

# **LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL DERECHO**

**ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR  
ENRIQUE BARROS BOURIE**

**ADRIÁN SCHOPF OLEA  
JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ  
EDITORES**



**THOMSON REUTERS**

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA PROTECCIÓN  
DE LOS MONUMENTOS EN CHILE

MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME\*

Resulta imposible escribir en esta obra sin agradecer la generosidad con la que el profesor Enrique Barros ha formado a muchos estudiantes de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Tal como ha mencionado el propio homenajeado en el texto que inspira el título de este artículo, el reconocimiento de lo privado “se produce cuando el derecho es concebido a partir del concepto de derecho subjetivo”.<sup>1</sup> Uno de los derechos subjetivos más protegidos por nuestro ordenamiento es el derecho de propiedad. En efecto, este derecho se ha planteado habitualmente como el más completo y absoluto, en tanto permitiría a su titular hacer uso arbitrario del objeto sobre el que recae el dominio, pudiendo incluso destruirlo. Sin embargo, rápidamente aparece la pregunta acerca de las limitaciones que puede sufrir este derecho. Por regla general, para dar respuesta a esa pregunta, se han distinguido limitaciones y obligaciones de origen privado y público, atendiendo al sujeto que resulta beneficiado por ellas. En el caso de estas últimas, de acuerdo a lo dispuesto por el propio texto constitucional, se pueden establecer, en tanto comprendidas en la función social, limitaciones y obligaciones relacionadas, entre otros fines, con los intereses generales de la nación y la conservación del patrimonio ambiental. Es bajo dicho alero que se ampara la protección de los monumentos en Chile, la cual

---

\* Profesora de Derecho Civil, Universidad de Chile. LL. M., Universidad de Harvard. Doctora en Derecho, Universidad de Chile.

<sup>1</sup> BARROS BOURIE, Enrique, “Lo público y lo privado en el Derecho”, *Estudios Públicos*, N° 81, 2001, p. 23.

en todo caso no es propia solamente de nuestra tradición jurídica.<sup>2</sup> En el presente trabajo se analizarán las diversas limitaciones y obligaciones a la propiedad destinadas a proteger el patrimonio monumental en Chile. Para ello, se mirará la forma en que se han regulado los monumentos en Chile, principalmente desde la perspectiva de los particulares, y el modo en que se han resuelto en el ámbito judicial los conflictos que se han presentado a través del tiempo. La finalidad de lo anterior, más que establecer respuestas definitivas, es establecer categorías de problemas y configurar los términos de un debate sobre la materia.

La Ley N° 17.288, que “Legisla sobre Monumentos Nacionales” (en adelante, “LMN”), publicada en el Diario Oficial el 4 de febrero de 1970, constituye el corazón de la protección de los monumentos en Chile.<sup>3</sup> Esta regulación tutela y regula cinco categorías de interés monumental:<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Se da cuenta de la protección de los monumentos incluso en la antigua Roma, en OLIVER SCHNEIDER, Carlos, “Apuntes relativos a la legislación protectora de monumentos nacionales”, *Boletín del Seminario de Derecho Público en la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago*, Santiago de Chile, N° 5, 1935, pp. 53 y 54, y REVETRIA BELTRÁN, Mafalda, “El régimen jurídico de la propiedad monumental en Chile”, *Revista de Derecho Público*, N° 21-22, 1977, p. 86.

<sup>3</sup> La gran tipología que queda fuera de la protección de la LMN es la de los bienes inmateriales o intangibles que naturalmente puedan ser de interés para el patrimonio cultural colectivo. Ellos se encuentran protegidos principalmente por Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, que define y regula al patrimonio cultural común en su artículo 11; la Ley de Propiedad Industrial, N° 19.039, que establece en su artículo 20 una serie de causales de irregistrabilidad marcaría y en su artículo 37 otros tantos casos de imposibilidad de otorgarse una patente de invención, y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (Unesco), adoptada en París el 17 de octubre de 2003 y publicada en el Diario Oficial el 13 de marzo de 2009, que protege, entre otras categorías, a las tradiciones, expresiones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y las técnicas artesanales tradicionales.

