

VOTO SINGULAR DE ADHESION AL VOTO DEL DOCTOR GUTIERREZ
MERINO

Expediente N° : 00710-2016-0-1001-JR-CI-05
Demandante : Comisión de Juristas contra la corrupción y la defensa social
Demandado : Director de la Dirección desconcentrada de Cultura Cusco y otros
Materia : Amparo
Procede : Quinto Juzgado Civil
Ponente : Sr. Bustamante del Castillo

Cusco, 13 de setiembre del 2019

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

La demanda y las pretensiones

1.1. La Asociación “Comisión de Juristas contra la Corrupción y por la Defensa Social” (Asociación Comisión de Juristas, en lo sucesivo) presenta demanda a folios 63, subsanada el 10 de mayo del 2016 (folio 122), contra el Ministerio de Cultura, Director de la Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco, Gobierno Municipal del Cusco, Empresa Inmobiliaria R&G SAC, con las siguientes pretensiones:

Primera pretensión principal: Se ordene a la Municipalidad Provincial del Cusco y al Ministerio de Cultura a través de la Dirección Desconcentrada de Cusco, que cesen su omisión y adopten todas las medidas necesarias que aseguren la protección y conservación del patrimonio histórico y cultural que se encuentra en el inmueble en construcción (único) ubicado en la Calle Saphy inmuebles N° 346, 386, 647, 704, 714, 740, dentro del Centro Histórico del Distrito y Provincia del Cusco.

Segunda Pretensión Principal: Que, a efectos de restituir la situación de hecho y de derecho al estado anterior a la vulneración que sustenta esta demanda, se ordene a la Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco, la apertura de un proceso de demolición de lo ilícitamente construido en el citado inmueble, que altera y destruye en forma continua los muros arqueológicos prehispánicos, e incas existentes, violentado los parámetros urbanísticos y distorsiona la armonía y configuración tipológica del Centro Histórico del Cusco, procediendo conforme a la Ley General del Patrimonio Ley N° 28296 y su reglamento Art. 35, el plan maestro del Centro Histórico del Cusco.

Tercera Pretensión Principal: Que, se ordene a la empresa Inmobiliaria R&G SAC se abstenga de realizar graves alteraciones y destrucciones de muros incas y prehispánicos, así como abstenerse de seguir construyendo edificaciones que alteren y destruyan el patrimonio cultural de la nación, y que proceda a ejercer su propiedad de conformidad con las normas nacionales e internacionales sobre protección al patrimonio cultural.

1.2. Estas pretensiones han sido materia de precisión en el escrito del 10 de mayo del 2016 (folios 122) por la demandante en los siguientes términos:

Respecto a la tercera pretensión principal:

La demandada inmobiliaria R&G SAC cese su omisión de preservación y omisión de protección del patrimonio cultural de la nación dentro de su propiedad privada en (...)

Respecto a los actos omisivos

1.- Demandada: Municipalidad Provincial de Cusco

Omisión de medidas para protección y conservación del Patrimonio Histórico cultural en el inmueble en construcción en Calle Saphy inmuebles 346, 386, 647, 704, 740 dentro del centro Histórico del Distrito y provincia de Cusco. Vulnerando el Derecho fundamental de identidad Cultural de los peruanos y protección del Patrimonio de la Nación

Lo que también se reproduce para su representante legal co-demandada Alcalde: Dr. Carlos Moscoso Perea

2.- Demandado Ministerio de Cultura y Dirección Desconcentrada de Cultura del Cusco.

Omisión de apertura de proceso de demolición del citado inmueble que altera y destruye en forma continúa los muros arqueológicos pres hispánicos e incas, violentando los parámetros urbanísticos y distorsiona la armonía y configuración tipológica del Centro Histórico del Cusco. Omisión de aplicación de la Ley 28296 Ley General de Patrimonio y su Reglamento Art. 35 del Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco.

1.3. Los argumentos que esencialmente sustentan la pretensión, son los siguientes:

- a) Contravención al Plan Maestro Histórico del Cusco y su Reglamento (Ordenanza Municipal 115-MC) en cuanto no permite edificaciones o construcciones de materiales de cemento y fierro de más de 2 niveles o 9 metros de altura máxima en el Centro Histórico. Señalan, en el caso, que la construcción que viene efectuado la Constructor cuenta con más de 09 niveles
- b) Alteración y destrucción de muros incas y prehispánicos. Las autoridades que conocían han actuado omitiendo los deberes de sus cargos, con blandura y pasividad
- c) Las demandadas han actuado de manera incompatible con las normas reguladoras de la administración del patrimonio, respecto a las alturas máximas permisibles

- d) Las demandadas han festinado trámites administrativos a favor de la empresa Inmobiliaria R&G SAC, permitiendo condiciones adversas a la protección, conservación y puesta en valor del inmueble.

2. Contestación de la Demanda

El Procurador Publico del Ministerio de Cultura (folios 285) absuelve la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, argumentando que no ha tenido una actuación omisiva, señalando lo siguiente:

- 2.1. En el Informe N° 000071-2016/DPHI/VMPCIC/MC del 16 de mayo del 2016, la Dirección de Patrimonio Histórico en la supervisión efectuada advierte que: “en los sótanos se continúa ejecutando la mampostería de la distribución de ambientes que difiere de los planos aprobados” (...) “La residencia de obra indico que los cambios ejecutados en el proyecto aún siguen siendo evaluados en la Municipalidad del Cusco”. Asimismo se observa el “muro pantalla” que no se ejecutó de acuerdo al diseño.
- 2.2. Al existir argumentos suficientes, que acreditan la infracción cometida por la empresa inmobiliaria R&G SAC, ha previsto la potestad de aplicar la sanción de paralización y/o demolición.
- 2.3. El 10 de junio del 2016 ha emitido resolución mediante el cual se dispuso el inicio Procedimiento Administrativo Sancionador.
- 2.4. Asimismo señala que en relación al caso formularon denuncias penales, que aun cuando las licencias de construcción fueron otorgadas por la Municipalidad Provincial del Cusco, en su oportunidad declaro la nulidad de las licencias de construcción, entre otros.

Daniel Maraví Vega Centeno (folios 306), Director de la Dirección Desconcentrada de Cultura del Cusco contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, con similares argumentos que los del Procurador del Ministerio de Cultura.

Inmobiliaria R & G SAC, (folios 533) contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, a efectos de que se declara infundada o improcedente, bajo los siguientes argumentos:

- 2.5. Que la demandada siempre actuó de acuerdo a ley y las licencias fueron otorgadas válidamente. En este sentido, el año 2014 mediante hoja de trámite N° 2014-100927, se pone en consideración de la Comisión Técnica Provincial Calificadora de Proyectos de la Municipalidad Provincial del Cusco un proyecto arquitectónico de modificación y ampliación, considerando que la demandada adquirió dos predios colindantes con lo cual se incrementaba el área de terreno, lo que motivó la necesidad de reformular el proyecto inicial, el que luego de un dilatado proceso de calificaciones fue finalmente aprobado mediante Dictamen N° 499-CTPCP-MC, a través del cual se declaró conforme en todas las especialidades. Una vez concluido este procedimiento se presentó el expediente con todas las formalidades para la expedición de la Licencia Municipal de edificación que concluyó con el otorgamiento de la Licencia N° 155-SGAUR-GDUR-MC-2014, del 29 de diciembre del 2014.
- 2.6. Durante todo el proceso de edificación, se ha contado con supervisores permanentes tanto de la municipalidad, como de la Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco del Ministerio de Cultura.
- 2.7. El incumplimiento de funciones, no corresponde ser reclamado por la vía del proceso de Amparo, por lo que debe declararse improcedente por imposibilidad jurídica del petitorio.
- 2.8. Que la demanda de amparo debe ser declarada improcedente, en cuanto existen otras vías igualmente satisfactorias. En este sentido, señala que los demandantes ha acudido a un proceso judicial distinto al amparo, presentando denuncia penal contenida en la Carpeta Fiscal N° 734-216, del 7 de marzo del 2016.
- 2.9. Que en el caso se ha producido la sustracción de la materia, a mérito del inicio del procedimiento sancionador de la Dirección de Cultura de la paralización de la obra como medidas cautelares contenidas en las resoluciones
- 2.10. Que la demanda es improcedente, porque existe un proceso anterior de amparo, proceso N° 68-2016, en el que se ha declarado fundada la demanda a favor de sus poderdantes.

