



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Frondizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de octubre de 2012.

AUTOS Y VISTOS

A fs. 1/16 se presentan Marcelo Hernando Frondizi, en su carácter de Secretario General de la Junta Interna de Delegados de Talleres Protegidos de Rehabilitación de Salud Mental y Eduardo López, en su carácter de Secretario General de la Unión de Trabajadores de la Educación con el patrocinio letrado del Defensor General de la Ciudad Mario Jaime Kestelboim, del Defensor General Adjunto (i) de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires y titular de la Unidad Especial Temática "Patrimonio Histórico de la CABA" (conf. res. DF 299/2012) Roberto Andrés Gallardo y la Defensora de Cámara Subrogante Mariana Pucciarello, e interponen acción amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que "1. *Suspenda con carácter cautelar la ejecución del proyecto denominado Edificios del nuevo distrito gubernamental, plasmado en los decretos que se citan en el texto.* 2. *Deje sin efecto cualquier clase de trabajo u obra constructiva sobre el terreno en el que se halla emplazado el Hospital de Salud Mental 'J.T.Borda, relacionada con ese proyecto, así como sobre los bienes inmuebles y muebles que lo conforman.* 3- *Preserve al mencionado predio de cualquier modificación atento su carácter de 'Inmueble Catalogado', según lo previsto por el código de planeamiento urbano, en el catálogo que continúa al artículo 20 de la sección 10.* 4- *Someta el proyecto anteriormente mencionado a los organismos competentes relativos a la protección del Patrimonio Histórico...* 5- *Otorgue al predio en cuestión la protección prevista en el CPU no sólo la protección edilicia allí prevista sino también la ambiental (artículo 10.1.3.2.2.) no sólo en razón del valor paisajístico, simbólico y social del mismo sino por encontrarse bajo el mismo un importante yacimiento arqueológico urbano, constituido por túneles, sótanos y pasadizos (artículo 10.1.5) que no han sido aún debidamente relevados.* 6- *Someta el proyecto de marras a la consideración del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que el mismo afecta el funcionamiento de la escuela especial CENTES N° 1 que funciona en el predio aquí aludido.* 7- *Declare la nulidad del llamado a licitación, efectuado a través del decreto 121/12".*

Relatan que representan a los trabajadores que se desempeñan en el Taller Protegido de Rehabilitación de Salud Mental que funciona en el Hospital Borda y en la escuela Especial CENTES n° 1 que atiende a niños y jóvenes de 5 a 16 años externos o internos del Hospital Tobar García.

Indican que se vieron afectados por el "...inicio de hecho del intento de ejecutar la Obra denominada 'CONSTRUCCIÓN DE LOS EDIFICIOS DEL NUEVO DISTRITO GUBERNAMENTAL' a través de la erección de un cerco perimetral para separar el hospital de la construcción a erigir" (énfasis en original).

Señalan que mediante el decreto 349/99 se declaró monumento histórico nacional al pabellón de investigaciones en Psicofísica y Neurobiología y parque aledaño, circunscripción 3, sección 16, manzana 23, fracción B, manzana ésta donde parcialmente se llevará a cabo la construcción aludida, más allá de la modificación como fracción C.

Refieren que el decreto n° 121/12 aprobó los pliegos para el llamado a licitación pública n° 237/2012 para la construcción del distrito gubernamental y que mediante decreto n° 400/12 se adjudicó la contratación por la suma de \$ 369.483.322, 24 a la firma Teximco SA – Ema SA – Dal Construcciones SA (UTE).

Manifiestan que en el mes de agosto del corriente año se constituyeron en el inmueble objeto de marras funcionarios del Ministerio de Desarrollo Urbano con fuerzas policiales a fin de permitir el acceso al predio a la constructora con el fin de levantar un cerco para separar el predio a construirse del Hospital Borda.

Informan que la zona del Hospital Borda se encuentra sobre diversos túneles subterráneos que lo comunican con el Hospital Braulio Moyano.

Denuncian que la manzana comprendida por las calles Brandsen, Perdriel, Amancio Alcorta y Dr. Ramón Carrillo en cuya circunscripción se encuentra el Hospital José Tiburcio Borda se halla catalogada en el Código de Planeamiento Urbano con protección cautelar dentro del distrito en que se encuentra y que en virtud de su declaración como monumento nacional es de aplicación la ley 12.665 que establece normas especiales para reparaciones o restauraciones en dichos inmuebles.