<sup>4</sup> La ley define en su artículo 1° como monumentos nacionales a “los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antro-po-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo”. La única categoría considerada por la LMN que queda fuera de esta nomenclatura es la de las zonas típicas. De hecho, Revetria estima que las zonas típicas “no son monumentos nacionales en sí, sino que son zonas de protección en las cuales hay monumentos históricos o ruinas arqueológicas”, REVETRIA, cit. (n. 2), p. 110. Si bien no existe

los monumentos históricos, los monumentos públicos, los monumentos arqueológicos, las zonas típicas y los santuarios de la naturaleza.<sup>5</sup> El espectro de categorías de bienes que pueden resultar protegidos es muy amplio, incluyéndose bienes muebles e inmuebles, rurales, urbanos y marinos, creados por la naturaleza o por el hombre. La LMN, en conjunto con varias otras normas complementarias, constituye la forma tradicional de proteger a los monumentos nacionales. Pero a partir de la dictación de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, los monumentos pasan a formar parte del medioambiente, razón por la que le son aplicables numerosas disposiciones que velan por su protección.<sup>6</sup> De forma adicional a las disposiciones que buscan directamente la protección de los monumentos, existe una categoría de normas, que puede mirarse como complementarias, en tanto consideran la protección indirecta de estos bienes a través del establecimiento de mayores requisitos para el desarrollo de ciertas actividades que pudieran afectarlos. Por último, existen diversas disposiciones que establecen beneficios para los dueños de los monumentos. En los párrafos que siguen, se analizarán cada una de las categorías enunciadas, para finalizar con el análisis de los principales conflictos que se han presentado en torno a la protección de los monumentos.

---

un requerimiento legal obligatorio en cuanto a la existencia de otras categorías monumentales dentro de las zonas típicas, parece difícil, a partir de la literalidad del artículo 1° de la LMN, incluir a las zonas típicas dentro de la nomenclatura de “monumentos nacionales”. En igual sentido ha fallado una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que, conociendo de un recurso de nulidad en materia penal, relacionado con los tipos penales regulados por los artículos 374 letra e) y 373 letra b) del Código Penal, resolvió que no se debía confundir a los monumentos nacionales, definidos en el artículo 1°, con las zonas típicas definidas en su artículo 29 (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de marzo de 2012, rol N° 213-2012, considerando 17° y 18°). Es por lo anterior que para abarcar a todas las categorías contenidas en la LMN se ha preferido utilizar el sustantivo de “monumentos”.

<sup>5</sup> Los santuarios de la naturaleza no deben confundirse con otras categorías protegidas, ya sea por leyes o convenciones internacionales suscritas por Chile, como son, por ejemplo, los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales, las reservas de regiones vírgenes, los distritos de conservación de suelos, bosques y agua, las áreas de protección turística, los bosques nativos de preservación y conservación, los parques marinos, las reservas marinas y las zonas húmedas, reconocidas por diversas regulaciones, ver detalle en GALLARDO GALLARDO, Enrique, *Manual de Derecho Forestal*, Santiago de Chile, Editorial Maval, 2013, pp. 241-265. En la categoría de los monumentos naturales, ya en 1940 Chile firmó la “Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales”, que ha servido de antecedente para que numerosas especies de la flora y la fauna se consideren como monumentos naturales.

<sup>6</sup> Publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994.

## I. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

La historia constitucional chilena no contempla normas destinadas a la protección directa del patrimonio monumental. Sólo a partir de la Constitución de 1980 se aprecian los primeros cambios mediante su reconocimiento a través de algunas de las garantías constitucionales tuteladas por el artículo 19. Así, al referirse al derecho a la educación, establece en el inciso 6° del artículo 19 N° 10 que al Estado le corresponde “(...) la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”. Esta primera disposición tiene el sentido de inspirar al Estado en el desarrollo de sus acciones. Por su parte, el artículo 19 N° 8 reconoce “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. El reconocimiento que la Constitución realiza en el ámbito medioambiental es de la mayor relevancia, en tanto, como se analizará más adelante, la protección del patrimonio cultural forma parte del medio ambiente. Además, en el mismo numeral autoriza al establecimiento, por medio de ley, de restricciones específicas para el ejercicio de ciertos derechos o libertades para proteger el medioambiente. De trascendental relevancia desde la perspectiva de los particulares son las tres garantías consagradas en la Constitución que se relacionan directa e indirectamente con la regulación de los monumentos. Primero, en el artículo 19 N° 23 se consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes excepto los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a toda la nación.<sup>7</sup> La relación de esta garantía con los monumentos se produce en tanto se puede ver limitada la posibilidad de adquirir algún tipo de bienes de interés monumental, en cuanto una ley así lo declare. Segundo, en el artículo 19 N° 24, tras reconocer el derecho de propiedad de forma amplia, la Constitución permite la imposición de limitaciones al dominio en razón, entre otras, de los intereses de la nación y la conservación del patrimonio ambiental. Sin perjuicio de la facultad para establecer limitaciones, no se pueden afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, según lo exige el artículo 19 N° 26. Tercero, resta por mencionar la garantía de la igual repartición de las cargas públicas, consagrada en el artículo 19 N° 20. Ella constituye una de las normas más citadas, especialmente

---

<sup>7</sup> En relación con las clasificaciones a las que pueden someterse las categorías monumentales, ver REVETRIA, cit. (n. 2), pp. 92-95.