3. Informe del *Amicus Curiae*

3.1. El *amicus curiae* (folios 439), en el presente proceso, presenta informe en el que señala que los hechos lesivos están vinculados al cumplimiento del Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco y su Reglamento, que prohíbe edificaciones o construcciones de materiales de cemento y fierro de más de 2 niveles y 9 metros de altura, en este sentido concluye:

- a) Los hechos lesivos en este proceso de amparo, son las licencias de construcción N° 17-SGAUR-GDUR-MC-2014 del 21 de enero del 2011 y la licencia de edificación N° 155-SDAUR-GDAUR-GDUR-MC-2014, del 29 de setiembre del 2014
- b) La existencia de un hecho lesivo de naturaleza omisiva. La construcción material de la obra y la agresión inadmisibles al patrimonio por la inmobiliaria R&G SAC, revela y pone en evidencia la omisión por parte de las autoridades de acciones concretas de fiscalización y de control para proteger el patrimonio histórico. Es decir, las autoridades no han intervenido y actuado como les correspondía. La pasividad, desidia y omisión han sido causas concurrentes de este atropello.

4. Resolución Apelada

Sentencia del 27 de diciembre de 2018 (Resolución N° 35) que falla:

A) Declarando IMPROCEDENTE la demanda de AMPARO, interpuesta por la Comisión de Juristas contra la Corrupción y por la Defensa Social, contra el Ministerio de Cultura, representado por la Ministra de Cultura Diana Álvarez Calderón Gallo, el Director de la Dirección desconcentrada de Cultura Cusco, representada por Daniel Maraví Centeno, Gobierno Municipal del Cusco, representado por su Alcalde Carlos Manuel Moscoso Perea y la empresa Inmobiliaria R&G S.A.C., en lo que se refiere a la afectación de los elementos arquitectónicos y arqueológicos, considerados bienes integrantes del patrimonio Cultural de la Nación, encontrados en el proceso de construcción, al haberse convertido en irreparable la vulneración de derechos demandada.

B) Declarando FUNDADA EN PARTE la misma demanda con relación a la afectación del Patrimonio Cultural de la Nación en lo que se refiere al contexto y escala del Centro Histórico, en desmedro del paisaje (contexto urbano) del Centro Histórico del Cusco, ello con relación a lo pendiente de construcción, que debe ser adecuada en lo más posible a las normas correspondientes respecto a los parámetros urbanísticos previstos por dichas normas, debiendo cesar así las autoridades demandadas su conducta contraria al deber de protección del Patrimonio Cultural de la Nación que les encomienda la Constitución.-Sin perjuicio de que la administración deba continuar con los procedimientos iniciados y deba iniciar los procedimientos correspondientes destinados a sancionar a los responsables de las afectaciones denunciadas.

5. Recursos de Apelación

Recurso de apelación de la Asociación Comisión de Juristas

La Comisión de Juristas contra la Corrupción y por la Defensa Social, presenta recurso de apelación contra el extremo que declara IMPROCEDENTE la demanda de Amparo, argumentando lo siguiente:

- 5.1. El objeto principal es la defensa del derecho a la identidad cultural y deberes especiales de protección del Estado en la conservación y protección del patrimonio histórico cultural obligaciones positivas incumplidas por omisión y pasividad. Señala textualmente: “Estos derechos por su carácter constitucional son irrenunciables su vigencia y protección constitucional vía el amparo son construcción contemporánea no tiene protección constitucional y es susceptible de desmontaje mediante un procedimiento técnico de demolición, así como si se puede ordenar la reconstrucción técnica de los andenes.”
- 5.2. “Es falso que con la recurrida cesen los actos lesivos pues la construcción arbitraria y agresora de derechos sigue ahí. La suspensión por medida cautelar administrativa, pero únicamente es respecto de las diferencias volumétricas en el sótano de la construcción contemporánea, lo que no involucra la protección del patrimonio pre hispánico, ni hace presumir su puesta en valor, del patrimonio pre hispánico luego del desmontaje de andenes incas y preincas.”
- 5.3. Señalan también que se omite valorar que los derechos difusos a la identidad cultural y de patrimonio histórico, es de interés público, donde el juez debe asumir un rol protector. La sentencia deja en manos y a la discreción de la administración”
- 5.4. No se valora que la violación del derecho constitucional continua hasta la fecha y sin protección y sin solución por cuanto a pesar de las acciones administrativas de las codemandadas, estas no se refieren a la puesta en valor o restitución de los andenes incas todavía en trámite, no son impedimento para una decisión sobre el fondo del conflicto que es la restitución de los andenes prehispánicos.

Recurso de apelación del Ministerio de Cultura

El Procurador Público del Ministerio de Cultura, apela de la sentencia en el extremo que declara fundada en parte la demanda con el objeto de que sea revocada por el Superior Jerárquico y reformándola, la declare improcedente, o en su defecto infundado, con los siguientes argumentos:

- 5.5. El *A quo* incurre en violación al debido proceso por afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al no evaluar los cuestionamientos efectuados en nuestro escrito de contestación y valorar adecuadamente las actuaciones realizadas por la Dirección desconcentrada de Cultura del Cusco, que demuestran el cumplimiento estricto de sus obligaciones para con el principio de protección del Patrimonio Cultural.
- 5.6. Se ha demostrado que el Ministerio de Cultura a través de su Dirección Desconcentrada, ha ejecutado acciones concretas y efectivas logrando que se deje sin efecto las mencionadas licencias
- 5.7. El juzgado omitió explicar cómo infiere que las omisiones a la defensa del Patrimonio Cultural permanecen en el tiempo y que por tanto corresponde su cese.
- 5.8. El juzgado omitió considerar la exhortación que realiza el poder judicial en el proceso de amparo N° 00068-2016-0-1001-JR-CI-01, para que observe las normas sobre protección y defensa del Patrimonio Cultural y permita que las autoridades continúen supervisando la obra.

Recurso de Apelación de la Dirección Desconcentrada de Cultura del Cusco

El Director de la Dirección Desconcentrada de Cultura del Cusco (folios 1331) apela la sentencia en el extremo que declara fundada en parte la demanda, con el objeto de que sea revocado con los siguientes argumentos:

- 5.9. Existe una vulneración al derecho de motivación de una resolución, al existir una motivación sustancialmente incongruente.
- 5.10. La apelante, a la fecha de la interposición del presente acto procesal impugnatorio ha emitido resoluciones dentro de su accionar punitivo.

5.11. Que asimismo se encuentran en trámite (02) procesos penales sobre la construcción del hotel de la calle Saphy.

5.12. Que por lo tanto la Dirección desconcentrada de Cultura del Ministerio de Cultura, se encuentran comprometidos con la defensa irrestricta de la identidad cultural y la defensa del patrimonio cultural de la Nación.

6. Votos en discordia

En relación a este proceso, los magistrados que intervinieron, han emitido diversos votos, como se observa a continuación:

6.1. Voto emitido por la Juez Delgado Aybar, suscrito por el Juez Pereyra Alagón, que resuelve:

1. **DECLARAR IMPROCEDENTE** el pedido de incorporación al proceso solicitado por Juan Jesús Salazar Chávez, como litisconsorte necesario activo.
2. **CONFIRMAR** El Auto contenido en la Resolución Nro. 26 de fecha 16 de marzo de 2017 (folio 686 y siguientes) que resuelve declarar: **“1. DECLARAR INFUNDADA la excepción de FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA, propuesta por los demandados Ministerio de Cultura, el Director de la Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco y la Inmobiliaria R&G SAC. 2. DECLARAR INFUNDADA la excepción de PRESCRIPCIÓN, propuesta por la demandada Inmobiliaria R&G SAC. 3. Saneado el proceso...”**.
3. **CONFIRMAR** la sentencia, contenida en la Resolución Nro. 52 de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho (folio 1150 y siguientes), por la que se resuelve:
“A) Declarando **IMPROCEDENTE** la demanda de AMPARO, interpuesta por la Comisión de Juristas contra la Corrupción y por la Defensa Social, contra el Ministerio de Cultura, representado por la Ministra de Cultura Diana Álvarez Calderón Gallo, el Director de la Dirección desconcentrada de Cultura Cusco, representada por Daniel Maraví Centeno, Gobierno Municipal del Cusco, representado por su Alcalde Carlos Manuel Moscoso Perea y la empresa Inmobiliaria R&G S.A.C., en lo que se refiere a la afectación de los elementos arquitectónicos y arqueológicos, considerados bienes integrantes del patrimonio Cultural de la Nación, encontrados en el proceso de construcción, al haberse convertido en irreparable la vulneración de derechos demandada.
B) Declarando **FUNDADA EN PARTE** la misma demanda con relación a la afectación del **Patrimonio Cultural de la Nación en lo que se refiere al contexto y escala del Centro Histórico, en desmedro del paisaje (contexto urbano) del Centro Histórico del Cusco**, ello con relación a lo pendiente de construcción, que debe ser adecuada en lo más posible a las normas correspondientes respecto a los parámetros urbanísticos previstos por dichas normas, debiendo cesar así las autoridades demandadas su conducta contraria al deber de protección del Patrimonio Cultural de la Nación que les encomienda la Constitución.- Sin perjuicio de que la administración deba continuar con los procedimientos iniciados y deba iniciar los procedimientos correspondientes destinados a sancionar a los responsables de las afectaciones denunciadas”.

