiental.

La evolución jurisprudencial y su impacto en la concepción dominial del código civil y en las normas urbanísticas protectoras del patrimonio.

La evolución experimentada por la protección jurídica del patrimonio cultural y natural en la República Argentina en el último decenio, tanto desde el enfoque ordinamental como desde la aplicación de las normas por parte del órgano

jurisdiccional, ha provocado un diferente abordaje en el tratamiento del derecho de propiedad. Ello, no ha significado un cambio en los principios de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, sino que bajo la aparición en escena de nuevos instrumentos creados por otras disciplinas auxiliares del derecho (la evaluación de impacto ambiental, el inventario de Bienes Culturales, el Catálogo de esos Bienes, los convenios urbanísticos, etc.) han tendido a morigerar la concepción decimonónica de ese derecho predicado como absoluto, y que la jurisprudencia ya lo había limitado por razones de la convivencia y de las necesidades de la sociedad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde su inicio sostuvo que ese derecho no revestía carácter absoluto, tal la doctrina sentada en el año 1876, en “Comisión Aguas Corrientes c/Pérez”, que ante la restricción que no importe incorporar al dominio público parte alguna del dominio privado, la convierte en no indemnizable.

También en el año 1887, en el caso “saladeristas de Barracas c/ la provincia de Buenos Aires”, pero finalmente sentó jurisprudencia en 1922, en el caso “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta” (Fallos: 136-161 y ss.), cuando dijo: “Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo; es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (artículo 14 y 28). Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas...”

La misma Corte ratifica, esta doctrina dos años más tarde en 1924, en “Cornú, Manuel c/Ronco, José s/ nulidad de las cláusulas del contrato de locación” (Fallos: 142-68), cuando dice: “El derecho de propiedad, como todos los demás derechos convencionales y sociales, no es en manera alguno absoluto... La Constitución Nacional, inspirada en estos principios, a la vez que asegura en el artículo 14 a todos los habitantes de la Nación el derecho de usar y gozar de su propiedad, ha cuidado al propio tiempo de dejar establecido, en forma

categoría, que ello ha de ser conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio” Este poder de reglamentar, en virtud del cual tienen lugar las restricciones al dominio, no es otro que el poder de policía municipal, que sólo es llamado a observar el artículo 28 de la Constitución Nacional, como bien señala Reiriz, María Graciela, en “Responsabilidad del Estado por las acciones urbanísticas” ponencia en el Seminario sobre “Poder de Policía y Policía Municipal”, año 1983, a quien seguimos cuando aborda la evolución jurisprudencial en la materia.

Y, agrega, la jurista poder que es diferente al aquél atribuido al Estado de tomar la propiedad privada por razones de utilidad pública.- En el primer supuesto, el Congreso regla y organiza el derecho de propiedad privada reconocido por la Constitución y en el segundo lo declara inviolable en ejercicio de ese poder.

Se puede por ello, una primera conclusión dejar sentado que el máximo Tribunal argentino tiene reconocido al derecho de dominio de ninguna manera en forma absoluta, sino que sujeto a criterios “razonables” conforme las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN) mediante el ejercicio del poder de policía municipal, en el caso bajo examen dictar las normas urbanísticas y del patrimonio arquitectónico, urbano e histórico. En ese marco, las normas citadas no implicarían cercenamiento o desmembramiento del derecho de propiedad.

Contemporáneamente, en el año 1991, la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala Segunda, en: “Rovere, Alejandra y otra c/ Municipalidad de Vicente López s/Amparo”, introduce un concepto de dominio con cita de Bidart Campos, que dice: “El término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, comprende todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho con un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de “propiedad”. El principio de inviolabilidad, asegurado en términos amplios en el art.17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio y sus desmembraciones (BIDART CAMPOS, “Derecho Constitucional”, II, 323; cita de CSJN, fallo 16-12-25 con reproducción de la Corte Suprema de Estados Unidos. In re “Campbell vs./Holt”; causa 48.572 del 9-11-89, “Beninati”).

En el caso en cuestión, la Cámara de Apelaciones citada, alude a la afectación del derecho de propiedad mediante el dictado de un acto administrativo, que a la postre “...menoscaba el pleno goce del bien patrimonial según los fines lícitos

que se tuvo en mira al constituirlo. Esto es, que las regulaciones de urbanización permiten adquirir derechos a los vecinos a quienes abarcan, que no pueden ser avasallados sin sustento en una norma general que los modifique o restrinja" (sic. Rovere, Alejandra y otros/Amparo).

En consecuencia, se puede afirmar que se trata de una atribución de derechos otorgados mediante normas urbanísticas que no puede ser limitado una vez adquirido, salvo que una norma de carácter general (Código de Planeamiento Urbano, Zonificación según usos, etc.) lo modifique. Es decir, consolidado el derecho por normas urbanísticas, puede ser modificado por normas generales posteriores dejando a salvo el principio preceptuado por el art.3 del Código Civil, la irretroactividad de las leyes. En virtud de este principio, las excepciones particularizadas a la norma general no sólo son inconstitucionales por violación al artículo 17 de la Constitución Nacional, la igualdad ante la ley; sino por la ilegalidad que representa dictar excepciones a los reglamentos como son los Códigos de Planeamiento Urbano.

Las leyes rigen para el futuro, a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial y si se dispusiere en el texto su aplicación retroactiva la misma no puede afectar derechos y garantías constitucionales. Asimismo, el artículo 3 del Código Civil, establece que la retroactividad se aplicará sean o no las normas de orden público.- En el supuesto, las normas urbanísticas en general y las que contienen regulaciones atinentes al patrimonio arquitectónico son de orden público, alcanzándole el precepto legal analizado.

A los fines de señalar un ejemplo que constituye la regla para los restantes municipios del país, cabe destacar, la importancia que tiene el Código de Planeamiento Urbano como instrumento legal para el ordenamiento de la Ciudad de Buenos Aires.

En primer lugar, cabe advertir la vigencia del art.1.1.3, que establece la subordinación normativa a ese Código por parte de los Códigos de la Edificación, de Habilitaciones y Verificaciones y de otros Códigos y, por otro lado el art.1.3.2 que establece: "*Todos los organismos deberán aplicar los decretos que dicte el Poder Ejecutivo a propuesta de la Secretaría aclarando o interpretando las disposiciones de este Código*".

Al respecto, la Procuración General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, mediante el Dictamen N° 23900, con fecha 15/03/2004, ha precisado las funciones de la Subsecretaría de Planeamiento Urbano a los fines sólo de la

interpretación de las normas técnicas del Código de Planeamiento Urbano, por lo tanto, la administración posee los medios normativos para intervenir dentro del marco de referencia legal.