Interpretan que por lo tanto debió darse intervención a la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, como así también al Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano como órgano de tutela y defensa del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico conforme lo dispuesto en la ley n° 25.743.

Consideran, que el órgano de aplicación ha actuado sin competencia y solicitan la nulidad del decreto 121/12 por tener vicios en la causa, objeto y finalidad. Falta de estudio de impacto ambiental previo, de intervención del Consejo del Plan Urbano Ambiental y de dictamen previo de la procuración general en contravención con lo reglado en la ley 1218, toda vez que dadas las circunstancias del caso era necesario un dictamen previo obligatorio del órgano asesor.

Solicitan se dicte una medida cautelar de no innovar a fin de que *“... se impida al Poder Ejecutivo, Ministerio de Desarrollo Urbano o a las empresas adjudicatarias de la obra, dar inicio a ninguna construcción, ni emplazamiento preparatorio de la obra, ni afectar el funcionamiento y uso actual de los distintos inmuebles”* y *“... la suspensión del decreto n° 121/12 por el cual se aprobó la licitación pública referida a la construcción de los edificios del nuevo distrito gubernamental”*.

Y CONSIDERANDO

I

Urgencia habilitante de horario inhábil



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fronzizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo

Previo a todo trámite, corresponde merituar si lo requerido por los presentantes *ut supra* indicados conlleva una urgencia tal que implique la necesidad del tratamiento de la cuestión traída a conocimiento del tribunal en horario judicial inhábil, conforme lo estable la resolución CM n° 845/2010.

La recepción de causas en horario judicial inhábil, dentro del turno establecido por la resolución citada, es una medida excepcional que debe ser aplicada con carácter restrictivo para dar trámite a diligencias urgentes que no admitan demora.

En este sentido, la segunda parte del artículo 1 del anexo I de la resolución CM n° 845/2010 dispone *“se consideran causas urgentes los procesos de amparo y las solicitudes de medidas cautelares cuyo diferimiento temporal pueda poner en riesgo –tanto de las personas como de entes colectivos- o se halle imbricada una posible frustración, daño o amenaza que pudiera configurar una afectación de gravedad institucional”*.

En relación al alcance de la intervención del Juez de turno el artículo 10 del citado anexo establece *“El Juez de turno sólo podrá adoptar las medidas provisionales que resultaren indispensables para resguardar los derechos en juego”*.

Las razones de urgencia que autorizan la habilitación de horas inhábiles son aquéllas que entrañan un riesgo previsible e inminente de frustrar determinados derechos en el caso de no prestarse el servicio jurisdiccional a quien lo requiere fuera del horario judicial, cuando, por la naturaleza de la situación que se plantea, la prestación de ese servicio no puede aguardar a la reanudación de la actividad ordinaria.¹

En este orden de ideas, es claro que las razones de urgencia para que se conceda la habilitación del horario judicial son solamente aquéllas que entrañen para los litigantes un riesgo cierto e inminente de ver frustrados los derechos para cuya tutela se requiere la protección judicial.²

Por ello, a los fines de que se conceda la habilitación del horario judicial y la consecuente intervención del Juez de turno es menester un fundamento claro y concreto en cuanto al perjuicio que le irroga la ineludible postergación del pedido judicial.

En este sentido se destacan dentro de los graves hechos denunciados en la presentación actora, la mención de *“... movimientos de vehículos pesados, maquinarias y elementos cuya destinación se presume orientada a excavaciones, remoción de tierra y especies arbóreas y que de concretarse la operación de dichas unidades podría afectarse en forma irreversible el patrimonio cuya tutela venimos a solicitar (...) Las formas intempestivas con que hasta el presente ha actuado el GCBA en el caso de autos, las vías*

¹ Cámara de Apelaciones en lo CayT, Sala de feria, “Alvarez, Sergio Martín c/ GCBA s/ queja por apelación denegada”, expte n° EXP 13886/1, resolución del 11/01/2005.

² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II de feria, “Mercado Directo SRL c/ SAGPA Res. 368 y 31/97 s/ amparo”, resolución del 24/07/1997.

de hecho consumadas y la peligrosidad asumida, hacen temer la inmediatez del daño y solventan la petición que incoamos"(v. fs. 128).

La existencia de yacimientos arqueológicos en un sector catalogado por el propio Código de Planeamiento Urbano -en adelante CPU-, los que podrían ser destruidos y ocasionarse perjuicios irreparables ante el comienzo inminente de las obras a encarar por la empresa UTE constructora a quienes se adjudicara la LP 237/2012 ya aprobada por decreto 400/2012, son elementos que allegan convicción a esta magistrada para la ponderación de la urgencia de la medida a estudio.