por la doctrina, a la hora de cuestionar la procedencia de las limitaciones establecidas en beneficio de la protección de los monumentos.<sup>8</sup>

Además de las normas constitucionales, existen numerosos convenios y tratados internacionales que tienen por finalidad la protección de los bienes que se califican como monumentos, a la luz de la legislación nacional. Un elemento que se desprende en muchas ocasiones de los considerandos de estos documentos es que se concibe a la protección de monumentos como un interés que va más allá del Estado donde se encuentra localizado el monumento a ser protegido. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) ha sido la principal promotora de la incorporación de regulaciones destinadas a la protección de los monumentos, y de la cultura en general, en los ordenamientos internos. Chile ha suscrito varias de ellas.<sup>9</sup> La principal y más general es la “Convención del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”.<sup>10</sup> En ella se refleja la

---

<sup>8</sup> Otras normas constitucionales complementan lo que podría considerarse como la regulación que permite definir el marco constitucional de los monumentos en Chile. Así, el artículo 63 N° 5 señala que son materias de ley aquellas que regulen honores públicos a los grandes servidores. Desde una perspectiva más bien orgánica, el artículo 111 en su inciso 2°, a propósito del gobierno y administración regional, establece que los gobiernos regionales, a cargo de la administración superior de cada región, tienen por objeto, entre otros, el desarrollo cultural de la región. Con un sentido también orgánico, el artículo 114 de la Constitución establece que la ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República podrá transferir a los gobiernos regionales competencias de los ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa en diversas materias, entre otras, en aquellas relacionadas con el desarrollo cultural.

<sup>9</sup> La información actualizada de las convenciones ratificadas por Chile está disponibles en la página web de la Unesco. Otras organizaciones internacionales también se han ocupado de alcanzar consensos en relación con la protección de estos bienes. Un ejemplo de ello es el Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (acordado en Roma, el 24 de junio de 1995, no ratificado por Chile) y la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, “Convención de San Salvador”, de la OEA (aprobada el 16 de junio de 1976 en Santiago, y firmada por Chile el 7 de diciembre de 1978, pero aún no promulgada ni publicada).

<sup>10</sup> Aprobada por la Unesco en su 17ª reunión, en París en noviembre de 1972 y que fue promulgada por Decreto Supremo N° 259 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1980. Como complemento, pero en el ámbito de los bienes inmateriales, se suscribió la ya mencionada “Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial”. Además, debe mencionarse la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (adoptada en París en 2005). Chile adhirió

relevancia tanto del patrimonio cultural como natural, entendiendo que su desaparición o menoscabo perjudica a todos los pueblos del mundo.<sup>11</sup> Como resultado de la suscripción de este convenio el Estado de Chile se obliga a “prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural”.<sup>12</sup> Esta regulación se encuentra en armonía con las finalidades y bienes protegidos por la ley que resguarda los monumentos en Chile. Otras convenciones de relevancia se han dictado para la protección de bienes de interés cultural para situaciones específicas, como son la “Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su reglamento”<sup>13</sup> y la “Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales”.<sup>14</sup>

En lo que se refiere a la protección de bienes históricos y arqueológicos ubicados en el mar, Chile adoptó la “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, en virtud de la cual los objetos de carácter arqueológico o histórico hallados en la zona contigua deben ser conservados, o debe disponerse de ellos en beneficio de toda la humanidad. Asimismo, se impone a los Estados la obligación de proteger los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar sin perjuicio de los derechos que pudieran tener particulares.<sup>15</sup>

---

a esta convención, la cual fue promulgada mediante decreto N° 82 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de junio de 2007.

<sup>11</sup> Ver considerandos de la “Convención del Patrimonio Mundial Cultural y Natural” y sus artículos 1° y 2° en que se define al patrimonio cultural y natural respectivamente.

<sup>12</sup> Artículo 6° N° 2° de la Convención.

<sup>13</sup> Convenio acordado en La Haya en 1954, contenida en el Decreto N° 240 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 2009. En ella se definen los bienes culturales, dentro de los que se consideran los inmuebles de importancia para el patrimonio cultural, así como los edificios que resguardan bienes muebles de importancia y los centros que contemplen un número considerable de bienes culturales (artículo 1°). Bajo esta convención los Estados se obligan a respetar estos bienes e impedir actos de robo, apropiación, ocultamiento, actos de vandalismo respecto de los mismos y a no requisarlos ni tomar medidas de represalia contra los mismos (artículo 4°).

<sup>14</sup> Unesco, adoptada en París el 14 de noviembre de 1970 y contenida en el Decreto N° 141 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 2014.

<sup>15</sup> Decreto N° 1.393 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1997 (artículos 149 y 303).