Por otro lado, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art.81 inciso 3, señala que cualquier modificación del citado Código, requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del total de sus miembros, y que el procedimiento para su reforma exige cumplir con los requisitos ineludibles de los artículos 89 y 90 de la Constitución. Ellos son: la doble lectura, con ley de aprobación inicial y ley de sanción, mediando entre ellas la convocatoria a una audiencia pública. Todo ello, se consagró constitucionalmente con el objetivo de limitar "cualquier interpretación" que se haga de las disposiciones del Código, en definitiva de no consagrar como un hábito las excepciones reglamentarias desde los organismos administrativos.

En síntesis, la vigencia del artículo 1.3.2, del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires, determina que es el Poder Ejecutivo mediante decretos el que tiene facultades para efectuar las aclaraciones e interpretaciones que puedan formular los organismos vinculados a la aplicación del Código.

Surge así que, decretos del Poder Ejecutivo, previo control de legalidad del Sr. Procurador del GCBA, son los actos administrativos VALIDOS que permiten aplicar las aclaraciones o interpretaciones del Código a propuesta de la Dirección General de Planeamiento Interpretativo, a través de la SubSecretaría de Planeamiento Urbano. Y si esa interpretación o aclaración implicara una modificación a las normas en vigencia debería observarse el instituto consagrado por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

En el mismo sentido, también la discrecionalidad del funcionario ha conducido a interpretar documentos, planos, figuras, gráficos, etc. que normalmente se encuentran incorporados a los Códigos formando parte de los mismos y, al respecto el Código de la Ciudad de Buenos Aires, lo resuelve en el art. 5.1.2 DOCUMENTOS: PLANOS, CUADROS, GRÁFICOS Y FIGURAS, dice que: "... *Las figuras tienen carácter meramente ilustrativo y ejemplificativo a los efectos de facilitar la comprensión y aplicación de este Código*". Es decir, que una figura o un gráfico no deben derogar el texto de la norma a la que alude.

Desde esta perspectiva histórica centrada en la evolución de la jurisprudencial que se anota, no pude dejar de citarse el fallo del año 2002, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la

vigencia de los derechos adquiridos mediante garantías constitucionales, aún en los casos de emergencia pública, cabe mencionar al respecto: "Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en los autos "Smith, Carlos A. c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo", el máximo Tribunal ha sostenido: "...En este contexto cabe recordar que esta Corte ha subrayado, en reiteradas oportunidades que, el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que, atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos: 136:161; 313:1513 y 317:1462). El Tribunal ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (Fallos: 243:467), a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (Fallos: 238:76). En estos casos, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere conveniente, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (Fallos: 171:79) toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos: 238:76). La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (confr. Fallos: 243: 467; 323:1566)". (el subrayado es nuestro).

Si bien, en el caso el derecho de propiedad había sido adquirido por contrato primariamente y, luego mediante ley, permite afirmar que también es aplicable el principio a aquellos derechos adquiridos mediante la sanción de ley, como fue las denominadas ley de "Convertibilidad" y "de Intangibilidad de los depósitos" (Ley 25.466).

Se puede esbozar, a esta altura de este trabajo que frente a derechos adquiridos por norma urbanística cuya materia fuere el patrimonio arquitectónico; la restricción al dominio impuesta por legislación posterior aún cuando mediere una situación excepcional como fuere la emergencia pública, esos derechos habrían quedado incorporados ministerio ley.

La aplicación del derecho administrativo y del derecho privado en las restricciones al dominio. El caso del patrimonio cultural y natural.

El máximo tribunal argentino, ha reconocido la vigencia del derecho de propiedad sujeto a los principios reseñados más arriba que deben ser necesariamente contemplados en los casos de normas urbanísticas que contravienen el derecho de propiedad.

En el caso “Carvallosa, Osvaldo C/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires s/Daños y Perjuicios”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “G”, de Capital Federal, consideró a que: “...Si bien en principio las restricciones administrativas no dan derecho a indemnización para el afectado, esto es mientras no se afecten garantías reconocidas por la Constitución, como el derecho de propiedad. Así lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia en los casos: Begher, Carlos c/MCBA” del 1/VI/86, causa B-587-XX, “Klych SA c/MCBA”, Recurso de hecho K-55-XX del 19/XII/86, y en los propios precedentes que invoca la demandada, de los cuales se desprende la salvedad antes indicada. Parece indudable que si la Comuna prohíbe levantar todo tipo de construcciones en un terreno como consecuencia de una obra, se estaría violando el derecho de propiedad y contrariando lo que dispone el art.17 de la Constitución Nacional. El poder de policía, aunque ejercido con el propósito de beneficiar a la salud de la población permitiéndole la circulación sin molestias por las vías transitables (fs.685), no justifica hacer recaer sobre el propietario lindero el costo del beneficio que obtiene toda la comunidad...” Pero, en el caso al tratarse de una casa que podría continuar siendo habitada por el accionante, el perjuicio derivado de la imposibilidad de construir, resulta injustificado, así dice la sentencia de la Cámara, “porque obligaría a pagar a la Municipalidad parte de un inmueble que sería totalmente ocupado por su propietario, sin otro plazo más que la subsistencia de la construcción existente”.

En el caso no se ha producido el mentado desmembramiento del dominio con la prohibición de edificar en altura y/o llevar a cabo todo tipo de construcciones, ni se ha producido la inutilidad del bien para el propietario, por lo tanto soluciones semejantes, cabría imponer cuando se trata de limitaciones al dominio derivadas del patrimonio histórico y arquitectónico o de valorizar vía la norma la identidad barrial homogénea.

En la realidad desmembramiento del dominio, significa indisponibilidad del bien inmueble afectado por la restricción, determinado no sólo por la prohibición de construir sino por la disminución de su valor que lo convierte en inhabitable, fuera del comercio inmobiliario o bien, fuera de uso.

Por ello, se ha efectuado esa distinción, no resulta a mi juicio de buen criterio que el Estado por su obrar lícito proceda a reparar daños, por haber fundado el perjuicio en el dominio; en una privación al propietario de las ventajas que gozaba, por ejemplo una buena vista, un emplazamiento favorable, libre acceso a una calle o avenida, etc, por ende no constituye cercenamiento del dominio ni se encontrarían lesionados aquellos derechos que el particular gozaba con anterioridad por mandato del acto administrativo.

La aplicación al caso del artículo 2620 del Código Civil, cuando establece: “Los trabajos o las obras que sin causar a los vecinos un perjuicio positivo, o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no le dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios”, ha suscitado no pocas opiniones de los autores de derecho administrativo que han considerado, que han considerado que esta norma es de derecho privado y, que no debe ser aplicada en casos en que interviene el Estado (restricciones al dominio) pues trata de dos derechos diferentes con finalidades también diversas, diríamos en algunos casos opuestas.

Bien se trata en el caso de una aplicación de normas del derecho privado a un supuesto cuyo origen fue el obrar lícito del Estado –construcción de una obra pública que impidió al propietario construir sobre el predio.- Es el criterio sentado por la Corte en “Becar c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/Daños y perjuicios”.