Nada más estéril y doloroso que una justicia que arriba irremisiblemente tarde a la consumación de un daño.

Lo antedicho en sendos párrafos precedentes es configuración suficiente para tener por acreditada la urgencia invocada y la necesidad de una inmediata intervención judicial a fin de evitar un perjuicio irreparable en los bienes que se intenta proteger referidos nada menos que al patrimonio histórico, cultural y social de esta ciudad, su hábitat y su ambiente. Ello, dentro de lo que específicamente ha dado en denominarse *patrimonio cultural hospitalario*.

Por lo tanto corresponderá hacer lugar a la solicitud de habilitación de días y horas inhábiles, lo que así se resuelve.

II

Requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

Sabido es que para establecer la procedencia de las medidas cautelares, es preciso tener en cuenta que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora constituyen los requisitos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar.

*"La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido"*³.

La adopción de la vía cautelar se adelanta así en el tiempo, dentro de este reducido marco cognitivo, al análisis que comparativamente se llevará a cabo en la sentencia que resuelva sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

En el análisis de estas medidas precautorias es menester partir de la base de que ésta debe significar un anticipo asegurador de la garantía jurisdiccional. De allí que, dadas las características del procedimiento adoptado *ad cautelam*, no puede pretenderse más que un somero conocimiento de la materia controvertida, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

La comprobación del *fumus bonis iuris* debe presentarse en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal puede declararse la certeza de ese derecho. No se trata de exigir, a los fines de esa

³ CSJN del 24/07/1991, fallo n° 90078.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fronzizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo

comprobación, una prueba plena y concluyente, en tanto ello será materia de la discusión principal del proceso. Empero es necesario como mínimo, un mero acreditamiento.

Estas medidas son procedentes en principio contra actos administrativos, cuya presunción de legalidad cede cuando *prima facie* se alegara su sinrazón sobre bases verosímiles⁴.

Tal verosimilitud debe apoyarse en una credibilidad que descarte la pretensión infundada o al menos cuestionable⁵. Debe permitir la formulación de lo que Calamandrei llama juicio hipotético⁶, el que se identifica con la naturaleza instrumental que necesariamente conlleva toda providencia cautelar. Dicha doctrina ha sido recogida por la CSJN y por la doctrina⁷.

El *fumus bonis iuris*, constituye una posibilidad de existencia del derecho sustancial invocado por la parte, pero resaltando que debe reunir cierta apariencia de buen derecho.

A través del requisito del *periculum in mora*, por otra parte, con la medida cautelar se busca impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado en tal sentido, que es necesario "*una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia*"⁸.

En torno a la **no frustración del interés público**, éste constituye la medida y el límite con que estas providencias han de ser decididas. Es decir, debe meritarse, en cada caso, si su dictado resulta menos dañoso para la comunidad que su rechazo de consuno con la aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 189 CCAYT.

Finalmente el último de los requisitos previstos para el dictado de estas medidas es la **contracautela** la cual, cabe señalar tiene por objeto asegurar los posibles daños que pudieran ocasionarse.

Asimismo, debe tenerse presente que los presupuestos mencionados se relacionan de tal modo que cuando existe el riesgo de un daño extremo la exigencia respecto del *fumus* se puede atemperar. Todos estos recaudos se hallan contenidos

⁴ CSJN, Fallos 307:1703; 251:336; 250:154.

⁵ Cam.Apel. Cont.Adm.Fed., Sala I, *in re* "Cia. de Radio Comunicaciones Móviles SA -Movicom- c/ EN - Sec. De Comunicaciones Res 3121/97- s/ medida cautelar autónoma" del 28/11/1997.

⁶ Calamandrei, "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", trad. Española, Buenos Aires, 1945, pág. 77/78.

⁷ CSJN, Fallos 306:2060.

⁸ Villefin Carlos A. "Medidas Cautelares contra la Administración Pública, en Medidas Cautelares de Eduardo N. de Lázari", La Plata, 2000, pág. 339.

⁹ CSJN *in re* "Milano Daniel c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", del 11/07/1996.

normativamente en los artículos 177 y 189, incisos 1º y 2 del CCAyT y en el artículo 15 de la ley 2145, ambos sopesados en relación a los perjuicios que pudiere aparejar su concesión frente al interés público en juego.