6.2. Voto emitido por el Juez Murillo Flores:

MI VOTO en DISCORDIA es porque se **DECLARE NULA** la Sentencia contenida en la Resolución N° 52, del 27 de diciembre de 2018, que declara: **“(…) IMPROCEDENTE** la demanda de Amparo, interpuesta por la Comisión de Juristas

contra la Corrupción y por la Defensa Social, contra el Ministerio de Cultura, representado por la Ministra de Cultura Diana Álvarez Calderón (...) en lo que se refiere a la afectación de los elementos arquitectónicos y arqueológicos, considerados bienes integrantes del patrimonio Cultura de la Nación, encontrados en el proceso de construcción, al haberse convertido en irreparable la vulneración de derechos (...) **FUNDADA EN PARTE** la misma demanda con relación a la afectación del **Patrimonio Cultural de la Nación en lo que se refiere al contexto y escala del Centro Histórico, en desmedro del paisaje (contexto urbano) del Centro Histórico del Cusco (...)**" (folio 1150 a 1172). **NULO** todo lo actuado en el presente proceso, volviendo a calificar la demanda **SE DECLARE IMPROCEDENTE** la demanda constitucional de amparo, presentada por la Comisión de Juristas contra la Corrupción y por la Defensa Social, contra el Ministerio de Cultura, representado por la Ministra de Cultura Diana Álvarez Calderón y otros.

6.3.Voto emitido por el magistrado Gutiérrez Merino, suscrito por la jueza Barra Pineda (folios 1659).

1. **DECLARAR IMPROCEDENTE** el pedido de incorporación al proceso solicitado por Juan Jesús Salazar Chávez, como litisconsorte necesario activo.
2. **REVOCAR** la Resolución N° 52 de fecha 27 de diciembre de 2018, obrante a fojas 1150 y siguientes; y, **REFORMÁNDOLA**;
 - a. Declarar **INFUNDADA** la pretensión respecto de: "Se ordene a la Municipalidad Provincial del Cusco y al Ministerio de Cultura a través de la Dirección Desconcentrada de Cusco, que cesen su omisión y adopten todas las medidas necesarias que aseguren la protección y conservación del patrimonio histórico y cultural que se encuentra en el inmueble en construcción (único) ubicado en la Calle Saphy inmuebles N° 346, 386, 647, 704, 714, 740, dentro del Centro Histórico del Distrito y Provincia del Cusco".
 - b. **FUNDADA** la pretensión respecto de: "Que, a efectos de restituir la situación de hecho y de derecho al estado anterior a la vulneración que sustenta esta demanda, se ordene a la Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco, la apertura de un proceso de demolición de lo ilícitamente construido en el citado inmueble, que altera y destruye en forma continua los muros arqueológicos prehispánicos, e incas existentes, violentando los parámetros urbanísticos y distorsiona la armonía y configuración tipológica del Centro Histórico del Cusco, procediendo conforme a la Ley General del Patrimonio Ley N° 28296 y su reglamento Art. 35, el plan maestro del Centro Histórico del Cusco".
 - c. E **IMPROCEDENTE** respecto de la pretensión de: "Que, se ordene a la empresa Inmobiliaria R&G SAC se abstenga de realizar graves alteraciones y destrucciones de muros incas y prehispánicos, así como abstenerse de seguir construyendo edificaciones que alteren y destruyan el patrimonio cultural de la nación, y que proceda a ejercer su propiedad de conformidad con las normas nacionales e internacionales sobre protección al patrimonio cultural".
3. **DEVOLVIERON** los autos al juez de origen para la correspondiente ejecución de la sentencia; pudiendo hacer uso de las facultades previstas por el artículo 82 del Código Procesal Civil.

7. Procesos Jurisdiccionales vinculados al caso

Proceso de Amparo 68-2016

7.1. El 8 de abril del 2016 (folios 260) el Primer Juzgado Civil, emitió Sentencia en el proceso de Amparo N° 68-2016, cuyo fallo es el siguiente:

1. Declarando FUNDADA en parte la demanda de folios ciento cincuenta y tres y siguientes, interpuesta por inmobiliaria R & G SAC representado por su apoderado Legal Hugo Manuel Corimaita Cuba, sobre Acción de Amparo contra la Municipalidad Provincial del Cusco; fundada en cuanto a la vulneración de los derechos constitucionales de derecho de defensa, debido proceso; en consecuencia.

(...)

5. DISPONGASE que la Municipalidad Provincial del Cusco, se abstenga de efectuar la paralización y/o demolición inmediata de la ejecución de las obras y/o demolición ya ejecutadas hasta la culminación de la litis.

7.2. Esta sentencia ha sido confirmada por Resolución de Vista del 4 de julio del 2016 (folios 473)

Proceso contencioso administrativo

7.3. Demanda de Impugnación de Acto Administrativo (folios 2058), presentado por la Inmobiliaria R&G SAC, por el que solicita la nulidad Total de la Resolución Sub Directoral N° 246-2018 SDDPCDPC-DDC-CUS/MC de fecha 11 de setiembre del 2018 que resuelve iniciar el proceso administrativo sancionador, presentado el 21 de junio del 2019.

Procesos penales

7.4. De acuerdo al Informe N° 02-2019-MCQ, OAJ-DDC-CUS/MC, del 09 de enero del 2019, se observa la existencia de los siguientes carpetas y procesos penales:

a) Expediente N° 5973-2018, seguido contra Yuliana Maria Aguirre Hidalgo, Gerente General de la Empresa Inmobiliaria R&G SAC, en agravio del Estado

b) Expediente N° 2657-2018, seguido contra Carlos Antonio Corrales Coutinho y otros por la presunta comisión del delito contra el patrimonio cultural en la modalidad de atentado contra los bienes culturales, sub tipo depredación y remoción de monumentos arqueológicos prehispánicos e, agravio del Estado.

- c) Carpeta Fiscal N° 41-2016
- d) Carpeta Fiscal N° 2617-2016

8. Resoluciones Administrativas posteriores a la presentación del proceso de amparo

8.1. Resolución Subdirectoral N° 246-2018-SDDPCDPC-DDC-CUSC/MC del 11 de setiembre del 2018 (folios 1918), que Resuelve

ARTICULO PRIMERO.- INICIAR procedimiento Administrativo Sancionador contra la administrada EMPRESA INMOBILIARIA R&G SAC, (...) por haber ejecutado una edificación que presuntamente excede el Área Máxima de edificación (AME) en 1710.022 m2 y que adicionada al área constructiva de los 5 niveles hacía la calle don Bosco de 1637.45 m2 dan como resultado un área excedente total de 3,347.47 m2, tomando en cuenta que el coeficiente de edificación para el sector C-SP-, donde se ubica el inmueble, es de 1.4, de acuerdo al Reglamento del plan Maestro del Cusco. Volumetría excesiva, que causa daño grave al perfil urbano, la morfología y los parámetros urbanísticos del Centro Histórico del Cusco (...)

8.2. Resolución Directoral N° 1827-2018-DDC-CUS/MC (folios 2117), del 29 de noviembre del 2018 que RESUELVE:

ARTICULO TERCERO.- SE DECLARE IMPROCEDENTE LA NULIDAD DEDUCIDA CONTRA LA Resolución Subdirectoral N° 246-2018-SDDPCDPC-DDC-CUS/MC del 11 de setiembre del 2018, al no existir causal de nulidad (...)

ARTICULO CUARTO.- IMPONER la sanción administrativa de MULTA DE 800 UIT (Ochocientas unidades impositivas tributarias) contra la administrada empresa INMOBILIARIA R&G SAC (...)

ARTICULO QUINTO.- DISPONER COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA que la empresa INMOBILIARIA R&G SAC, (...) realice el DESMONTAJE del área que excede el coeficiente de edificación permitido, y consecuentemente adecúe las construcción ejecutada de la obrar materia de presente procedimiento administrador, a los parámetros urbanísticos establecidos en el Reglamento del Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco, considerando las especificaciones técnicas proporcionadas previamente por el área técnica competente (...)