Al respecto, Marienhoff ha señalado que se trataría de la aplicación de normas de diferente naturaleza y que en el Código Civil existen normas de derecho público ajenas a las relaciones entre particulares pero que en su mayoría son normas de derecho privado caracterizadas por la idea de “coordinación”.

En el caso “Becar”, la Corte aplica normas de derecho privado (art.2620CC) a las consecuencias del obrar estatal, la ejecución de una actividad urbanística promovida por el Estado –autopistas urbanas- y la resuelve en esa esfera, mereciendo las críticas citadas más arriba, atento que debió contemplar que esta materia se encontraba en el ámbito del derecho administrativo (En Cassagne, Juan Carlos “Derecho Administrativo” Tomo I, Buenos Aires, 1986, págs. 189/190, citado por Gambier en RAP, Buenos Aires, Nota a Fallo, “La responsabilidad estatal por causas vinculadas con emprendimientos urbanísticos (Autopistas Urbanas) y el art.2620 del Código Civil en un Fallo de la Corte, págs. 26 a 33, N° 136).

En síntesis, si aplicáramos el Criterio de la Corte, en el caso “Becar”, en relación con las restricciones al dominio derivadas de la protección del patrimonio arquitectónico, las mismas imponen al propietario tanto obligaciones de hacer –conservar- y obligaciones de no hacer –no destruir lo preexistente-, parece prudente que esa imposición no le otorgue derecho a una indemnización por daños y perjuicios no sólo por privarle de las ventajas que gozaba, ofrecerlo al mercado inmobiliario, sino por el cumplimiento de del fin superior de la norma urbanística que es la protección para la ciudad del patrimonio cultural, éste último principio siguiendo a Marienhoff, en cuanto norma de derecho administrativo cuya finalidad es la regulación de los intereses públicos.

Las restricciones al dominio. Caracteres generales su aplicación en la regulación del patrimonio arquitectónico.

Las restricciones y límites del dominio se encuentran regulados por el Código Civil, Libro III “De los derechos reales” en su Título VI, que lo son por interés público y por interés privado “en mira de salvar derechos de otras propiedades contiguas...”.

Por lo tanto, nos encontramos frente a dos tipos de restricciones al carácter absoluto del derecho de propiedad, como es la derivada de un interés público, regulada por el derecho administrativo y la otra restricción son las “impuestas a los propietarios vecinos por su interés respectivo” (sic. nota al art.2611CC).

El artículo 2611 del Código Civil dice: “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en interés público, son regidas por el derecho administrativo” y la nota al mencionado artículo dice al respecto: “Las restricciones impuestas al dominio sólo por interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los Códigos, son extrañas al Derecho Civil. La ley de Partida, por ejemplo, prohíbe que ningún edificio se arrime a las iglesias, *porque, dice la iglesia es casa santa de Dios*. L.24, Tít.32, Part.3ª.- La Ley Romana prohíbe edificar cerca del palacio de los príncipes por una razón muy singular: *Nam imperio magna ab universis secreta debentur*.- Las leyes u ordenanzas sobre la alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco para el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de derecho entre los particulares y no pueden por lo tanto, entrar en un Código Civil...”.

En la misma nota, Velez Sarsfield, apunta, que estas disposiciones en relación a las restricciones impuestas a los propietarios vecinos por su interés respectivo, determinan “...los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del

derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos.- Véase Mainz, Ç 210.- Zacharieae Ç 316, nota 3.-Marcadé, sobre el art.639.”

En consecuencia, del análisis del artículo y su nota surge que el civilista contempló que el derecho administrativo derivado del público, regulaba las relaciones derivadas de las funciones ejercidas por el Estado –la administración pública- y los particulares (en este caso: los propietarios) en relación con las restricciones al dominio en razón del urbanismo, la protección del patrimonio público, religioso, o en consideración a la salubridad o seguridad de la comunidad.

Beltrán Gambier, señala que las leyes urbanísticas y los códigos de la edificación establecen limitaciones vinculadas con la necesidad de proteger determinadas condiciones de vida en la ciudad. Y, agrega que no existe claridad conceptual respecto de la naturaleza jurídica de las limitaciones al dominio que irroga la actividad urbanística (sic.”El urbanismo y el derecho de propiedad en un fallo de la Corte” en *El Derecho*, t.126, págs. 824/825).

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas limitaciones, siguiendo a Gambier, se ha dicho, que estas restricciones no modifican el derecho de propiedad sino que le imponen condiciones para su ejercicio (García de Enterría, Eduardo y Parejo Alfonso, Luciano, “Lecciones de Derecho Urbanístico”, Madrid, Civitas, 1981, pág. 432 y Bielsa Rafael, “Limitaciones impuestas a la propiedad en interés público. Servidumbres y restricciones administrativas”, Buenos Aires, pág.19) Otros autores también han señalado que la restricción al dominio impuesta por la “zonificación” no es la simple restricción de la doctrina clásica, donde el propietario tolera sin disminuir el goce y uso efectivo de su inmueble y que es impuesta en la necesidad de adecuar el dominio privado al interés de la comunidad (Bercaitz Mguel, “Problemas Jurídicos del Urbanismo”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, pág.42 y Villegas Basabilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo” Tea, tVI, pág.25 y ss.).

Que si bien es cierto, que el Urbanismo, a través del Plan Urbano Ambiental, instrumento de Ordenamiento local, rebasa la mera restricción al dominio sin que sea necesario resarcir ni alterar los atributos del derecho de propiedad (en su carácter absoluto, exclusivo y perpetuo), éste se aplica por extensión al los Planes Especiales de protección del patrimonio arquitectónico urbano, que formando parte del Plan General delimita el dominio situando al propietario en el ejercicio “normal” de su derecho de propiedad.

En primer término, el contenido del derecho de propiedad, por lo que hace al aprovechamiento urbanístico del suelo (es decir en todo lo referente a su transformación física) no es algo propio, insito en el derecho dominial sino una atribución positiva al mismo, de la ordenación urbanística, en tanto decisión pública. Es decir que la planificación urbana, con el correr del tiempo y la experiencia practicada, va experimentando una verdadera “*publicatio*”, pasando de ser la suma aleatoria de las decisiones espontáneas de los diversos titulares del suelo a ser, una decisión de la organización colectiva, convirtiéndose así, en una estricta función pública.