Es con tal mirada entonces, que se indagará si se hallan reunidos los extremos requeridos, tanto por la doctrina procesal como por la normativa vigente, para la procedencia de la petición *ad cautelam*.

III

Documental acompañada.

1. A fs. 69/76 se encuentra agregada el acta de fecha 14 de mayo de 2012 de restitución y transferencia del inmueble sito en la calle Dr. Carrillo Ramón, identificado como Circunscripción 3, sección 16, manzana 23, fracción B del Ministerio de Salud al Ministerio de Desarrollo, para la realización en ese predio del Centro Cívico.

2. A fs. 106/108 obra agregado plano de delimitación y mensuras del predio del cual surge la declaración de monumento histórico del pabellón de Investigaciones en Psicofísica y Neurobiología y parque aledaño.

3. A fs. 119/126 se encuentra agregada copia del pliego de condiciones particulares del llamado a licitación para la construcción de los nuevos edificios del distrito gubernamental.

4. Nota CNMMIH n 2035 de fecha 04/10/2012 por la cual el Presidente de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos Históricos al haber tomado conocimiento de las obras a realizarse en las instalaciones del Hospital Borda instruye al Jefe de Gobierno para que se abstenga de realizar tareas hasta tanto se expida la Comisión (v. f. 91).

IV

Sustento Normativo

Deviene necesario efectuar un detalle de la normativa aplicable en *el sub examine* en virtud de las particulares características de los temas debatidos.

El artículo 41 de la Constitución Nacional prescribe que *"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales..."*

En igual sentido, el artículo 75, inc. 19 prevé *"Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fronzízi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo
economía nacional, ... a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

La ley nacional n° 21.836 de Aprobación de la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural establece en su artículo 1 que “A los efectos de la presente Convención se considerará **“patrimonio cultural”**: los Documentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los Conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los Lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

A su vez, la ley nacional n° 25.743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico dispone en su artículo 2 que “Forman parte del **Patrimonio Arqueológico** las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes”.

Por su parte, el artículo 10 indica que “Los materiales arqueológicos y paleontológicos procedentes de excavaciones realizadas mediante concesiones o resultantes de decomisos pasarán a poder del Estado nacional, provincial o municipal, según correspondiere, quedando los organismos de aplicación facultados a darle el destino que consideren más adecuado y a fijar los espacios que reúnan los requisitos de organización y seguridad indispensables para su preservación”.

El artículo 11 establece que “Los dueños de los predios en que se encuentren yacimientos arqueológicos o paleontológicos, así como toda persona que los ubicare, deberá denunciarlos ante el organismo competente a los efectos de su inscripción en el registro correspondiente”.

Su artículo 13 regla que “Toda persona física o jurídica que practicase excavaciones con el objeto de efectuar trabajos de construcción, agrícolas, industriales u otros de índole semejante, está obligado a denunciar al organismo competente el descubrimiento del yacimiento y de cualquier objeto arqueológico o resto paleontológico que se encontrare en las excavaciones, siendo responsable de su conservación hasta que el

organismo competente tome intervención y se haga cargo de los mismos”.

Asimismo, se dispone en el **artículo 15** que *“Los vestigios arqueológicos y restos paleontológicos inmuebles registrados que se encuentren dentro de predios de propiedad particular quedan sujetos a la vigilancia permanente del organismo competente quien podrá inspeccionarlos siempre que lo juzgue conveniente, no pudiendo los propietarios o responsables crear obstáculos a la simple inspección”.*

La **ley 25.675** (ley general de ambiente) dispone que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de **evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución** (artículos 8 y 11). De esta forma, dichos estudios deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos (artículo 13).

En el **ámbito local**, la **ley 123** de Impacto Ambiental dispone en su **artículo 1** que la Ciudad conforme lo reglado en el artículo 30 de la Constitución, determina el procedimiento técnico administrativo de impacto ambiental (EIA) con el fin de *“...Establecer el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. Preservar el patrimonio natural, cultural, urbanístico, arquitectónico y de calidad visual y sonora. Proteger la fauna y flora urbanas no perjudiciales. Racionalizar el uso de materiales y energía en el desarrollo del hábitat. Lograr un desarrollo sostenible y equitativo de la Ciudad. Mejorar y preservar la calidad del aire, suelo y agua. Regular toda otra actividad que se considere necesaria para el logro de los objetivos ambientales consagrados por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”*

Esta ley define en su **artículo 3** al impacto ambiental como *cualquier cambio neto, positivo o negativo, que se provoca sobre el ambiente como consecuencia, directa o indirecta, de acciones antrópicas que puedan producir alteraciones susceptibles de afectar la salud y la calidad de vida, la capacidad productiva de los recursos naturales y los procesos ecológicos esenciales”.*

Respecto al ámbito de aplicación, se encuentran incluidos todos los proyectos, programas o emprendimientos susceptibles de producir un impacto ambiental relevante (artículo 4).