8.3. Resolución Ministerial N° 141-2019-MC del 01 de abril del 2019 que RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar INFUNDADA el recurso de apelación interpuesto por la empresa inmobiliaria R & G SAC contra la Resolución Directoral N° 1827-2018-DDC-CUS/MC de fecha 19 de noviembre del 2018 (...)

Artículo 2.- Declarar agotada la vía administrativa

8.4. Resolución de Ejecución Coactiva número uno, del 23 de agosto del 2019. Notificación de Resolución de Ejecución Coactiva (folios 2113) con la Resolución de Ejecución coactiva número uno, por el que se Resuelve:

Quinto: La ejecutada deberá cumplir con la medida complementaria, consistente en el desmontaje del área que excede el coeficiente de edificación permitido y consecuentemente adecúe la construcción ejecutada de la obra materia del

presente procedimiento administrativo sancionador, a los parámetros urbanísticos establecidos en el Reglamento del Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco, considerando las especificaciones técnicas proporcionadas previamente por el área técnica, BAJO APERCIBIMIENTO DE EJECUCIÓN FORZOSA de la misma.

II. CONSIDERACIONES DEL VOTO DIRIMENTE

El marco normativo de la protección del patrimonio cultural

De manera breve, debemos establecer algunas de las disposiciones normativas de mayor relevancia vinculadas a la protección de la identidad Cultural y el Patrimonio Cultural

9.1. Legislación internacional

- a) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU el de diciembre de 1948 y aprobada por el Perú por Resolución Legislativa N° 13282, del 15 de diciembre de 1959

Artículo 22.° Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 27.° Toda persona tiene derecho a toma parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

- b) Convención sobre la protección en caso de Conflicto Armado, celebrada el 14 de mayo de 1954 y su segundo protocolo del 26 de marzo de 1999, señala entre sus principales aportes, la designación del término “patrimonio cultural” a los bienes que sean objeto de un grave daño, a través de saqueo como producto de las guerras.¹
- c) La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, celebrada en París el 17 de octubre del año 1972. El Perú suscribió esta convención el 21 de diciembre de 1981 (Resolución Legislativa N° 23349)

9.2. Legislación nacional

- a) La Constitución Política

¹ Martín Tirado, Richard. J. *La protección del patrimonio cultural en el Perú: Balance y perspectivas*. En: *El patrimonio Cultural en Europa y Latinoamérica*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2017. p. 338

Patrimonio Cultural de la Nación

Artículo 21.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.

Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.

Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo

Son competentes para:

(...)

8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de los monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.

- b) Ley Orgánica de Municipalidades
- c) Ley N° 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación
- d) Ley N° 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura
- e) Código Penal²

Derecho a la identidad y al patrimonio cultural

9.3. En principio, debemos señalar que nuestra constitución contempla un conjunto de disposiciones de contenido cultural que conforman la denominada "Constitución Cultural".

2

TITULO VIII
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL
CAPITULO UNICO

DELITOS CONTRA LOS BIENES CULTURALES

Atentados contra yacimientos arqueológicos

"Artículo 226.- Atentados contra monumentos arqueológicos

El que se asienta, depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquél se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa."

Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos

(...)

"Artículo 230.- El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días multa."

(...)

- 9.4. Bajo esta premisa, corresponde afirmar que la promoción de la cultura y la protección de las manifestaciones culturales y del Patrimonio Cultural de la Nación, tiene especial relevancia, “en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones”, para lo cual, “la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la Nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico”³.
- 9.5. El Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 007-2002-AI/TC (fundamento 10) estableció lo siguiente sobre la constitución cultural:

(...) En efecto el “derecho constitucional de los bienes culturales”, entendido como el conjunto de normas constitucionales que regulan la auto representación cultural del pueblo, y que comprende ciertamente a los bienes culturales inmuebles, no se agota con lo que señala el artículo 195° de la Constitución, pues éste debe concordarse con el artículo 21° de la misma Norma Fundamental. Dicho precepto establece que “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales...son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio...”.

- 9.6. En este contexto, el derecho a la Identidad Cultural (general) ha sido definida por el Tribunal Constitucional (Sentencia del pleno jurisdiccional 006-2008-PI/TC), como la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo:

8.1. El derecho a la identidad cultural

18. El derecho a la identidad cultural fue introducido como “novedad” en el texto constitucional de 1993, al establecerse en su artículo 2°, inciso 19), el derecho de toda persona:

(...)

19. La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de

³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-570-16.htm>

la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”[1]; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie.

(...)

21. El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término “vida cultural” utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos.

9.7. En esta misma perspectiva, asumiendo la idea de la identidad cultural general, debemos señalar que el derecho al patrimonio cultural es un derecho subjetivo que le corresponde a todo ciudadano peruano. El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00917-2007-PA/TC, ha señalado lo siguiente:

29. La existencia de nuestro patrimonio cultural impone pues desde la perspectiva descrita no solo un deber de protección por parte del Estado, sino un auténtico derecho subjetivo para todo ciudadano peruano que es asumido como parte integrante de su identidad entendida en términos culturales.

9.8. De esta manera, la existencia y protección del patrimonio cultural, no solamente está encomendada a las entidades estatales (Ministerio de Cultura, las municipalidades); sino también, a todo ciudadano, en la medida que es parte integrante de su identidad cultural.

La participación ciudadana en la defensa del derecho a la identidad y del patrimonio cultural

9.9. Antes de ingresar en el análisis de la participación ciudadana en la participación de la defensa al patrimonio cultural, debemos establecer que en la ciudad del Cusco, (declarada patrimonio cultural de la Humanidad por la UNESCO en 1983), se vienen y se ha venido desarrollando acciones que lesionan la razón de ser de su monumentalidad. Tales lesiones, esta ilustradas por la destrucción, alteración de construcciones prehispánicas y coloniales, la inobservancia de reglas u ordenanzas que permiten la conservación de la monumentalidad de la ciudad, además de un conjunto de omisiones

que, en conjunto, inciden en su deterioro, con grave afectación a su condición de Patrimonio Cultural de la Humanidad⁴

9.10. Esta agresión contra el patrimonio cultural, esencialmente, se produce en el marco de la construcción de establecimientos de hospedaje, viviendas, de demolición o alteración de los bienes monumentales prehispánicos y coloniales que, a menudo sobrepasan las posibilidades de control de La Dirección Desconcentrada de Cultura del Cusco y de la Municipalidad Provincial del Cusco. Esta situación ha sido reconocida por las propias entidades estatales. Así señala el Ministerio de Cultura:

La pérdida del patrimonio cultural en el país es una consecuencia de la escasa capacidad del Estado para la puesta en valor del patrimonio cultural y la apropiación social por parte de la comunidad, a ello se suma el crecimiento no planificado de las zonas urbanas.⁵

9.11. Esta pérdida y deterioro del patrimonio cultural, ha reavivado la conciencia de identidad de importantes sectores de la población cusqueña, determinando la formación de asociaciones y movimientos de ciudadanos, preocupados por la defensa del patrimonio histórico y de su derecho a la identidad. El patrimonio cultural, en este sentido, no constituye únicamente un patrimonio; sino también un factor esencial de identidad cultural. Sobre este punto debemos señalar lo siguiente:

El patrimonio cultural actúa, entonces, como representación simbólica de la identidad, como un factor de cohesión y un instrumento referencial para el reconocimiento de la comunidad territorial. Constituye un recurso para la reafirmación y la oposición a las dinámicas globalizadoras y para el desarrollo de novedosas propuestas de revitalización cultural. La movilización en torno a múltiples y diversas agresiones que sufre el patrimonio cultural es resultado de una conciencia creciente de aquello que se concibe como valor, que es significativo como elemento de continuidad entre el pasado y el presente y que adquiere importancia dentro de las identidades colectivas.⁶

9.12. Esta defensa en torno al patrimonio cultural y la conservación del mismo, no es tarea únicamente del Estado y estas asociaciones de

⁴ por ejemplo: **Ojo-Publico.com** obtuvo la base de datos del registro de sanciones de la DDC y encontró que, entre noviembre de 2008 y enero de 2019, se produjeron 147 daños a edificaciones declaradas patrimonio histórico y seis afectaciones a inmuebles y bienes arqueológicos. En la lista se detallan demoliciones de casas patrimoniales, fracturas de muros incas y el tapiado de una fuente de agua prehispánica.