En segundo lugar, la determinación de una zonificación especial aplicable a la protección patrimonial, por ejemplo en la Sección 10 del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires, Ley 449, artículo 10.1. Protección Patrimonial, artículo 10.1.1. Competencia: “El Gobierno de la ciudad planificará y llevará a cabo las acciones, proyectos y programas particularizados, referidos a la protección patrimonial, en todos los edificios, lugares u objetos que las normas contenidas en el presente Código así lo prescriban.”, nos dice que la política pública especial diseñada en el instrumento de mayor jerarquía normativa de la ciudad, no implica resarcimiento por daños a los propietarios tal y como lo preceptúa el artículo 10.1.2 Obligación de proteger, que dice: “La salvaguarda y puesta en valor de los lugares, edificios u objetos considerados por esta norma de valor histórico, arquitectónico, simbólico o ambiental obliga a todos los habitantes a ordenar sus conductas en función de su protección, como así también de aquellos elementos contextuales que contribuyen a su valoración. Los espacios y bienes sujetos a obligación de proteger serán declarados como tales dentro del catálogo respectivo, elaborado por la Secretaría, y aprobado por el Jefe de Gobierno. El PE deberá remitir la catalogación al PL para su intervención dentro de un plazo de 10 (diez) días”.

Por ello, más adelante el texto legal comentado, introduce la zonificación –APH Area de Protección Histórica- como una de las formas de protección, en dos categorías de protección especial –edilicia y ambiental- y, tres niveles de catalogación: de protección integral, estructural y cautelar.

Estas limitaciones al dominio sólo tienen su constitucionalidad al observar la garantía de igualdad ante la ley, que prescribe el artículo 16 de la Constitución Nacional, la razonabilidad y la proporcionalidad contemplados en el artículo 28 del texto constitucional, que dice: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”. El citado Código de la Ciudad de Buenos Aires, reglamenta el ejercicio del derecho de propiedad en aquella zonificación que planifique especialmente como histórica o de interés patrimonial.

Los caracteres de las restricciones administrativas.

Por todo lo expuesto, la jurisprudencia y la doctrina ha caracterizado a las restricciones administrativas al dominio de la siguiente manera:

- 1) Son múltiples e ilimitadas en su número y clase.
- 2) Ejecutorias y no generan en principio indemnización.
- 3) Son generales y abstractas.
- 4) Constantes y actuales.

El carácter no indemnizatorio está determinado por un límite: no producir el cercenamiento o la indisponibilidad del bien en forma sustancial. Las restricciones deben estar subordinadas al ejercicio de este derecho por necesidades colectivas.

La naturaleza jurídica de la limitación al dominio de los bienes que componen al patrimonio.

También no aparece claro la naturaleza jurídica de esta especial limitación al dominio, se ha dicho Zendri, Lilliana que se trata de un tipo de bienes que tiene un calificativo especial otorgado por la comunidad que los hace valiosos y ponderados, y que la cultura de las naciones, regiones o localidades que les ha otorgado esa calificación, por eso adhiere al criterio de calificarlos como Bienes Culturales.

La opinión de Zendri, que otorga en la naturaleza jurídica de las limitaciones al dominio fundada en el calificativo Cultural otorgado por el tejido social, según mi criterio habría que completarla con la inclusión de ese bien cultural en un Planeamiento Urbano Ambiental y en una zonificación especial, que lo contenga y a la vez observe los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad y proporcionalidad.

Cabría por lo tanto preguntarse, si estas limitaciones deben ser exigidas mediante ley en sentido formal o sólo un acto de la autoridad administrativa y de qué autoridad: nacional o provincial.

La Corte en el caso "Jullierat, Milton E. c/Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", en el Considerando 5º, refiriéndose a la prohibición de edificar a mayor altura, lo deposita en el ejercicio del poder de policía local, también introduce el concepto de "delimitación" del dominio, término propio del derecho urbanístico que otorga otro contenido al derecho de propiedad.

Por otro lado, el Código Civil, en el art.2611 analizado nos remite al derecho administrativo, representado por los Códigos de Planeamiento Urbano y, también la reciente reforma constitucional, en el artículo 75, inc.30, señala que “...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

A su vez la Corte ha sostenido que las provincias pueden dictar normas de policía sobre urbanismo y planeamiento y agregamos entre ellas las de protección de su patrimonio cultural, que exige en el caso una particular precisión y adecuación a cada provincia conforme nuestro sistema federal, que una ley del Congreso de la Nación no podría en ningún caso abarcar.

En síntesis, se requiere ineludiblemente la ley local y solamente la Nación podrá definir los “presupuestos mínimos” de la protección del patrimonio natural y cultural como lo ordena el artículo 41 de la Constitución Nacional. Se puede señalar, que el contenido normal del derecho de propiedad en materia de protección del patrimonio cultural y natural, en la legislación argentina está circunscripto a una ley nacional de presupuestos mínimos de protección, al Código Civil en sus artículos 2611 y 2613 y ss., a las leyes provinciales y a las norma urbanística y de protección del patrimonio cultural y natural de las municipalidades.

El derecho urbanístico y el patrimonio arquitectónico.

El “Derecho urbanístico”, no se encuentra contemplado en nuestro país como una disciplina jurídica con autonomía científica y por ende académica, en la actualidad surge del desarrollo experimentado por nuestras ciudades y por la evolución que ha experimentado la construcción en las áreas consideradas patrimoniales.

Conforme la obra de Morand Deviller, “Droit d' l'urbanisme”, se puede caracterizar el marco jurídico del patrimonio natural y cultural de la siguiente forma:

- 1) Forma parte del derecho administrativo y supone el conjunto de varios intereses.
- 2) Es un derecho empírico, que se mueve entre la flexibilidad y la estabilidad sujeto a fluctuaciones coyunturales donde lo previsto por los planificadores se ve desbaratado por procesos o decisiones provenientes de sectores económicos o sociales donde se han previsto un arsenal de procedimientos para modificar los códigos vigentes.
- 3) Es un derecho complejo: integrado por regulaciones de distinto nivel superpuestas y yuxtapuestas carentes de unidad, en algunos casos opuestas.

4) Es un derecho que hace uso de las decisiones discrecionales, tomadas con sentido de oportunidad.

5) Es un derecho en que intervienen diversos actores, políticos, empresarios, profesionales interesados en la construcción, colegios profesionales, vecinos y asociaciones de defensa de intereses comunitarios o culturales, por ende se debe llegar a acuerdo previos antes de imponer normas.

6) Es un derecho que debe intervenir donde median intereses económicos y financieros, como también sociales e individuales, que debe tender a la paz social objetivo primordial de las relaciones jurídicas, que requiere un ordenamiento equilibrado y armonioso de las ciudades.

El catálogo protector de los bienes que integran el patrimonio arquitectónico.

El Plan Especial como presupuesto del Catálogo.

Gaspar Ariño Ortiz, catedrático español de Derecho administrativo, ha dicho que el plan es “un programa de acciones y medidas hacia el futuro que, anticipándose a cambios y variaciones pretende alcanzar de la forma más rápida, eficaz y racional unos determinados fines”.