El **artículo 5** dispone la obligatoriedad de realización de un estudio ambiental previo como requisito para la realización de las actividades, proyectos, programas o emprendimientos de construcción, modificación y/o ampliación, demolición, instalación, o realización de actividades comerciales o industriales, susceptibles de producir impacto ambiental de relevante efecto.

El **capítulo VII** de la ley en análisis establece el procedimiento técnico administrativo de evaluación de impacto ambiental. Así en su **artículo 9** enumera las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fronzizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo

distintas etapas del procedimiento que incluye en otros, presentación de un estudio de impacto ambiental, dictamen técnico, la celebración audiencia pública, declaración de impacto ambiental, para finalizar si correspondiere con la obtención del certificado de aptitud ambiental.

En el artículo 13 se enumeran algunas de las actividades, proyectos, programas o emprendimientos que se presumen de impacto ambiental con relevante efecto entre los que se encuentra *"Las obras proyectadas sobre parcelas de más de 2.500 metros cuadrados que requieran el dictado de normas urbanísticas particulares. Las obras relevantes de infraestructura que desarrollen entes públicos o privados que presten servicios públicos. Las actividades o usos a desarrollar en áreas ambientalmente críticas, según lo establezca la reglamentación. Las obras que demanden la deforestación relevante de terrenos públicos o privados y la disminución del terreno absorbente, según surja de la reglamentación de la presente"*.

La ley n° 1.227 de Patrimonio Cultural establece en su artículo 2 que *"El PCCABA es el conjunto de bienes muebles e inmuebles, ubicados en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, que en sus aspectos tangibles e intangibles, materiales y simbólicos, y que por su significación intrínseca y/o convencionalmente atribuida, definen la identidad y la memoria colectiva de sus habitantes"*.

En este orden de ideas, el artículo 3 dispone que *"Los bienes que integran el PCCABA, son de carácter histórico, antropológico, etnográfico, arqueológico, artístico, arquitectónico, urbanístico, paisajístico, científico, así como el denominado patrimonio cultural viviente, sin perjuicio de otros criterios que se adopten en el futuro"*.

En cuanto a las categorías de aquéllos, el artículo 4 regla en su parte pertinente que *"El PCCABA está constituido por las categorías de bienes que a título enumerativo se detallan a continuación: a) Sitios o Lugares Históricos, vinculados con acontecimientos del pasado, de destacado valor histórico, antropológico, arquitectónico, urbanístico o social. f) Zonas Arqueológicas constituidas por sitios o enclaves claramente definidos, en los que se compruebe la existencia real o potencial de restos y testimonios de interés relevante. g) Bienes Arqueológicos de Interés Relevante extraídos o no, tanto de la superficie terrestre o del subsuelo, como de medios subacuáticos"*.

A su vez, el artículo 13 indica que *"Los bienes que se declaren o que se consideren declarados en virtud de lo dispuesto en el Art. 9º, Inc. a) de la presente Ley, no podrán ser enajenados, transferidos, modificados o destruidos en todo o en parte sin la previa intervención de la Secretaría de Cultura, salvo que dichas facultades, en los casos que correspondan deban ser ejercidos por la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos o por la Secretaría de Medio Ambiente y Planeamiento Urbano del*

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

También es de cabal importancia el análisis de la **ley local 2.930** de Plan Urbano Ambiental que prevé el marco al que deberá ajustarse la normativa urbanística y las obras públicas (artículo 1).

En su **artículo 5** dispone que “*Los lineamientos estratégicos y las acciones del plan urbano ambiental constituyen los instrumentos técnico políticos del GCBA para la identificación e implementación de las principales estrategias de ordenamiento y mejoramiento territorial y ambiental de la Ciudad de Buenos Aires*” y en la parte pertinente del **artículo 11**, referido al patrimonio urbano, se indica que “*El Plan Urbano Ambiental prestará una particular atención a la variable patrimonial con el objeto de desarrollarla, incorporarla al proceso urbanístico e integrarla a las políticas de planeamiento, procurando armonizar las tendencias de transformación y el resguardo de aquellas áreas, paisajes, monumentos, edificios y otros elementos urbanos de relevante valor histórico, estético, simbólico y/o testimonial. A los fines del cumplimiento del propósito enunciado, se establecen los siguientes lineamientos: [...] 5. Elaborar una legislación específica de protección de bienes arqueológicos y paleontológicos que cumplimente los objetivos de la Ley Nacional n° 25.743*”.