En el mismo periodo, se registró el desmontaje parcial de construcciones coloniales, obras realizadas sin licencia, remoción de piezas líticas y edificaciones de tres, cuatro y siete pisos, cuando la norma de construcción indica un máximo dos en el centro histórico.

⁵ Documento del Ministerio de Cultura PROGRAMA PRESUPUESTAL “PUESTA EN VALOR Y EN USO SOCIAL DEL PATRIMONIO CULTURAL”

⁶ Saborido Yudin, María Soledad. *Patrimonio y ciudadanía. Movimientos ciudadanos en defensa del patrimonio en los barrios y territorios*. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla. 2014. p 42

ciudadanos; sino que debe requerir también de la participación de la inversión privada⁷, en la medida que la acción de estos actores, debe reemplazar la escasa inversión del Estado en la conservación del Patrimonio Cultural, principalmente en aquellos bienes patrimoniales de escaso atractivo turístico, que a menudo se encuentran abiertas a la acción destructora de algunas personas inescrupulosos y a la destrucción producto del abandono y de las inclemencias de la naturaleza. No obstante, cualquier intervención (sea estatal o privada), debe ser respetuosa de las normas que regula la protección del patrimonio histórico.

9.13. En este Contexto y en el marco del Estado Constitucional de Derecho, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de las entidades administrativas supone un espacio ganado por la ciudadanía para la revitalización de nuestro sistema democrático, para influir en las decisiones de interés general o que afecten a una colectividad determinada. En un nuevo escenario democrático, resulta necesario tener espacios efectivos de participación ciudadana en el control de la actuación de la administración pública, cuya legitimidad puede ser puesta en cuestión. Refiere Danos⁸:

La tesis que postula la apertura de espacios a la participación ciudadana en las entidades administrativas presenta a la participación como una técnica destinada a superar las insuficiencias de legitimidad de la administración pública vigente construida sobre los fundamentos ideológicos del Estado liberal clásico, que basa tradicionalmente toda la legitimidad de la administración en el estricto respeto de la legalidad, es decir en la sujeción al ordenamiento jurídico creado por poderes públicos dotados de legitimidad política-democrática proveniente directamente del pueblo, titular de la soberanía. Para el sistema constitucional clásico la participación ciudadana en el sistema democrático se

⁷Sobre la inversión privada refiere Santiago Alfaro

La literatura especializada en el tema sugiere que las alianzas público-privadas, para ser exitosas, deben encontrar un equilibrio entre el valor cultural y el valor económico del bien patrimonial, y entre los intereses de todas las partes involucradas con relación a los tres componentes “r” en juego: recursos, responsabilidades y riesgos. Ello demanda que el sector público sea capaz de viabilizar y de regular la inversión privada, de modo que logre ofrecer un mejor servicio a los ciudadanos, sin mayores costos.

<https://poder.pe/2015/11/11/00484-patrimonio-cultural-y-alianzas-publico-privadas/>

Asimismo son importantes las modalidades que se viene utilizando en Europa que supone la participación de privados en la conservación del Patrimonio Cultural, tales como el Patrocinio, mecenazgo y *crowdfunding*.

⁸ Danos Ordoñez, Jorge. *La Participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú*. En Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y política. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2005. P. 140, 141

limita a la elección periódica de los representantes políticos negando que los ciudadanos puedan intervenir directamente en la formación de decisiones que puedan afectar el interés general

(...)

Lo que con la participación ciudadana en la administración se pretende es proporcionar apoyo (nueva legitimidad) a una administración tradicionalmente cerrada, separada de la sociedad, para superar dicha segregación entre Estado y sociedad, de modo que los destinatarios de la acción pública puedan expresar directamente sus demandas y controlar las decisiones que adopten las autoridades, principalmente en aquellos campos donde predomine el carácter discrecional de las mismas.

9.14. La participación de la Asociación Comisión de Juristas, los movimientos de participación ciudadana e instituciones (tales con el Instituto Americano de Arte y otras instituciones privadas) en la ciudad del Cusco, en defensa del patrimonio cultural, refleja la existencia de una “ciudadanía cultural”⁹ y la consiguiente preocupación por su propia identidad cultural y la protección del patrimonio cultural. De algún modo, continúa siendo esa ciudad del Cusco de muros incas, esa ciudad retratada por José María Arguedas en los ríos profundos.¹⁰

9.15. No obstante, esta participación ciudadana que revitaliza y recrea la idea de una democracia compatible con el Estado Constitucional de Derecho,

⁹ Refiere Saborido Yudin:

(...)

d) Desde la perspectiva de la democracia participativa, de la sociedad civil y del espacio público, se avanza hacia una ciudadanía activa que ya no solo espera que el Estado respete e implemente los derechos universales de ciudadanía, sino que lucha por ellos, coopera con el Estado o se enfrenta políticamente con él, hace valer sus argumentos en el espacio público y busca construir alianzas con la sociedad política en la promoción de un proyecto democrático-participativo.

e) La defensa del patrimonio cultural pasa a formar parte del derecho a la ciudad y es expresión de una ciudadanía activa. Los movimientos ciudadanos defienden sus barrios y territorios como patrimonio cultural, porque ellos tienen sentido, significado y valores; no solamente porque tengan allí una bonita iglesia u otros monumentos, sino, sobre todo, porque hay allí una forma de habitar, una manera de vivir juntos que se ve amenazada, que se valora y no se quiere perder.

f) Los movimientos en defensa del patrimonio en los barrios y territorios surgen a partir de conflictos en la ciudad. Son conflictos entre dos proyectos de ciudad, opuestos entre sí: por una parte, las empresas inmobiliarias y los intereses de quienes defienden un modelo de ciudad competitiva, entregada a las fuerzas del mercado y a favor de la rentabilidad inmobiliaria; por otra, los intereses de las y los ciudadanos, que se organizan y actúan para defender su bienestar colectivo y una cierta forma de habitar.

Saborido Yudin, María Soledad. Op. Cit. p. 64

¹⁰ Sobre su impresión inicial del Cusco, relata Arguedas

Aparecieron los balcones tallados, las portadas imponentes y armoniosas, la perspectiva de las calles ondulantes, en la ladera de la montaña. Pero ¡ni un muro antiguo!

Esos balcones salientes, las portadas de piedra y los zaguanes tallados, los grandes patios con arcos, los conocía. Los había visto bajo el sol de Huamanga. Yo escudriñaba las calles buscando muros incaicos.

—¡Mira al frente! —me dijo mi padre—. Fue el palacio de un inca.

Cuando mi padre señaló el muro, me detuve. Era oscuro, áspero; atraía con su faz recostada. La pared blanca del segundo piso empezaba en línea recta sobre el muro.

debe estar sujeta a ciertas limitaciones, las mismas que deben consideradas por la Administración Pública y el propio Órgano Jurisdiccional al momento de la toma de decisiones. Refiere Danos al respecto:

La doctrina y las experiencias de otros países también demuestran que la participación ciudadana no está exenta de generar inconvenientes o aspectos perniciosos, algunas de las cuales se pueden sintetizar en: a) los funcionarios pueden verse tentados de instrumentar las posiciones de grupos sociales para escabullir la adopción de decisiones y no asumir sus responsabilidades; b) la exageración de las prácticas de la participación puede perjudicar la eficacia de la actuación administrativa si los procedimientos se complican innecesariamente o se agudizan los conflictos entre grupos sociales; c) puede suceder que ante la mayor o menor capacidad de influencia y presión de determinados sectores sociales activos y organizados de la población (grandes organizaciones económicas, sindicales y profesionales), se generen distorsiones que desvíen a la administración de la recta ponderación del interés general.¹¹

9.16. De esta manera, la participación de la ciudadanía, no solo es necesaria por la escasa capacidad del Estado para la preservación del Patrimonio Cultural; sino también, porque eventualmente, pueden existir razones subalternas al interior de las entidades que ejercen el control y la conservación del patrimonio cultural que ciertamente pueden impedir o evitar el ejercicio de este control¹²

Las razones de los apelantes la existencia de desistimientos tácitos

9.17. Los magistrados que participaron en las diversas vista de causa, han emitido sus votos en diversos sentidos y en esta perspectiva, con relación al voto dirimente, el pedido de los apelantes en la de vista de la causa fue el siguiente:

- a) Adhesión al Voto del juez Gutiérrez Merino: Asociación Comisión de Juristas, Dirección de Cultura, Procurador del Ministerio de Cultura, Municipalidad Provincial del Cusco
- b) Adhesión al voto de la doctora Delgado Aybar: Constructora R&G SAC

¹¹ Danos Ordoñez, Jorge. *Op cit.* p. 142

¹² En los temas de negociaciones contractuales, que puede ser aplicable al ámbito de la relación de los administrados con el Estado, refiere Sandel: “Las famosas palabras de Don Corleone en el Padrino “le voy a hacer una oferta que no podrá rehusar”, insinúan (de manera excepcional) las presiones que actúan, en mayor o menor medida, en la mayoría de las negociaciones Sandel, Michael J. *Justicia ¿Hacemos lo que hacemos?*. Bogotá 2011. P. 161.