## II. LA PROTECCIÓN FUNDAMENTAL:

### LA LEY DE MONUMENTOS NACIONALES Y SUS NORMAS COMPLEMENTARIAS

#### *1. Algo de historia: Las primeras regulaciones generales sobre monumentos en Chile*

La primera ley referida a los monumentos en Chile se estableció a través del decreto N° 3.500 de 19 de junio de 1925, que nombró una comisión encargada de la vigilancia de los monumentos históricos nacionales. Los considerandos de esta regulación, promulgada durante el gobierno de Arturo Alessandri Palma, dan cuenta de la situación al momento de dictarse esta normativa en el país: existían monumentos históricos, artísticos y arqueológicos expuestos a sufrir deterioros, como capillas y fuertes, los cuales, a falta de una legislación y de la existencia de una autoridad responsable, habían sido robados y abandonados.<sup>16</sup> La estructura del mencionado decreto fue relativamente simple. En lo sustancial, ponía bajo la protección del Estado a los edificios y monumentos históricos y arqueológicos. A fin de materializar esta protección, se creó una comisión gubernativa encargada de la vigilancia, restauración y conservación de esos monumentos. Dentro de sus atribuciones se mencionaban la de llevar un registro histórico de los monumentos; indicar al gobierno los trabajos necesarios de restauración y conservación; solicitar la cooperación a autoridades civiles y militares; perseguir la responsabilidad civil y criminal por los daños causados a los mismos; velar por la conservación y supervigilancia de los bienes declarados monumentos, y solicitar la devolución de los elementos pertenecientes a dichos monumentos.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Particularmente interesante resulta la revisión de los considerandos 1° a 8° del mencionado decreto. Tras enunciar que una de las manifestaciones de cultura de un país está constituida por la conservación de los monumentos artísticos e históricos, y siempre mirando a modelos foráneos, se afirma: “Que en las naciones de mayor cultura se ejerce por el Estado una severa vijilancia i decidida protección sobre los citados monumentos, por medio de Comisiones Gubernativas que han llevado a cabo importantes restauraciones en edificios i monumentos que fueron levantados en épocas pasadas i gloriosas, i que habían quedado en completo abandono”. El origen inmediato del mencionado decreto se encuentra en la 5ª Conferencia Panamericana, celebrada en Santiago en 1923, en la que se habrían tomado resoluciones para que los gobiernos dictaran leyes que obligaran a los particulares a denunciar hallazgos y tráfico con fines de lucro de estos bienes.

<sup>17</sup> Artículos 1° a 7°.



Este primer decreto no contuvo normas que establecieran en forma directa obligaciones que pudieran imponerse a los particulares dueños de algunos de estos monumentos. Aun cuando esta normativa no desconoció la posibilidad de que los particulares fueran dueños de algunos de estos bienes, no se pronunció acerca de los efectos que lo anterior podía conllevar, salvo por la posibilidad de los particulares de realizar aportes para la restauración de los monumentos. Más aún, se podría decir que la idea presente en el decreto es la de lograr la incorporación de los monumentos al haber del Estado. Es así que se establecía como atribución de la comisión, por una parte, la gestión por medios legales de la reivindicación o cesión de los monumentos por parte de particulares al Estado, a fin de que pudieran ser accesibles al público, y, por otra, la expropiación de los edificios de propiedad privada que fuera conveniente adquirir o conservar. Sin perjuicio de ello, esta ley ya denota el interés general que reviste para la ciudadanía la protección de estos monumentos, al permitir que cualquier persona pudiera denunciar su existencia, prerrogativa que mantiene su vigencia hasta el día de hoy.<sup>18</sup>

Sólo unos meses después, el 30 de octubre de 1925, se publicó en el Diario Oficial el decreto ley N° 651, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra, bajo la vicepresidencia de Luis Barros Borgoño.<sup>19</sup> Este texto resulta de fundamental importancia, pues su estructura y normativa son adoptadas en gran medida por la ley N° 17.288, actualmente vigente. El decreto se inicia con una definición de monumentos nacionales, que incluye las principales categorías protegidas, esto es, los edificios o ruinas históricas o artísticas, los elementos antro-po-arqueológicos, y los monumentos públicos de carácter conmemorativo, las que siguen aún bajo protección de la normativa actualmente en vigor.<sup>20</sup> La supervigilancia sobre

---

<sup>18</sup> Ver artículo 4º, N°s. 3 y 5 a 9.

<sup>19</sup> El D.L. N° 651 no sufrió modificaciones durante su vigencia. De hecho, nunca se dictó el reglamento considerado en su artículo transitorio, por tanto, siguió rigiendo el D.L. N° 3.500.

<sup>20</sup> El artículo 1º definía a los monumentos nacionales como: “Los edificios o ruinas de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios de aborígenes; los objetos o piezas antro-po-arqueológicas o de formación natural que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional y cuya conservación interese a la ciencia, a la historia o al arte; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público con carácter conmemorativo, quedan, como monumentos nacionales, bajo la protección del Estado” (el español fue actualizado).

los monumentos es encargada al Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, CMN).