Así considerado el plan y aplicado el concepto en el denominado “Derecho Urbanístico”, cabría preguntarse cuál es la función y la naturaleza jurídica del Catálogo de Bienes Inmuebles frente a ese instrumento jurídico.

Se puede afirmar, conforme la normativa municipal en vigencia en Argentina que el Catálogo de los bienes que conforman el patrimonio arquitectónico debe necesariamente responder a un Plan especial de protección contenido en Ordenanzas Municipales y, en su caso también a una ley provincial que complementa “los presupuestos mínimos de protección del patrimonio natural y cultural” (art.41 C.N.).

Ahora bien, habría que reflexionar en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de este tipo de instrumento legal, que han instaurado las provincias y los municipios, como así el Registro citado por Ley 12665, actualizada por ley 24252 y reglamentada Decreto PEN N° 84005/41, que crea la Comisión Nacional de Monumentos, de Museos y Lugares Históricos.

Al respecto debemos partir del concepto que se tratan de instrumentos diferentes, atento que los mismos responden también a distintas jurisdicciones y a organismos con desiguales competencias.

Los cierto es que, el Registro cuya formación depende de la Comisión Nacional de Monumentos, de Museos y Lugares Históricos y citado por Decreto PEN 84005/41, constituye un listado de bienes cuyas titularidades o bien se encuentran en cabeza del Estado Nacional, de las provincias que han adherido o no a la ley, de las municipalidades cuyas provincias se han adherido o no a la ley, de la Iglesia Católica, de diversas personas físicas privadas y jurídicas de carácter público o privado. Su objetivo inmediato es un ordenamiento para la puesta en valor de los bienes que han sido pasibles de una declaratoria pero, no tiene efectos frente a terceros atento que el Registro de la Propiedad Inmueble no ha receptado las categorías previstas en la ley 12665 así como en las Disposiciones CNMMYLH N° 5 y 6/1991 a los fines de su inscripción registral.

Como bien expresa, Navas Raúl (h) (“Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce” Editorial Oxford, Buenos Aires, 1999), “...la Comisión Nacional procede a levantar de oficio un censo general de los mismos, de acuerdo con la clasificación ya detallada y con el criterio interno establecido por Disposición 6-91, según las tipologías...” y agregamos según los criterios de valoración y los niveles de intervención.

Los efectos de la inclusión de estos bienes en el Registro a cargo de la Comisión Nacional, son:

- 1) Su propietario no podrá realizar ningún acto de disposición material o jurídica sin conocimiento de la Comisión Nacional. (sic. Navas, ob.cit).
- 2) El propietario de un monumento nacional así declarado deberá permitir su restauración a cargo de la Nación con intervención de la Dirección General de Arquitectura.
- 3) El propietario de un monumento nacional así declarado deberá permitir el acceso general –servidumbre de paso o de vista- fundado en el interés público expresado en valores artísticos y culturales.

En el caso en que la titularidad del dominio recayere sobre un propietario privado cuyo bien haya sido declarado por ley o decreto monumento histórico nacional, deberá convenir con la Comisión Nacional las formas para asegurar su conservación en razón del cumplimiento de los fines patrióticos de la ley. Este Convenio deberá observar la formalidad de Escritura pública suscripta por el Escribano Mayor de Gobierno. Ahora bien, si el particular no conviene con los objetivos de la Comisión Nacional, el Poder Ejecutivo a propuesta de la Comisión Nacional deberá declarar de utilidad pública el bien a los fines de su expropiación.

Ante el supuesto de tratarse de un desmembramiento del dominio o sea una servidumbre administrativa, la Comisión como bien, lo señala Navas, “*ad referendum*” del Poder Ejecutivo, mediante decreto, estipulará una indemnización, que también quedará reducido a escritura pública en la misma forma que el primer caso.

Por lo expuesto, los efectos de este Registro para el dominio privado, constituye una restricción sujeta a convenio, caso contrario la restricción se vuelve indemnizable por la vía de daños y perjuicios o expropiación directa o inversa.

La naturaleza jurídica de este Registro para los bienes del dominio de la Nación, de las Provincias que se hayan acogido o no a la ley, de los Municipios situados en provincias que se hayan acogido o no a la ley, del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, y de la Iglesia Católica es el de un verdadero Inventario de los Bienes declarados y calificados por la Comisión Nacional, que tiene efectos jurídicos frente a terceros en relación con las funciones de la Comisión Nacional.

Ahora bien, análogo criterio al anterior se aplica cuando se trata de Bienes declarados por ley o decretos provinciales en su categoría de Monumentos Históricos y comprendidos en los Inventarios que tienen a su cargo las dependencias administrativas creadas por los Gobiernos Provinciales.

Sólo resta, preguntarse la naturaleza jurídica del Catálogo creado por las municipalidades, al respecto cabe señalar que existen en la mayoría de los casos Inventarios o bien Listas de Bienes cuya clasificación responde a la titularidad del Estado Nacional, de la provincia y del Municipio. En este caso, ese Inventario tiene efectos jurídicos en relación con las funciones de los organismos de aplicación ya sea provincial o municipal.

En los casos en que el Inventario o la lista de Bienes haga referencia a la titularidad de las personas físicas o jurídicas privadas, se lo utiliza para llevar adelante un convenio para asegurar la preservación del patrimonio del área así declarada y no opera como una limitación al dominio atento sino que se pone “a prueba” la voluntad del propietario para que ceda en la finalidad de preservar el bien.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la ley 449, Sección 10, en su artículo 10.3.1 lo define como “instrumento de la regulación urbanística para los edificios con necesidad de protección patrimonial y de particularización del alcance de la normativa, respecto de la calificación urbanística asignada al mismo”.

Asimismo, vincula doblemente al Catálogo con cuatro criterios de valoración (urbanístico, arquitectónico, histórico-cultural y singular) y con la normativa del área, ambos aprobados por el Poder Ejecutivo, publicados en el Boletín Oficial y difundidos por el Centro de Gestión y Participación correspondiente.

Se establece un procedimiento administrativo al respecto impulsando la participación vecinal y de los particulares pudiendo hasta llegar a modificar el Catálogo con consulta previa a un Consejo Asesor de Asuntos Patrimoniales.

Si mediare oposición del propietario privado, éste puede solicitar su descatalogación que deberá ser aprobada por el Poder Legislativo.

El Catálogo tiene los siguientes efectos jurídicos:

- 1) Todo propietario de un bien catalogado deberá someter a la Dirección, cualquier modificación o reparación del bien, quien dictará el acto administrativo correspondiente.
- 2) Los propietarios de dichos bienes podrán gozar de una serie de incentivos económicos, a saber: donaciones, préstamos y subvenciones parciales, personales y especiales.
- 3) Desgravación total en los derechos de delineación y construcción.
- 4) Exención del revalúo por el periodo de 5 años, previa petición del organismo de aplicación e inserta en la Ordenanza Fiscal y Tarifaria, cuando se trate de bienes catalogados y puestos en valor por obras llevadas adelante por el propietario.
- 5) Asesoramiento técnico a los interesados para llevar a cabo una rehabilitación.
- 6) Creación del Fondo Estímulo para la Recuperación de Edificios Catalogados para ejecutar obras y mantenimiento de bienes del dominio público de la ciudad en un 15% y el 85% restante del FEREC se destinará a créditos cuya operatoria estará a cargo del Banco de la Ciudad de Buenos Aires.