9.18. A partir de este escenario, debemos concluir preliminarmente que el voto emitido por el Juez Superior Gutiérrez Merino y suscrito por la Jueza Superior Barra Pineda, representan la satisfacción a los agravios presentados por estos apelantes: Asociación Comisión de Juristas, Dirección de Cultura, Ministerio de Cultura. Así mismo, la Municipalidad del Cusco, está de acuerdo. Esta satisfacción incluye a la Municipalidad Provincial del Cusco, que aunque no formuló recurso de apelación, solicitó también mi adhesión al voto del doctor Gutiérrez Merino

9.19. De esta manera, por ejemplo, algunos de los argumentos de los recursos de apelación, desarrollados por estos apelantes no serán desarrollados en extenso. No obstante, debemos señalar que algunos de los argumentos de los demandantes que solicitan mi adhesión al voto del juez Gutiérrez Merino, son los siguientes:

- a) El *A quo* incurre en violación al debido proceso por afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al no evaluar los cuestionamientos efectuados en nuestro escrito de contestación (...)
- b) Existe incongruencia en el pronunciamiento del *A quo* (no se pronunció sobre una de las pretensiones).
- c) Se ha demostrado que el Ministerio de Cultura a través de su Dirección Desconcentrada, ha ejecutado acciones concretas y efectivas logrando que se deje sin efecto las mencionadas licencias.

9.20. La falta de motivación y la incongruencia de la Sentencia de la Sentencia (no se pronuncia sobre una de las pretensiones) denunciadas por los apelantes, en consideración al precedente Giuliana Llamuja, EXP. N. 0 00728-2008-PHC/TC, *prima facie*, implicaría la declaración de la Nulidad de la Sentencia.

9.21. Sin embargo, debemos entender que la conformidad de los apelantes con el voto del juez Gutiérrez Merino, cuyo voto precisamente no incide en la declaración de nulidad de la Sentencia; sino en la revocatoria de la misma, implica una suerte de renuncia tacita a este argumento. Dicho

de otro modo, los apelantes, al asumir que sus agravios han sido atendidos por el voto del Juez Gutiérrez Merino, han renunciado tácitamente al pedido de nulidad de la Sentencia.

9.22. Por lo demás, la declaración de nulidad de la Sentencia en los procesos de amparo, implicarían una mayor dilación del proceso y una contravención al derecho a un proceso con plazo razonable¹³ contrariando los fines de los procesos constitucionales. Declarar la nulidad de la Sentencia, considerando que este proceso de amparo ha sido iniciado aún el 2016, por lo demás implicaría una suerte de desamparo y zozobra entre los justiciables y la colectividad cusqueña. Refiere el Tribunal Constitucional, Exp N.º 01006-2016-PHC/TC, que el plazo razonable, despliega sus efectos sobre el proceso de amparo, mas aun cuando estamos ante un proceso constitucional:

10. Este derecho se encuentra expresamente reconocido en el artículo 3, literal c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este último instrumento internacional establece que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". En ese sentido, está fuera de toda duda que el contenido del derecho al plazo razonable del proceso despliega sus efectos jurídicos a todo tipo de procedimiento o proceso ya sea este de carácter penal, civil, laboral, administrativo, corporativo, etc. (el subrayado es nuestro)

Sobre la improcedencia

9.23. En el informe de la vista de la causa, la demandada Inmobiliaria R&G SAC; ha solicitado que mi voto se adhiera al voto de la Jueza Delgado Aybar, corroborado por escrito de folios 1941. Esta misma parte, mediante escrito posterior, del 9 de setiembre del 2019 (folios 2135) ha solicitado también mi adhesión al voto del Dr. Murillo Flores.

¹³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre el plazo razonable, entre otros, en los siguientes casos: Genie Lacayo vs. Nicaragua, Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Heliodoro Portugal vs. Panamá²⁰⁵ y Familia Barrios vs. Venezuela.

9.24. En ambos casos, los argumentos esenciales, giran en torno a la declaración de improcedencia del proceso de amparo, alguna de cuyas causales ya fueron resuelto en el proceso.

9.25. Parte de los argumentos que inciden en la declaración de improcedencia de la Sentencia, señalan la existencia de vías procedimentales igualmente satisfactorias. La existencia de estas vías, de acuerdo al Código Procesal Constitucional, determina la Improcedencias de la Demanda.

9.26. En el caso Elgo Ríos Exp. N° 02383-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, asumiendo dos perspectivas de análisis que permite establecer cuando estamos ante una vía igualmente satisfactoria:

a) Perspectiva objetiva

(1) Estructura del proceso atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)

(2) Idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso *iusfundamental* que se ponga a su consideración.

b) Perspectiva subjetiva

(1) transitada no pone en riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar en irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)

(2) Se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño de podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

9.27. En el caso, es preciso establecer que el cuestionamiento a un acto administrativo y la inactividad material en la defensa del patrimonio histórico atribuido a la Dirección de Cultura y a la Municipalidad del

Cusco, eventualmente, puede ser resuelta a través del Proceso Contencioso Administrativo¹⁴

9.28. No obstante, aun cuando este proceso pueda ser considerada la vía igualmente satisfactoria, no resulta idónea para proteger el derecho fundamental lesionado (derecho a la identidad y al patrimonio cultural) entre otras, por las siguientes razones:

- a) Los procesos contenciosos administrativos en el ámbito jurisdiccional, no son precisamente procesos de corta duración. En el caso, por ejemplo, los procesos contencioso administrativos, no tiene mayor privilegio en cuanto a su tramitación y son conocidos por los juzgados especializados en lo Civil y la Sala Civil, que se encuentran con sobrecarga¹⁵.
- b) Desde una perspectiva subjetiva, debemos señalar también estamos ante derecho a la protección del patrimonio cultural de un derecho *iusfundamental*, el mismo que en la ciudad del Cusco y en el País, tiene el carácter de relevante. Esta relevancia, es un hecho notorio que puede ser confirmada por la importancia que se le ha otorgado a nivel nacional.

9.29. Sobre este punto, debemos asumir también que la protección del patrimonio cultural es un auténtico atributo *iusfundamental*, básicamente difuso, que por lo demás merece de una protección reforzada por parte del Estado y de la Comunidad. En esta perspectiva,

¹⁴ Señala Guzmán Napuri

La inactividad administrativa material

La Administración Pública no solo incurre en inactividad formal, sino también en aquella en la que incurre omitiendo un comportamiento material, al cual se encuentra obligada por el ordenamiento o por una actuación administrativa. En estos casos es evidente que también se está incurriendo en una omisión susceptible de ser impugnada por ser ilegal, pero que además puede vulnerar los intereses del administrado. Ahora bien, puede en este caso considerarse que el proceso a emplearse debería ser el proceso de cumplimiento. Sin embargo, como bien se sabe, a este proceso le afecta también el principio de residualidad o subsidiaridad propio de los procesos constitucionales, situación en la cual el proceso aplicable es el contencioso administrativo por omisión, que como se ha señalado se tramita vía el proceso urgente, cumpliendo con los requisitos establecidos para el mismo.

Guzmán Napuri, Christian. *Las actuaciones impugnables en el proceso contenciosos administrativo Peruano*.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13549/14174>

¹⁵ En la Resolución Administrativa 315-2016-CE-PJ, se observa la necesidad de crear una nueva sala civil para descargar la única sala civil en el Cusco.

esta protección reforzada solo puede otorgarse en la vía constitucional del proceso de amparo. El Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00551-2013-PA/TC, señala:

8. Así, a la luz de lo ya avanzado jurisprudencialmente, este Tribunal reitera que la protección del patrimonio cultural de la Nación constituye un auténtico atributo *iusfundamental*, cuyo carácter es básicamente difuso, el cual puede ser exigido y judicializado por cualquiera de sus titulares. (...)