Merece la pena referirse a dos de las tipologías de monumentos considerados por la regulación, por ser relevantes en su relación con la propiedad de los particulares.<sup>21</sup> Primeramente, en lo que tiene que ver con los monumentos históricos se establecieron como atribuciones del CMN su conservación, reparación y vigilancia. En cuanto a los deberes de los particulares, se fijaron tres situaciones de interés, las cuales persisten hasta nuestros días, con ciertas modificaciones. En primer lugar, en relación con los bienes muebles, se restringió tanto la posibilidad de sacarlos o removerlos del inmueble que se hubiese declarado monumento histórico y se prohibió su exportación. En segundo lugar, se estableció la principal limitación en relación con un monumento histórico de propiedad de un particular, estableciendo que no puede “destruirlo, transformarlo, repararlo cambiar su aspecto, ni hacer en sus alrededores construcción alguna que lo desvirtúe, sin haber obtenido antes autorización por decreto supremo, que será dictado previo informe favorable del Consejo”. En tercer lugar, se estableció una preferencia para la adquisición de monumentos por parte del Estado, previa tasación de tres peritos.<sup>22</sup> La segunda categoría de interés considerara por el D.L. N° 651 corresponde a los bienes arqueológicos, antropológicos, paleontológicos o paleantropológicos. A fin de resguardar estos bienes, el legislador impuso la obligación de solicitar autorización previa para realizar las excavaciones necesarias. En relación con el destino de los bienes extraídos, el legislador distinguía si el inmueble era de propiedad del Estado o de particulares. En el primer caso, los bienes tenían el carácter de bienes nacionales y el Estado simplemente debía compensar a las personas que hubieren participado en las excavaciones mediante la entrega de un ejemplar de cada pieza encontrada. En caso de que los terrenos fueran de particulares, la cuarta parte de

---

<sup>21</sup> El análisis del estatuto aplicable a los monumentos públicos no reviste mayor interés o dificultades, pues básicamente se encuentran bajo la vigilancia del Estado a través del CMN y no pueden ser ni construidos ni modificados sin intervención de esta entidad. La intervención de los particulares sólo es considerada para efectos del posible financiamiento de su mantención (artículo 15).

<sup>22</sup> Ver especialmente artículos 7° a 11.

los objetos extraídos pasaba a poder del Estado. Por último, se establecía una obligación de denuncia.<sup>23</sup>

Bajo la vigencia del D.S. N° 651 se dictaron al menos 24 decretos de declaratoria de monumentos nacionales. Dentro de los bienes declarados como monumentos históricos se puede mencionar, entre otros, a diversos fuertes, torreones, islas, iglesias, campanarios, conventos, estaciones de ferrocarriles, locomotoras y restos de dinosaurios.<sup>24</sup> En paralelo, se dictaron cuatro leyes destinadas a declarar monumentos nacionales decretando o autorizando en la mayor parte de ellos la expropiación de los mismos, sin que dichas expropiaciones se rigieran por criterios uniformes en cuanto a la forma y montos de la indemnización respectiva.<sup>25</sup>

## 2. La ley N° 17.288

La importancia de la ley N° 17.288, o LMN, además de estar vigente casi en su totalidad desde su dictación, está dada porque la mayor parte de los monumentos existentes en la actualidad han sido declarados bajo su vigencia.<sup>26</sup> Por ello, los conflictos jurídicos de relevancia que han resuelto los tribunales responden a la aplicación de esta ley. Un elemento destacable de esta regulación, en cuanto a su alcance normativo, es que, a diferencia de la regulación predecesora, incorporó la protección de dos nuevas categorías: los santuarios de la naturaleza y las zonas típicas o pintorescas. Los

---

<sup>23</sup> Artículos 16 a 20.

<sup>24</sup> Información compilada de acuerdo con datos disponibles en la página web del CMN y en base a la revisión de diversos decretos de la época.

<sup>25</sup> Ver: (i) Ley N° 4542 publicada el 25 enero de 1929, que declara monumento nacional a cargo de la Municipalidad de Petorca la casa donde nació el expresidente Manuel Montt; (ii) Ley N° 13.936, publicada el 30 de abril de 1960, que decreta la expropiación y fija ahí mismo que se entregue el monto no discutido y que por el resto puede ir a tribunales respecto de Casa Colorada; (iii) Ley N° 16.980, publicada el 15 de octubre de 1968, que declara de utilidad pública y autoriza al presidente a expropiar la casa cuna de Arturo Prat y terrenos adyacentes, y (iv) Ley N° 14.693, publicada el 28 de noviembre de 1961, que declara monumento nacional el mausoleo erigido a Gabriela Mistral y los terrenos adyacentes, ubicados en Montenegro.