Finalmente cabe destacar que la **ley 3538** catalogó al **Hospital Borda** como de **protección ambiental y ámbito consolidado** por lo cual su **artículo 3** establece que “*...- Deberá respetarse la morfología y diseño paisajístico del conjunto formado por los edificios catalogados y la forestación existente en el predio. - Se conservarán las especies arbóreas existentes con el fin de mantener las cualidades ambientales del área. Se deberán reponer las especies en caso de pérdida de algún ejemplar. Toda reposición y renovación de las especies vegetales existentes se hará atendiendo no sólo a criterios paisajísticos sino también a valores históricos.- Se deberá mantener la topografía natural de la parcela.- En caso de realizarse nuevas construcciones, estas deberán respetar la tipología de pabellón exento y el retiro existente entre los inmuebles catalogados; la altura de estas construcciones no podrá superar la de los pabellones catalogados.- Se deberán conservar y poner en valor el sistema de túneles que el hospital posee y galerías que vinculan los pabellones.- En los sectores sobre L.O. los muros perimetrales, siempre que resulte posible, se deberán tratar de forma que resulten permeables visualmente.- Se dará intervención al departamento de Arqueología Urbana a fin de inventariar, registrar y preservar el patrimonio arqueológico y/o paleontológico del predio.*” (subrayado añadido).

V

Planteo “*ad cautelam*”

En este estadio corresponde analizar la solicitud de medida cautelar requerida a la luz de los dichos de los amparistas, la documental acompañada y la normativa vigente.

1. En primer lugar deberá analizarse si se encuentra configurada la **verosimilitud en el derecho invocado**. Los actores, Frondizi y López se presentan en



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fronzizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo

representación de la Junta Interna de Delegados de Talleres Protegidos de Salud Mental y en su carácter de Secretario General de La Unión de Trabajadores de la Educación respectivamente, conforme documentación acompañada a fs. 56/57 y 19/55 que acredita la personaría invocada.

Del acta obrante a foja 81 surge que en agosto del corriente año trabajadores del hospital se agruparon dentro de los talleres protegidos a fin de evitar el inicio de la obra.

La nota enviada por el Presidente de la Comisión Nacional de Museos y Monumentos Históricos (f.91) da cuenta que a raíz de la existencia del proyecto urbanístico en las instalaciones del Hospital Borda es menester en resguardo del mismo, dado su declaración como Monumento Histórico Nacional por decreto n° 349/99, abstenerse *de iniciar tareas inconsultas* hasta tanto dicho organismo no se pronuncie.

El decreto 400/2012 que aprueba la licitación pública y adjudica la construcción de los edificios del Nuevo Centro Cívico, publicada el 14/08/2012 confirma la inminencia de la realización de las obras en los terrenos del Hospital Borda y el consecuente traslado del taller protegido y de la escuela que allí funcionan .

En el acta de constatación de fecha 24/08/2012 labrada por el señor Defensor General Adjunto queda asentado que no evidenció recursos humanos ni materiales que estuvieran afectados a la realización de la eventual mudanza de los talleres y la escuela de educación especial (v. fs. 86/88).

Es decir, se encuentra acreditada la inminencia de inicio de las obras dentro de una fracción cuyo Pabellón de Investigaciones en Psicofísica y Neurobiología y parque aledaño ha sido declarado Monumento Histórico Nacional a través del decreto PEN 349/99 por lo cual es de aplicación la ley nacional 12.665, y reviste catalogación de protección ambiental a través del CPU que en virtud de la ley local 3538 en su art. 10.3 brinda protección cautelar al Hospital José Tiburcio Borda emplazado en la fracción B de la manzana 23, sección 16, circunscripción 3, comprendida por las calles Brandsen, Perdriel, Amancio Alcorta y Dr. Ramón Carrillo.

De la adenda al acta de restitución y transferencia celebrada con fecha 26 de abril de 2012 entre la Dirección General Administración de Bienes, el Ministerio de Desarrollo Urbano y el Ministerio de Salud cuya copia obra a foja 73 se advierte que se modificaron los datos catastrales del inmueble agregando que se encuentra ubicado en la fracción C.