9. En similar sentido, y también la luz de las discusiones y reivindicaciones más actuales en materia de derechos humanos (cfr. Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes), la protección y el acceso a bienes comunes universales, y en especial la protección de los bienes considerados como patrimonio de la humanidad (o mundial) y como patrimonio cultural inmaterial de la humanidad, también constituyen atributos *iusfundamentales*, los cuales además merecen una protección reforzada por parte del Estado y la comunidad (cfr. Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial).

10. En segundo lugar, este Tribunal considera que no corresponde rechazar liminarmente causas como la presente, aplicando sin más la causal de improcedencia contenida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, considerando que el proceso contencioso administrativo es una vía igualmente satisfactoria en la que puede obtenerse una tutela equivalente a la que brinda el amparo. Al respecto, como ha resuelto este Tribunal en anteriores oportunidades, existen algunos casos en lo que, pese a existir una vía ordinaria a la que podría acudir el demandante, corresponde a los jueces constitucionales brindar la tutela solicitada.

(...)

13. En este orden de ideas, este órgano colegiado considera que en aquellas causas en las que el principal argumento esté centrado, de manera directa, en la defensa del patrimonio cultural de la nación o del patrimonio mundial, en los términos expuestos supra (fundamentos 8 y 9), pueden ser conocidos y merecen tutela a través del proceso de amparo. Desde luego, a partir de esto no queda justificado traer a esta vía discusiones principalmente administrativas o patrimoniales, o asuntos carentes de relevancia constitucional, pues en estos casos sí resulta de aplicación lo dispuesto en el artículos 5, incisos 1 y 2, según sea el caso.

9.30. En este sentido, considerando que el problema esencial en el caso, está vinculado a la protección de derechos fundamentales (vulneración del patrimonio cultura y el derecho a la identidad), tales argumentos, a nuestro juicio, son razonables y suficientes para establecer que en el caso, la vía idónea e igualmente satisfactoria para la defensa del derecho a la identidad y al patrimonio cultural, es el proceso de amparo. Por tanto, corresponde pronunciarse sobre el fondo.

Sobre el escenario probatorio

9.31. Otros de los cuestionamientos que se observa en el caso para argumentar la improcedencia de la demanda de amparo, es la ausencia

de una etapa probatoria y el hecho de que en el caso existe la necesidad de la acreditación de la vulneración al derecho constitucional lesionado en consideración a la existencia de aspectos probatorios complejos. Tal situación implicaría acudir a la vía ordinaria, con un escenario probatorio más amplio y adecuado, en lugar de la vía constitucional

9.32.No obstante, como refiere el Tribunal Constitucional, en el caso no estamos ante ámbitos de discusión meramente administrativas, que involucren, por ejemplo, la nulidad de un acto administrativo o se pronuncien concretamente sobre una omisión; sino que el conflicto está vinculado directamente a la vulneración del Derecho Constitucional a la Identidad Cultural y al Patrimonio Cultural. En esta medida, aun cuando eventualmente pudiera existir una vía que ofrece un escenario probatorio con mayor amplitud (como la contenciosa administrativa) el proceso de amparo resulta siendo el más adecuado, por cuanto, en estricto, aborda la vulneración de los derechos fundamentales (Exp. N.º 00551-2013-PA/TC).

9.33.La ausencia de una etapa probatoria, no implica que en el proceso de amparo no pueden ofrecerse medios probatorios. De ocurrir tal supuesto, los demandantes estarían imposibilitados de acreditar la vulneración o la amenaza a sus derechos fundamentales y tal situación, como es obvio, implicaría la vulneración del derecho fundamental a probar, desarrollado por el Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente *actuados*, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, fundamento 15).

9.34.En este mismo escenario probatorio, debemos morigerar la existencia de una regla específica en la carga de la prueba: quien afirma la

vulneración de un derecho está en la obligación de acreditarlo. Esta regla, en consideración al derecho a probar, debe ser morigerada en los procesos constitucionales, adaptando criterios que permitan el desarrollo de este derecho a probar.

9.35. En estos casos particularmente complejos, la idea de las cargas probatorias dinámicas, no puede ser ajenas al proceso constitucional. Dicho de otro modo, en estos casos, debemos establecer que, quien debe ostentar la carga de la prueba, es la parte que se encuentra en mejores condiciones para probarlo, independientemente se trate del demandante y del demandado. Refiere, Priori al respecto:

Sin embargo, existen ciertas situaciones, que hacen que en circunstancias determinadas, quien alega un hecho, no se encuentre en mejores condiciones para probarlo, ya que no tuvo control de la situación en el momento de los hechos. Por ello, a fin de tutelar su derecho de defensa se establece una regla especial, que suele diferir de la proposición general, lo que se hace (i) a través de lo que se denomina inversión de la carga de la prueba (que no es otra cosa que el establecimiento de una regla de carga de la prueba especial); o, (ii) a través del establecimiento de presunciones.¹⁶

9.36. En el caso, no resulta razonable, asumir que la carga de la prueba para la acreditación de la vulneración del derecho fundamental a la identidad cultural y al patrimonio cultural, la debe asumir únicamente la parte demandante. De hecho, en esta suerte de debate probatorio (sin estación probatoria), la Asociación Comisión de Juristas, es la parte que menos condiciones y recursos tiene para acreditar un hecho que resulta particularmente técnico y complejo. En esta medida, debemos establecer que quienes están en mejores condiciones para acreditar son los demandados, particularmente la Dirección de Cultura y la Municipalidad Provincial del Cusco.

9.37. No obstante estas dificultades probatorias, en el análisis del presente proceso debemos establecer que en el caso ha sido acreditado la vulneración al derecho a la identidad y al patrimonio cultural. Es decir,

¹⁶ Giovanni F. Priori Posada y Roberto Pérez-Prieto de las Casas. *La carga de la prueba en el proceso laboral*
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12007/12575>.

debemos asumir que se ha acreditado que la constructora, no observó los parámetros urbanísticos y ha vulnerado el Plan Maestro del Cusco, que subsume la idea de protección y respeto al Patrimonio Cultural y derecho a la identidad.

9.38. Así, por ejemplo establece la Resolución Subdirectoral N° 246-2018-SDDPCDPC-DDC-CUSC/MC del 11 de setiembre del 2018 (folios 1918), y Resolución Directoral N° 1827-2018-DDC-CUS/MC (folios 2117), del 29 de noviembre del 2018 que en la parte resolutive señalan:

ARTICULO QUINTO.- DISPONER COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA que la empresa INMOBILIARIA R&G SAC, (...) realice el DESMONTAJE del área que excede el coeficiente de edificación permitido, y consecuentemente adecúe las construcción ejecutada de la obrar materia de presente procedimiento administrador, a los parámetros urbanísticos establecidos en el Reglamento del Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco, considerando las especificaciones técnicas proporcionadas previamente por el área técnica competente (...) (el subrayado es nuestro)

9.39. Asimismo, se debe considerar, como un medio probatorio que acredita la vulneración al derecho al patrimonio cultural y con ello el derecho a la identidad cultural, el Informe de Auditoría (folios 812) en el que entre otros se llega a concluir lo siguiente:

- a) Funcionarios de la Municipalidad emitieron el certificado de parámetros urbanísticos edificatorios, transgrediendo la normativa aplicable para la conservación y protección del patrimonio histórico, permitiendo la alteración del contexto urbano
- b) Funcionarios omitieron cautelar la protección y conservación de los muros prehispánicos y republicanos ubicados en predio N° 386, del proyecto de edificación del Hotel de la calle Saphy, permitiendo su desmontaje en febrero del 2012, los cuales después de ser desmantelados, fueron enchapados sobre una estructura moderna en el año 2014, situación que ocasiona daño irreparable al patrimonio cultural.

9.40. El Informe N° 109-2018-YVML-AFDP-SDDPCDPC-DDC-CUS/MC, del 11 de setiembre del 2018 (folios 1772), emitida por la Arquitecta Yadira Vanessa Montalvo Loaiza, sobre la presunta afectación al patrimonio cultural de la nación y que toma como referencia el

Informe de Auditoría N° 135-2017-CG/EDUC-AC, corrobora esta acreditación de la vulneración de los derechos fundamentales puestos en cuestión.