<sup>26</sup> De la totalidad de monumentos declarados (1466), el mayor porcentaje lo ha sido bajo la vigencia de la ley N° 17.288. Estadística al 8 de octubre de 2015, obtenida de página web del CMN.

ejes normativos que inspiran a esta ley son en cierto sentido similares a los de su antecesora. Por una parte, se hace un fuerte hincapié en la tuición y protección de estos bienes por parte del Estado, la cual es canalizada principalmente a través del CMN.<sup>27</sup> Sin perjuicio de ello, la conservación deja de ser una de las misiones principales del Estado.<sup>28</sup> Por otra parte, se pone un importante acento en la forma en que los particulares se deben relacionar con este tipo de bienes. Lo anterior se muestra, principalmente, a través del establecimiento de derechos y deberes para los particulares, algunos radicados en los dueños de los bienes protegidos por la ley y, otros en los miembros de la sociedad en general.

Esta ley fue discutida y aprobada durante la presidencia de Eduardo Frei Montalva. El Mensaje con que el proyecto fue enviado para su discusión por el Congreso da cuenta de la existencia de vacíos en la antigua regulación y de la necesidad de actualizar algunas disposiciones.<sup>29</sup> En términos generales el proyecto fue acogido en forma prácticamente íntegra en ambas cámaras. Sin embargo, se plantearon al menos dos discusiones de relevancia en la Cámara de Diputados. La primera de ellas dijo relación con la discriminación que se establecía en beneficio de misiones científicas extranjeras respecto del material hallado en excavaciones, en cuanto se les reservaba en el proyecto un 50% de lo extraído.<sup>30</sup> En efecto, el diputado Montes planteó

---

<sup>27</sup> El CMN tiene la atribución y deber de, entre otras, pronunciarse sobre la conveniencia de declarar monumentos nacionales (artículo 6 N° 1); elaborar los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los monumentos nacionales (artículo 6 N° 3). En cuanto al acceso a los monumentos nacionales, el CMN tiene la facultad de reglamentar el acceso a los monumentos nacionales, o bien proponer las medidas administrativas que sean conducentes a una mejor vigilancia y conservación de los mismos (artículo 6° N° 5). Por último, el Consejo tiene el deber de gestionar la reivindicación, cesión, venta al Estado o adquisición a cualquier título de los monumentos nacionales que son de propiedad de un particular (artículo 6° N° 4).

<sup>28</sup> Resulta útil comparar el antiguo artículo 8° del D.L. N° 651 de 1925, que obligaba al CMN a conservar, reparar y vigilar los monumentos históricos (aunque dicha disposición programática se debe entender en un contexto en que se habían declarado muchísimos menos monumentos como tales).

<sup>29</sup> En particular, se refiere a la necesidad del CMN de contar con un presupuesto (*Historia de la Ley N° 17.288 Monumentos Nacionales*, Biblioteca del Congreso Nacional, 4 de febrero de 1970, p. 6).

<sup>30</sup> Articulado contenido en el Mensaje presidencial: “Artículo 25. El material obtenido en las excavaciones o hallazgos realizados por misiones científicas extranjeras, será repartido por

la pregunta de si dicha proposición constituía una discriminación que perjudicaba a los chilenos.<sup>31</sup> Tras varias discusiones, finalmente el presidente decidió enviar una moción sugiriendo que se rebajara a un 25%, de forma de no discriminar, pero al mismo tiempo no desincentivar a las misiones extranjeras.<sup>32</sup> En todo caso, el Ministro de Educación de la época, Máximo Pacheco, clarificó que este porcentaje de bienes, aunque se entregaran a la misión extranjera, no podían ser sacados del país.<sup>33</sup>

Una segunda discusión de relevancia se planteó a propósito de las cargas establecidas a los particulares en su calidad de dueños de un monumento histórico o de un inmueble ubicado en una zona típica. Estas discusiones parecen de suma importancia, pues es frecuente ver en ellas los tipos de argumentos que con posterioridad se plantean en los casos sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia. Dicha discusión se planteó en dos sedes. La primera a propósito de las autorizaciones necesarias para realizar construcciones en zonas típicas; la segunda referida a la obligación de los propietarios de monumentos históricos de conservarlos debidamente.

En relación con las zonas típicas, el artículo 30 inciso 1º, que se proponía y que fue posteriormente aprobado, estableció que se requiere autorización previa del CMN para realizar construcciones. Nuevamente, sería el diputado Montes quien señalara que “se requerirían una serie de trámites que, a mi

---

iguales partes entre éstas y el Consejo, reservándose este último el derecho a la primera selección, y su distribución se hará por el Consejo según lo determine el Reglamento. La exportación del material cedido a dichas misiones se hará en conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley N° 16.441 y en el Reglamento, previo informe favorable del Consejo” (*Historia de la Ley N° 17.288 Monumentos Nacionales*, Biblioteca del Congreso Nacional, 4 de febrero de 1970, p. 14).