En definitiva se aclara que el inmueble objeto de transferencia entre los organismos citados, para luego ser la sede del nuevo Centro Gubernamental queda ubicado en la calle Dr. Carrillo Ramón, circunscripción 3, Sección 16, Manzana 23, Fracción "C". La modificación de fracción B por fracción C se refiere al mismo emplazamiento que goza

de protección cautelar a través del CPU, ya que comprende idéntico sector de resguardo.

Puede leerse en dicho CPU que el Hospital Borda, ubicado dentro del distrito E4 33 en el párrafo 5.4.3.4 especifica que *,que deberá respetarse la morfología y diseño paisajístico del conjunto....se conservarán las especies arbóreas existentes...atendiendo no sólo a criterios paisajísticos sino también a valores históricos..se deberá conservar y poner en valor el sistema de túneles que el hospital posee y galerías que vinculan los pabellones...*

Como corolario de lo reseñado, en su art. 10.1.4. del CPU se establece que en *las parcelas adyacentes a edificios catalogados, lugares declarados Monumento Histórico Nacional o Distritos APH deberá consultarse a la Secretaría en los que respecta al tratamiento de fachadas y al contexto patrimonial...*

Sin embargo no se encontraría acreditado que se hubieran realizado los estudios previos que la normativa vigente ya reseñada requiere.

Debe ponerse de resalto que *"El principio precautorio, aplicable en el ámbito del derecho ambiental, indica que todo daño a la salud o al medio ambiente debe ser evitado o minimizado a través de medidas de carácter preventivo y, en aras de lograr esa finalidad, deben restringirse las actividades cuyas consecuencias hacia las personas o el medio ambiente sean inciertas, pero parcialmente graves"*¹⁰

Razón por la cual, a mérito de la normativa reseñada y lo explicitado en este punto se entiende abonado el color de buen derecho en el *subexamine*.

2. En segundo lugar corresponde analizar si se ha acreditado en autos el **peligro en la demora**. De las manifestaciones efectuadas por el titular de la Unidad Especial Temática "Patrimonio Histórico de la CABA" a foja 128 surge que se estarían realizando movimientos de maquinarias y materiales de construcción, lo que presume se orientaría a la excavación del terreno y comienzo de las obras.

Por otra parte, se acredita que la Fundación Frente de Artistas del Borda denuncia ante la Fiscal interviniente que la empresa constructora ha intentado comenzar los trabajos aún antes de haberse firmado el decreto de adjudicación de la licitación (v. fs. 79/80).

En atención a la presentación de esta acción puede inferirse que la etapa de mediación convocada por la Fiscal Celsa Ramírez el 08/08/2012 (v. fs. 81) no ha culminado con el arribo de ningún acuerdo.

El peligro en la demora se vislumbra también en la imposibilidad de uso que tendrían los trabajadores y pacientes de los Hospitales J.T. Borda y Tobar García de las instalaciones y la incertidumbre en relación al traslado de dichos establecimientos.

Finalmente, el inminente comienzo de las obras ocasionaría un perjuicio irreparable que tornaría fútil la acción intentada.

Cabe recordar que "... la materia ambiental y urbanística redefine o,

¹⁰ Cam. Apel. Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, in re "Leiva, Bruno c/ Forestal Andina SA", sentencia del 03/02/2006.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Frondizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo

mejor dicho, acentúa el recaudo del peligro en la demora. Ello es así porque de no otorgarse la protección cautelar en tiempo oportuno, el daño es, en la generalidad de los casos, irreversible o, en su caso, la recomposición resulta de extrema complejidad. En la materia, por ende, adquiere especial relevancia el principio precautorio, en tanto "[c]uando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente"¹¹

Agréguese que "El medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, del cual dependen la calidad de vida y la salud de los seres humanos, incluyendo las de las futuras generaciones, razón por la cual la obligación general que tienen los Estados de asegurar que las actividades desarrolladas dentro de los límites de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de los otros Estados, forma parte del cuerpo normativo del derecho internacional del medio ambiente".¹²

De la transcripción de normas oportunamente efectuada se desprende que la Legislatura de la CABA ha reconocido al patrimonio arqueológico y paleontológico como integrante del medio ambiente, por lo que su incorporación al estudio de impacto ambiental es requisito ineludible para su aprobación.

Ahora bien, de la normativa reseñada y la documental adjunta no surgiría que se hubieran cumplido los requisitos establecidos por la ley para la realización de obras en sitios declarados monumentos históricos, ni para la protección de las reliquias arqueológicas que pudieran encontrarse.