- 9.41. En relación a los medios probatorios ofrecidos por la demandada Inmobiliaria R&G SAC, debemos señalar que los mismos que ha sido ofrecidos en el mas digo de su absolución de la demanda. A mas de utilizar el principio de adquisición procesal, los demandantes han ofrecido como medios probatorios la Licencia de Obra, Licencia de edificaciones, vistas fotográficas, que acreditan las inspecciones, entre otros. Sobre estos medios probatorios debemos señalar que:
- a) No son idóneas para acreditar la ausencia de la vulneración del derecho a la identidad y al patrimonio Cultural. En todo caso, en el Informe de Auditoría, se establece que estos instrumentos colisionan con el Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco.
 - b) El demandado, en la contestación de la demanda, no ha señalado argumento alguno respecto a la vulneración del Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco y a la destrucción de los muros prehispánicos, limitándose a señalar la licitud de las licencias obtenidas para la construcción del inmueble destinado a Hotel.
- 9.42. En esta medida, en el proceso de desmontaje o demolición que debe efectuarse en la construcción realizada por la Empresa Inmobiliaria R&G SAC, deberá observarse rigurosamente los parámetros señalados en el Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco.
- 9.43. En relación a la posible destrucción de los muros prehispánicos, debemos establecer un criterio distinto al anterior. La apelante Asociación Comisión de Juristas, sobre la destrucción de los muros prehispánicos, afirma la posibilidad de su reparación o restauración en las condiciones primigenias. El Informe de Auditoría que obra en el expediente, por el contrario, sostiene la existencia de un daño irreparable.
- 9.44. Dada la complejidad del caso y la insuficiencia probatoria, para establecer la reparabilidad o no del daño inferido a los muros incas o

prehispánicos, no es posible asumir una conclusión de los medios probatorios existentes en el proceso; sin tener en el proceso un informe técnico especial relativo al caso.

- 9.45. En este especial escenario de debate, consideramos que, de modo absolutamente objetivo y excepcional, la demandada Dirección de Cultura, debe realizar las evaluaciones e informes correspondientes, dentro de la normativa de protección al patrimonio cultural, a efectos de determinar la incidencia del daño de la Inmobiliaria R&G SAC en los muros prehispánicos existentes antes del inicio de la construcción, a efectos de determinar, en ejecución de sentencia, la irreparabilidad del mismo o la posibilidad de restauración¹⁷. En este último supuesto, deberán llevarse a cabo todas las acciones conducentes a la restauración y/o recuperación de los muros prehispánicos, dentro de las normas técnicas que regula la protección del patrimonio cultural. Consideramos que dado el carácter relevante del caso, no es posible prescindir de un pronunciamiento al respecto.

Sobre la vulneración al principio *ne bis in idem*

- 9.46. La Empresa Inmobiliaria R&G SAC, en uno de sus últimos escritos (folios 2135), solicita que se declara la improcedencia de la demanda, en consideración a que existe una resolución administrativa que dispone el desmontaje de lo indebidamente construido (resolución posterior a la presentación de la demanda). En esta medida, un pronunciamiento por el juez constitucional, de acuerdo a la Empresa Inmobiliaria, implicaría una doble sanción y en esta medida una vulneración al principio *Nom bis In idem*.

¹⁷ La norma especial establece requisitos para las actividades relacionadas con ejecución de obras en bienes inmuebles:

(...)

d) Las paralizaciones de obra y las demoliciones que ordene el INC, se *ejecutarán por vía coactiva* y todo gasto que se irrogue será asumido por los infractores. La orden de paralización de obra o de demolición a que se refiere esta ley, conlleva la obligación de los infractores de devolverla al estado anterior de la agresión, salvo el caso de imposibilidad material demostrada, correspondiendo a dicha entidad ejercer las acciones legales necesarias (...)

En: Tuero Ochoa, Karelin. *Los delitos contra el Patrimonio Cultural: delimitación de los ámbitos de responsabilidad penal y administrativa*. Tesis PUCP. Lima 2013. P. 85

- 9.47. Sobre este punto, este Tribunal debe establecer que la emisión de una sentencia de vista que revoca la sentencia en primera instancia y que dispone la apertura de un proceso de demolición de lo ilícitamente construido (...), no puede ser considerado como una doble sanción.
- a) Las decisiones que asume el Juez Constitucional, no constituyen decisiones administrativas; sino decisiones de carácter jurisdiccional.
 - b) Estamos ante bienes jurídicos distintos
 - c) Asimismo debemos señalar que la Inmobiliaria R&G SAC, presentó demanda contenciosa administrativa contra la Resolución Administrativa que inicia el procedimiento de desmontaje de la construcción indebida. Este hecho coloca al acto administrativo en un estado de incertidumbre, en la medida que eventualmente puede ser declarada nula, por el órgano jurisdiccional
 - d) En esta medida, en consideración a la doctrina de los actos propios, la Inmobiliaria R&G SAC, no puede beneficiarse de su propia actuación.

Sobre el derecho de propiedad

- 9.48. Otro de los puntos sobre el que es necesario emitir pronunciamiento, incide en establecer si en el caso se ha vulnerado el derecho fundamental a la propiedad de la inmobiliaria R&G SAC, al disponer el desmontaje de lo indebidamente construido. Esta construcción es propiedad de la inmobiliaria R&G SAC. En este sentido, señala el Tribunal Constitucional EXP. N.º 03258-2010-PA/TC:

Derecho de propiedad

- 2. El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70.º de la Constitución se reconozca que el “derecho de propiedad es inviolable” y que el “Estado lo garantiza”.
- 3. Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice

la función social que le es propia. De ahí que el artículo 70.º de la Constitución precise que el derecho de propiedad se “ejerce en armonía con el bien común”. Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos.

4. En este orden de ideas, como ya este Tribunal lo ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N.º 05614-2007-PA/TC, el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: **a)** un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, **b)** un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.

9.49. El derecho a la propiedad, al igual que todo derecho constitucional, no es un derecho absoluto. En esta medida, como refiere el Tribunal Constitucional, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos.

9.50. En este sentido, sin necesidad de efectuar ponderación alguna, debemos establecer que el derecho de propiedad del demandante no puede ser amparada en este proceso, en cuanto transgredió el Plan Maestro Histórico del Cusco y su Reglamento (Ordenanza Municipal 115-MC) que no permite edificaciones o construcciones de materiales de cemento y fierro de más de 2 niveles o 9 metros de altura máxima en el Centro Histórico, así como la Legislación sobre protección del Patrimonio Cultural.

Sobre los litisconsortes necesarios

9.51. Finalmente, sobre la intervención de los litisconsortes necesarios que se apersonaron al proceso, esencialmente en defensa de su derecho de propiedad, coincido con los argumentos del Juez Gutiérrez Merino.

III. VOTO:

Por estas consideraciones, mi voto es de adhesión al voto del Juez Gutiérrez Merino que:

1. **DECLARA IMPROCEDENTE** el pedido de incorporación al proceso solicitado por Juan Jesús Salazar Chávez, como litisconsorte necesario activo.

- 2. REVOCA** la Resolución N° 52 de fecha 27 de diciembre de 2018, obrante a fojas 1150 y siguientes; y, **REFORMÁNDOLA**;
- a. Declarar **INFUNDADA** la pretensión respecto de: "Se ordene a la Municipalidad Provincial del Cusco y al Ministerio de Cultura a través de la Dirección Desconcentrada de Cusco, que cesen su omisión y adopten todas las medidas necesarias que aseguren la protección y conservación del patrimonio histórico y cultural que se encuentra en el inmueble en construcción (único) ubicado en la Calle Saphy inmuebles N° 346, 386, 647, 704, 714, 740, dentro del Centro Histórico del Distrito y Provincia del Cusco".
- b. **FUNDADA** la pretensión respecto de: "Que, a efectos de restituir la situación de hecho y de derecho al estado anterior a la vulneración que sustenta esta demanda, se ordene a la Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco, la apertura de un proceso de demolición de lo ilícitamente construido en el citado inmueble, que altera y destruye en forma continua los muros arqueológicos prehispánicos, e incas existentes, violentado los parámetros urbanísticos y distorsiona la armonía y configuración tipológica del Centro Histórico del Cusco, procediendo conforme a la Ley General del Patrimonio Ley N° 28296 y su reglamento Art. 35, el plan maestro del Centro Histórico del Cusco".
- c. E **IMPROCEDENTE** respecto de la pretensión de: "Que, se ordene a la empresa Inmobiliaria R&G SAC se abstenga de realizar graves alteraciones y destrucciones de muros incas y prehispánicos, así como abstenerse de seguir construyendo edificaciones que alteren y destruyan el patrimonio cultural de la nación, y que proceda a ejercer su propiedad de conformidad con las normas nacionales e internacionales sobre protección al patrimonio cultural".
- 3. DEVOLVIERON** los autos al juez de origen para la correspondiente ejecución de la sentencia; pudiendo hacer uso de las facultades previstas por el artículo 82 del Código Procesal Civil.

WILBER BUSTAMANTE DEL CASTILLO

Juez Superior