<sup>31</sup> Discusión planteada por el Diputado Sr. Jorge Montes (*Historia de la Ley N° 17.288 Monumentos Nacionales*, Biblioteca del Congreso Nacional, 4 de febrero de 1970, p. 58). De hecho, parece pertinente agregar que el antiguo D.L. N° 651 establecía, a propósito de las excavaciones antropológicas, paleontológicas, etc., que eran del Estado los bienes extraídos de inmuebles fiscales o concesionados. En cambio, en el caso de los extraídos de terrenos de particulares sin intervención del Estado, la cuarta parte pasaba a poder del Estado (Título V, artículos 16-20).

<sup>32</sup> *Historia de la Ley N° 17.288 Monumentos Nacionales*, Biblioteca del Congreso Nacional, 4 de febrero de 1970, p. 94.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 59-61.

juicio, dificultarían, en último término, el progreso de la gente que vive en el lugar”.<sup>34</sup> Asimismo, cuestionaba las excesivas atribuciones otorgadas al CMN para resolver dichos asuntos.<sup>35</sup> A lo anterior, el Ministro de Educación respondió que “estoy de acuerdo con el Diputado señor Montes en cuanto a este criterio, que no va a ser aplicado por el Ejecutivo, sino por el Consejo de Monumentos Nacionales, que está integrado por especialistas. Que va a limitar el derecho al dominio. No cabe ninguna duda. Que puede limitar el progreso de una zona. Tampoco cabe ninguna duda. Y vuelvo al ejemplo de la Isla de Pascua. No nos interesa el progreso de una zona, desde el punto de vista material, sino la riqueza arqueológica, que tenemos la obligación de preservar, porque pertenece a la nación entera. Ése es el sentido y alcance de esta disposición. La prevención no tiene otro objeto que mantener ciertos lugares, que en nuestro país son bastante escasos, pero que es necesario conservar, porque de otra manera desaparecerían en su sentido unitario”.<sup>36</sup> Llamam la atención las preclaras palabras del ministro en cuanto a poner de manifiesto la inevitable contraposición de intereses que se plantean, por una parte, el que tiene la nación, a fin de conservar los monumentos de interés, y, por otra, el del particular, que espera desarrollar las aptitudes de su propiedad de la forma más amplia posible. Es éste el conflicto que se encuentra finalmente presente en prácticamente todas las disputas relacionadas con los monumentos.

Por su parte, en relación con el artículo 12,<sup>37</sup> el cual establecía la obligación de los propietarios de monumentos históricos de conservarlos debida-

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 58-59.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>37</sup> El artículo 12 tenía la siguiente redacción en el Mensaje, la cual fue finalmente aprobada por ambas cámaras: “Artículo 12. Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas. Si fuere un lugar o sitio eriazó, éste no podrá excavar o edificarse, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, como en los casos anteriores. La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de uno a cinco sueldos vitales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 27 de esta ley y de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública”. Articulado contenido en el Mensaje Presidencial (Mensaje de 18 de marzo de 1969).

mente, el diputado Zepeda planteó que en dicho artículo se imponían “una serie de obligaciones a los particulares dueños de monumentos históricos. Pero puede ocurrir el caso de particulares que se vean en la necesidad económica de tener que enajenar un bien, que además es monumento histórico, o que no estén en situación económica aceptable para mantenerlo debidamente o que no puedan realizar las reparaciones que este artículo aconseja y establece, con lo cual estas personas estarían expuestas a que se les aplicaran las sanciones contempladas en esta misma disposición”.<sup>38</sup> El autor de la observación planteó como solución la de permitir la expropiación del monumento histórico derechamente, en caso, que el propietario no pudiera mantenerlo. Es decir, propuso la idea de eliminar una propiedad limitada por estas cargas, trasladando la propiedad al Estado, previa indemnización como consecuencia de la expropiación. En respuesta a la propuesta, nuevamente el ministro Pacheco, tras aclarar que la propiedad siempre podía enajenarse, señaló que “algún perjuicio, evidentemente, va a sufrir. Pero, en tal caso, hay un conflicto de intereses; está el interés particular, que generalmente es de orden económico, y por otro lado, está el interés de toda la nación por preservar un patrimonio histórico (...) en ese conflicto de intereses, no me cabe ninguna duda (...) de que tenemos que optar por el interés común, frente al interés individual”.<sup>39</sup> Finalmente, tanto el artículo 12 como el 30 no sufrieron finalmente modificaciones en comparación con el proyecto presentado y siguen vigentes hasta hoy con igual redacción.