Todo ello, regulado en la Ley 449, Sección 10 del Código de Planeamiento Urbano de la ciudad de Buenos Aires. -

Este Catálogo es una limitación al dominio no indemnizable, establecida por ley (artículo 2611 del Código Civil). El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha tenido en cuenta que un Catálogo de este tipo de bienes, para ser efectivamente aplicable debe prever financiamiento para ejecutar obras de preservación, aún en caso en que medie oposición de los propietarios.

Bibliografía Consultada

- Constitución de la Nación Argentina
Constitución Española
Constituciones de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires.
Ley 12.665 y decretos reglamentarios.
Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires.
Ley del Patrimonio Histórico Español.
Ley del Régimen del Suelo española y sus Reglamentos
Estatuto Autonómico Andaluz.
Ley de Bases del régimen local español.
Ley 449, Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires.
Planes especiales de protección del patrimonio andaluz.
ZARINI Helio Juan, *Análisis de la Constitución Nacional Argentina* Edit.Astrea
SABSAY Daniel y ONAINDIA José M. *La Constitución de los Argentinos* Edit.Errepear
GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y PAREJO ALFONSO Luciano, *Lecciones de Derecho Urbanístico* Edit.Civitas.
“Suelo y urbanismo, su polémica actual” en: *Revista Ciudad y Territorio*, Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente N°103 1995.
BENSUSAN MARTÍN María del Pilar, *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos* Edit.Comares
ALONSO IBAÑEZ María del Rosario, *Los espacios culturales en la Ordenación urbanística* Edit.Marcial Pons .
Boletín de Monumentos Históricos. México 1991 a 1997.
CASSAGNE Juan Carlos, *La intervención administrativa* Edit.Abeledo Perrot.
“Jurisprudencia Urbanística” Volúmenes 1991 a 1995 Edit.Montecorvo España.
“Jurisprudencia Argentina”



Estado de las rejas de acceso del Instituto Saturnino Unzué, previo a la restauración.

SEMINARIO INTERNACIONAL Forum UNESCO: Universidad y Patrimonio Buenos Aires 11 al 15 de octubre 2004)

Área Temática: Legislación Aplicada

Universidad Nacional de La Plata. Rectorado, Secretaría de Relaciones Institucionales. Cátedra libre "Patrimonio e Identidad Cultural". Titular: Liliana Zendri (coautor de ponencia). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Sede de Forum Unesco. "Sede Permanente para el Desarrollo del Forum UNESCO, destinado a la Conservación y Preservación del Patrimonio Cultural", creada en C.J.S., programa de Asociación ORION. UNLP. Coordinador: Liliana Zendri (coautor de la ponencia) Dirección de la Sede: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS) calle 48 n° 582 entre 6 y 7, Piso 1° Secretaría de Posgrado, Telefono (54)(221) 4236704 (1900), La Plata, Argentina. Universidad Nacional de Buenos Aires. I.A.A. Instituto de Arte Americano e Investigaciones Estéticas "Mario J. Buschiazzo". F.A.D.U.- U.B.A. Dirección: Ciudad Universitaria. Pabellón III. Teléfono:4789-6270 e-mail: a_boscolo@hotmail.com

Título: Protección Legal de los Monumentos Históricos Nacionales. Reforma de la Ley 12665, de los Monumentos Históricos Nacionales, en el Marco de la Constitución Nacional y del Sistema Federal.

Autores:

Liliana Zendri, abogado, especialista en Derecho Civil (UNLP); Master en Conservación del Patrimonio Cultural (Universidad Internacional de Andalucía –UNIA-), titular responsable de la Cátedra Libre: "Patrimonio e Identidad Cultural" de la Secretaría de Relaciones Institucionales de la UNLP; coordinadora de la Sede de Forum UNESCO en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP en el marco de los programas de la Asociación ORION (entidad civil internacional para el fortalecimiento y desarrollo cultural, social y económico entre regiones latinoamericanas mediante el incremento de oportunidades, propiciando el intercambio entre estas y con la U.E. teniendo como eje de su acción la educación superior); integrante de la Comisión de elaboración de la Maestría en Preservación del Patrimonio Cultural de la U.N.L.P.; profesor ordinario de la carrera de abogacía y coordinadora por la facultad de Derecho y docente de posgrado en la Carrera de Especialización en Conservación y Restauración del Patrimonio Urbano, Arquitectónico y Artístico de la UNLP; Miembro de ASAEC LP (Asociación de Estudios Argentino-Canadienses Filial La Plata) siendo titular del área: Patrimonio e Identidad.

-Ana María Bóscolo, abogado, especialista en Planeamiento Urbano; Profesora Adjunta del Instituto de Arte Americano e Investigaciones Estéticas "Mario J. Buschiazzo" (I.A.A.-FADU-UBA); integrante del Comité Argentino del ICOMOS;

Asesora honoraria de la Comisión Nacional de Museos, de Monumentos y Lugares Históricos; docente de Universidad Nacional de Mar del Plata en la Maestría de Gestión e Intervención del patrimonio arquitectónico urbano, Autora y coautora de publicaciones en revistas especializadas del derecho: *La Ley*, *Jurisprudencia Argentina*, referidas a esta materia, Profesora Invitada de la Universidad de Granada (España), San Juan (Argentina) y de instituciones públicas y privadas en materia cultural (Río Gallegos, Córdoba, Mendoza, Santa Fe, Rosario, etc.), Ásitora en materia de la norma urbanística aplicable al patrimonio arquitectónico urbano de municipios argentinos y otros asuntos generales de la especialización en Derecho Administrativo.-

Referencia Bibliográfica:

- BOSCOLO Ana María, *La cuestión de la aplicabilidad del contenido de la normativa de protección a la defensa del patrimonio y en la legislación argentina*, *La Ley* 1992-B, p. 1273 y ss.
- BOSCOLO, Ana M. y RONCORONI, Marta S. *Fortalecimiento de la Capacidad Gerencial en el Gobierno Central. Mecanismos de Control en el Sector Público* en JA-1994-A
- BUSCHIAZZO, Mario J., "La destrucción de nuestros Monumentos Históricos", en: *Anales del Instituto de Arte Americano e Investigaciones estéticas "Mario J. Buschiazzo"*. Vol. 31-32, Bs. As. 1996/1997.
- ZENDRI Lilitiana "El Patrimonio Cultural y la Identidad Cultural" en: *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento Especial de Derecho Administrativo, 30-5-2001, p. 33 y sigs., Buenos Aires, Argentina y J.A. 2001-II- 1323 y ss.