Así, el GCBA, a través del **art. 2.8.2. del pliego de condiciones**, al establecerle al contratista la obligación de entrega de todos los objetos de valor científico o arqueológico que encontrare al ejecutar los trabajos encomendados **reconoce la posibilidad cierta de que en el predio en donde se realicen las excavaciones para la construcción del centro cívico existen restos arqueológicos de valor histórico**. Sin perjuicio de ello, no consta en la causa que se hubieran efectuado los requisitos legales establecidos, tales como dar aviso a la Secretaría de Cultura o la intervención del Consejo del Plan Urbano.

No obraría tampoco el cumplimiento a lo ordenado en el artículo 13 de la ley local 1.227 respecto a la necesaria conformidad de la Secretaría de Cultura del GCBA para transferir, modificar o destruir el patrimonio cultural y arqueológico de la CABA.

No surge tampoco que se haya cumplido con el procedimiento establecido en la ley 12.665, por el que debió darse intervención previa a la Comisión Nacional de Museos y Monumentos Históricos. Por el contrario la nota de fecha 4/10/2012 suscripta por

¹¹ Cam. Apel CAyT, Sala II, "Guerra, Jorge Armando", expte. 41174/1, sentencia de fecha 20/10/2011

¹² CIJ, Argentina c/ Uruguay; sentencia del 13/07/2006.

el presidente de la Comisión y dirigida al Jefe de Gobierno de la Ciudad según aduce la demandante no habría recibido contestación alguna.

Es decir que de las constancias de autos en esta etapa larval del proceso y con la precariedad que lo caracteriza no existe constancia que a los fines de proceder al llamado a licitación para la construcción del nuevo centro gubernamental mediante decreto 121/12, se hubiera dado cumplimiento con siquiera alguna de las leyes de protección arqueológica o de monumentos históricos.

Todo lo antedicho aduna el peligro existente que cautelarmente debe precaverse evitar se consume.

3. En relación al **interés público comprometido** es dable destacar la relevancia de su afectación de no tomarse medidas urgentes. Ello en atención a que el predio en cuestión se encuentra catalogado por la ley nacional 12.665 como monumento histórico y dicha ley establece un procedimiento específico para efectuar modificaciones y que asimismo la ley local 3538 establece la protección ambiental y de ámbito consolidado de todo el predio que ocupa el Hospital Borda y prevé una serie de requisitos a los fines de la realización de construcciones o reparaciones. Los valores sociales, culturales y de patrimonio histórico que podrían verse afectados son de importancia vital para la comunidad toda involucrada en su hábitat, por lo cual se halla implicado en sus consecuencias la protección del interés público ambiental e histórico cultural por encima de toda consideración económica o administrativa.

4. Finalmente dado el objeto del presente amparo, los bienes colectivos que intenta proteger tales como el ambiente y el patrimonio histórico y arqueológico, se considera suficiente la **caución juratoria prestada** por los actores en el escrito de inicio (v. punto IX. c).

Por lo tanto se entienden reunidos los requisitos que la doctrina y legislación requieren para la concesión de las medidas precautorias.

VI

En virtud de lo expuesto, conforme la normativa vigente citada **SE RESUELVE:**

1) HACER lugar a la habilitación de días y horas solicitadas conforme lo dispuesto en la resolución n 815/2010.

2) ORDENAR al GCBA que IMPIDA dar inicio a cualquier construcción, emplazamiento preparatorio de obra, o afectación del funcionamiento y uso actual de los inmuebles y jardines aledaños del Hospital JT Borda hasta tanto recaiga sentencia definitiva en los presentes actuados.

3) ORDENAR al GCBA a que en el plazo de un (1) día hábil de notificado notifique la presente resolución a la firma Teximco SA- EMA SA- DAL construcciones SA (UTE) a fin de que se abstenga de ejecutar cualquier obra que pueda afectar el funcionamiento y/o uso de los inmuebles y jardines aledaños del Hospital JT Borda.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Frondizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ amparo

4) TENER por prestada la caución juratoria ofrecida en el punto IX c) de foja 15.

Regístrese, notifíquese al GCBA por cédula con habilitación de días y horas inhábiles designándose a tal efecto como oficial notificador ad hoc a Pilar Fernández Arbol (DNI 24365899) y remítase a Secretaría General de la Cámara de Apelaciones del fuero para la asignación de Juzgado (Res. 815/2010).