Estructura de la Ponencia:

La ponencia surge de la labor de las autoras, integrando equipo de expertos convocados a la Jornada DERECHO Y PATRIMONIO "Actualización de la protección legal de los Monumentos Históricos Nacionales", organizada por la Comisión Nacional de Museos, de Monumentos y Lugares Históricos, 2003, en su sede en la ciudad de Buenos Aires, que centró el análisis en dos áreas temáticas, la primera: referida a la oportunidad y conveniencia de reformar la Ley 12.665 del año 1940 a fin de fortalecer la capacidad de gestión de la Comisión Nacional y dotarla de mayor ejecutividad en el interior del país; la segunda, abordó la necesidad de cumplir con el mandato constitucional trabajando en la elaboración de una ley de presupuestos mínimos de Patrimonio Cultural y Natural.

El informe de las ponentes (con conformidad de los especialistas participantes del evento), señaló la necesidad de presentar -en reuniones científicas de la temática- el remozamiento del marco normativo conforme señala la ponencia.

Enfatizamos la oportunidad y conveniencia de una ley general de Patrimonio Cultural y Natural que además renueve las funciones de las instituciones públicas. En ese sentido, la reforma constitucional de 1994, brinda el marco a la preservación del patrimonio cultural entre los “nuevos derechos” incorporados en el art. 41, dejando establecido que corresponde a la Nación dictar normas con presupuestos mínimos de protección y a las Provincias lo necesario para complementarlas...”; demostrando la necesidad de reformular un marco jurídico concordante al precepto constitucional, para supuesta en valor y tutela efectiva.

Ponencia propiamente dicha:

“Actualización de la protección legal de los Monumentos Históricos Nacionales”

Esta ponencia centra su análisis en dos líneas temáticas referidas ambas a la legislación del patrimonio natural y cultural: Una de ellas atiende la oportunidad y conveniencia de reformar la Ley Nacional 12665, a efectos de remozarla ya que su sanción data del año 1940, dotando además a la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos de mayor ejecutividad, tema que será abordado en segundo término. La otra, está dirigida a señalar la necesidad, oportunidad y conveniencia de trabajar en la elaboración de una ley de presupuestos mínimos sobre el de patrimonio cultural, a partir de encontrarse incumplido el mandato impuesto por el constituyente de 1994, en la última parte del artículo 41 de la Constitución Nacional.

En este sentido, el estudio aborda los aspectos referidos a:

A) la necesidad de formular una ley de patrimonio cultural y natural acorde al imperativo constitucional del 94, que en su art.41, párrafo segundo, entre las obligaciones que el Estado impone a las autoridades la de preservar el patrimonio natural y cultural, pues el “derecho al patrimonio” en nuestro derecho positivo, tuvo cabida en la Constitución Nacional mediante una norma “nueva” que incorpora la tercera generación de derechos, llamados también “derechos colectivos” o “intereses difusos”.

La reforma constitucional incorporó en su texto estos derechos lo que significó dar soporte a las cuestiones del medio ambiente en general, protección de la naturaleza, explotación racional de los recursos – dentro de estos los recursos naturales y culturales-, y la preservación del patrimonio cultural.

Respecto de la naturaleza de los llamados “derechos de tercera generación”, éstos tienen como característica común que su violación acarrea perjuicios

indeterminados y colectivos resultando imposible a una persona probar un daño de tipo individual. Es decir, en el caso de estos derechos, sus titulares no son los individuos sino la sociedad toda, y la reforma argentina los ha reconocido en el capítulo “Nuevos derechos y garantías” y en el marco del Derecho Ambiental, incorporó la preservación del Patrimonio Cultural.

El art. 41 citado, es una norma sobre el medio ambiente, y refiere a este derecho diciendo “de todos los habitantes”, por tanto, lo personifica subjetivamente en cada uno, y sin perjuicio de ello en el artículo 43 del mismo texto, al prever la vía tutelar del amparo, hace referencia a “derechos de incidencia colectiva”, por tanto vemos que este derecho ha asumido a la par, una dimensión colectiva. Decir que el derecho al ambiente tiene naturaleza de derecho colectiva, equivale a decir que el sujeto pasivo “Estado” o “autoridad pública” asume frente a tales derechos, una obligación universal, pues esa obligación existe frente a toda la sociedad y los individuos que tienen y comparten ese mismo derecho al ambiente. En igual sentido ocurre con el Derecho al Patrimonio Cultural, y no podía ser de otra forma ya que la noción “ambiente” debe ser entendida en sentido amplio.

El “ambiente” así visto, también se integra con los elementos que calificamos de culturales por lo que se agregó en esa norma el patrimonio cultural.

En cuanto a los bienes que integran la noción “Patrimonio cultural”, ya no es sólo el monumento en particular el objeto de tutela jurídica sino también el entorno inmediato, aquel que circunda y enmarca la “el bien cultural”, ya que tanto uno como otro forma parte de la memoria histórica. (Carta de Venecia, 1964)

El art. 41 de la Constitución Nacional, en su texto dice: “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 tiene el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales...”

Así la idea central, permite delimitar como competencia del Congreso Nacional, el dictado de una ley de presupuestos mínimos y como competencia de las legislaturas provinciales lo atinente a su complementación y/o adecuación.

Esta afirmación necesariamente lleva a analizar que toda norma debería por lo menos contener:

1. La posibilidad de incorporar herramientas de gestión del patrimonio cultural y natural acorde al sistema federal argentino,
2. Delimitar las funciones del gobierno federal y de las provincias, entre los que cabría incluir acuerdos inter-jurisdiccionales con aprobación de ambas legislaturas, habida cuenta de la distribución de competencias, en miras a la creación de un sistema federal de protección con formas de conciliación y participación que unifique el mismo.
3. La determinación de lineamientos sugeridos a las provincias para la elaboración de un Catálogo de Bienes Culturales como instrumento preventivo de protección y la incorporación de aquellos lineamientos que cada provincia haya contemplado.
4. Establecimiento de un procedimiento de declaratoria de poblados históricos o áreas urbanas históricas a localidades, o a centros o zonas de ciudades con tutela del organismo competente ordenando en forma concurrente su protección y salvaguarda a la administración local, mediante normativas regulatorias y tributarias.
5. Prever la necesidad de gestionar y coordinar, por parte de las provincias y las municipalidades, con el FONAVI líneas de crédito aplicables a la conservación de inmuebles históricos de propiedad privada situados en las áreas urbanas declaradas.
6. Contemplar la coordinación con el Consejo Federal de Inversiones - CFI – programas de financiamiento para el desarrollo de las políticas públicas de protección del patrimonio cultural y ambiental en tales áreas.
7. Señalar un sistema de penalidades para garantizar el efectivo goce de los derechos involucrados en el caso de depredación del patrimonio natural y cultural.-

B) Del análisis anterior, cabe destacar que surge la necesidad de abocarse especialmente al estudio y a compatibilizar la normativa del ordenamiento jurídico todo (ya que es nada menos que la norma fundamental de los argentinos, la que ha sido modificada incorporando nuevos derechos e imponiendo la obligación de legislar en la materia) y en especial, de la ley Nacional 12665 que crea y regula las funciones de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos dependiente de la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación.

La Ley 12 665 fue sancionada el 30 de septiembre de 1940, promulgada el 8 de octubre del mismo año, actualizada por ley 24 252 y reglamentada por los Decretos 84 005/41, 144 643/43, 30 829/45, 9830/51, 1604/68, 547/83 y 1392/91. La competencia de la Comisión señalada por esas normas es de carácter estricto y se circunscribe a la superintendencia en la figura de Monumentos, Museos y Lugares Históricos, cuyas definiciones han sido previstas en las Disposiciones CNMMyLH N° 5 y 6 del año 1991. (ver: MARIENHOFF Miguel, *Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científicos*, La Ley, 1979-B,972).

Este tipo especial de patrimonio cultural, debería estar asegurado a la comunidad en su uso y goce por la Comisión Nacional quien ejerce la superintendencia inmediata sobre los museos, monumentos y lugares históricos nacionales y, en concurrencia con las respectivas autoridades de las instituciones que se acojan a la presente ley, cuando se trate de museos, monumentos y lugares históricos provinciales o municipales (Ver: NAVAS Raúl (h), en: *Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce*, Edit. Oxford University Press Argentina, 1999, p.110 y ss).

El acto de declaratoria de Monumento Histórico Nacional, mediante ley o decreto del Poder Ejecutivo Nacional, deberá asegurar:

1. El carácter vinculante con el dominio público o privado nacional.
2. El carácter vinculante con el dominio público o privado provincial cuya jurisdicción no se haya acogido a la ley 12 665.
3. El carácter vinculante con el dominio público o privado provincial cuya jurisdicción se haya acogido a la ley 12 665.
4. El carácter vinculante con el dominio público o privado municipal de aquellos bienes situados en las provincias que no se hayan acogido a la ley 12 665.
5. El carácter vinculante con el dominio público o privado municipal de aquellos bienes situados en las provincias que se han acogido a la ley 12 665.
6. El carácter vinculante del acto de declaratoria con el dominio público o privado de aquellos bienes situados en el municipio de la ciudad de Buenos Aires.
7. El carácter vinculante del acto de declaratoria con los bienes de dominio de la Iglesia Católica.
8. El carácter vinculante del acto de declaratoria con los bienes de dominio privado.

En los apartados dos, cuatro y seis la Comisión Nacional, por sí como organismo autárquico, debería ampliar su competencia para formular y suscribir convenios inter-jurisdiccionales por delegación del Poder Ejecutivo Nacional con

aprobación de las legislaturas provinciales, evitando dilaciones administrativas en el seno de la Secretaría de Cultura.

En los apartados restantes, 7 y 8, operada una declaración de Monumentos Histórico Nacional del bien por decreto del Poder Ejecutivo Nacional o ley nacional, la Comisión debe convenir con el titular de dominio el modo de asegurar su conservación y demás finalidades de la ley 12 665.

Este tipo de convenio, debería en primer lugar formar parte del texto de la norma de declaratoria y así evitar conflictos de intereses posteriores a su fecha de entrada en vigencia. En aquellos supuestos que la anterior alternativa no fuese posible, deberá la Comisión Nacional citar fehacientemente y convenir directamente con el titular de dominio los modos de asegurar los objetivos de la ley 12 665, con fecha inmediata posterior a la vigencia de la declaratoria.

Cuando se trate de bienes particulares será el Convenio reducido a escritura pública por ante el Escribano Mayor de Gobierno.

Por ende, los bienes de la Iglesia Católica, de las provincias y de las municipalidades quedan eximidos de tal formalidad.

9. La Comisión Nacional debe llevar un Registro Nacional de Bienes Históricos e Histórico- Artísticos situados en la República, que instrumenta la protección legal del patrimonio cultural argentino y que, debería ser completado con la inclusión de una serie de niveles de valoración y protección de esos monumentos históricos nacionales.

En síntesis, en este segundo aspecto se arriba a las siguientes conclusiones:

a) Generar consenso interno en la Comisión Nacional otorgando mayores facultades a su Comité Ejecutivo dotándolo para ello de la atribución de un voto calificado en el Plenario.

b) Obtener Financiación de Objetivos: Necesidad de amalgamar la Comisión Nacional con las competencias de la Dirección Nacional de Patrimonio y Museos. Incorporación al organigrama de la Secretaría de Cultura de la Nación (área citada ut supra) manteniendo el rango de "consulta obligatoria" y de "dictamen vinculante" en materia de Monumentos, Lugares Históricos y de Interés Científico; contando al efecto con autarquía presupuestaria (para asegurar independencia del órgano central).

El criterio seguido por los expertos reunidos en oportunidad del análisis de esta norma, fue el de aplicar analógicamente el modelo de misiones y funciones que tiene el ICOMOS como organización de consulta obligatoria a la hora de dictaminar sobre la incorporación de un bien determinado en la lista del patrimonio mundial.

c) Cargos rentados: A partir de la factibilidad de incorporar orgánicamente la Comisión Nacional a la Secretaría de Cultura de la Nación, se contaría con el financiamiento adecuado para cumplir los fines patrióticos de aquélla.-

d) Necesidad de actualizar en el texto legal del año 1940, los aspectos señalados con el Registro Nacional de Bienes Históricos e Históricos- Artísticos, con el carácter vinculante de las declaratorias, con la competencia ampliada y con las sanciones: las multas y su aplicación, previendo expresamente la remisión –en los casos que correspondiere- a las normas de los Códigos de fondo.

e) Necesidad de incorporar a la Comisión Nacional de un miembro con carácter permanente y perfil técnico de la Dirección Nacional de Arquitectura.

f) Necesidad de constituir un Consejo Asesor permanente en la materia de Monumentos y Lugares Históricos, con perfil académico (ICOMOS, CICOP, Academias Nacionales, Universidades, etc.)

Corolario.

Como Corolario de la presente ponencia, no cabe sino reiterar la síntesis mencionada y los conceptos vertidos en todo lo atinente al análisis de la ley 12.665 y respecto al dictado de una ley que contenga los presupuestos mínimos de protección del patrimonio cultural en Argentina, reiterar que el mandato constitucional está aún hoy incumplido por el Poder Legislativo en relación a la última parte del art. 41 de nuestra Constitución Nacional.