De las dos normas discutidas en la historia de la ley N° 17.288 se pueden extraer varias conclusiones. En el claro lenguaje del ministro Pacheco se aprecia el centro de la discusión, esto es, la idea de que las limitaciones destinadas a proteger los monumentos algún tipo de perjuicio han de causar. El Ministro de Estado enuncia con claridad que ciertos intereses colectivos, en este caso el de protección del patrimonio cultural, se superpone a intereses individuales de orden económico. El secretario de Estado no agrega valoraciones cuantitativas relacionadas con la magnitud de la limitación desde la perspectiva del particular, pero sí lo hace en relación con los bienes protegidos, en tanto señala que a esa fecha ellos eran bastante escasos en el

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 63-64.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 65.

país. No se pronuncia, en todo caso, respecto de posibles indemnizaciones ante limitaciones como las descritas.

### 3. *La relación con los particulares*

Tal como ha señalado el profesor Enrique Barros, la revisión de los principales derechos subjetivos mostraría la forma en que el límite de los derechos está definido por su propio contenido, pero también por las limitaciones establecidas en el interés general. “Así, la *propiedad*, el más extenso de los derechos patrimoniales, incluye por definición los dos caracteres constitutivos de todo derecho subjetivo: por un lado, concede al titular las facultades de usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, de modo que su ejercicio concreto está definido precisamente como la atribución de una potestad discrecional; pero también se dispone que el ejercicio del derecho está sujeto a la ley y al derecho ajeno”. En relación con las limitaciones en beneficio del interés general, el autor en cita menciona que “justifica limitaciones a la propiedad establecidas por la ley para fines urbanísticos, ambientales, de salud pública, y muchos otros”.<sup>40</sup> Este juego de intereses, privados, por una parte, y públicos, por otra, refleja de forma certera la tensión a la cual se encuentran sometidos los monumentos. Así, si la confrontación se mira desde la perspectiva de los particulares, la ley produce diversos efectos de relevancia que se pueden agrupar bajo cuatro categorías. El primero de ellos se relaciona con la titularidad del derecho de propiedad sobre los monumentos, es decir, determinar si se permite o se prohíbe, según el caso, que los particulares sean, o no, dueños de este tipo de bienes. El segundo efecto de relevancia dice relación con el establecimiento de limitaciones a las facultades de uso y goce sobre los monumentos. En tercer lugar, están las posibles indemnizaciones que pudieran ser procedentes por su establecimiento. Por último, se plantean reflexiones en relación a la posibilidad de establecer limitaciones a la facultad de disposición.

Como ya se anunció, si bien la regla general es la libertad para adquirir el dominio de las cosas, la adquisición de bienes de interés cultural puede,

---

<sup>40</sup> BARROS BOURIE, Enrique, “Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de Derecho”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 7, 1999, pp. 12-13.



eventualmente, encontrarse vedada o limitada, tal como lo reconoce el artículo 19 N° 23, cuando sean de interés para toda la nación y una ley así lo establezca. Como reflejo de lo anterior, la LMN contempla la exclusión de la propiedad privada como forma de dar protección a dos categorías de bienes relevantes para el patrimonio monumental. En primer lugar, se encuentran los monumentos públicos descritos en el Título IV de la ley N° 17.288, los cuales, de acuerdo con la LMN, son necesariamente públicos porque para su creación se requiere la aprobación del proyecto en obra por parte del Consejo.<sup>41</sup> En segundo lugar, se encuentran los monumentos arqueológicos, que son de propiedad del Estado y que corresponden a los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional, así como las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren.<sup>42</sup> Se aprecia, así, un cambio de criterio en relación con la antigua regulación de este tipo de monumentos, en la cual se analizaba la titularidad del dominio del inmueble de los bienes extraídos para definir su destino. El resto de los bienes pertenecientes al patrimonio cultural pueden, por regla general, pertenecer a privados. Prueba de ello es que la propia ley se ocupa de estos casos, estableciendo deberes y prerrogativas para sus dueños.<sup>43</sup>

En relación con la otra categoría en análisis, esto es, las limitaciones en el uso y goce de bienes de interés cultural, ella se entiende como una concretización del artículo 19 N° 24 de la Constitución, que señala que la ley puede establecer a la propiedad las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la nación y la protección del medioambiente. Como se mencionó, estas dos categorías permiten conceptualmente inte-

---

<sup>41</sup> Artículo 18 de la LMN.

<sup>42</sup> Artículo 21 de la LMN. En relación con el carácter de bien paleontológico de los fósiles, ver FERNÁNDEZ MONTERO, Gastón, “De los fósiles en general, y en particular de las piezas u objetos paleontológicos y los lugares donde se hallaren, a que se refiere la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 5, 2003, pp. 41-48.

<sup>43</sup> Así, menciona a los inmuebles que contengan monumentos históricos en manos de particulares (artículo 12), los particulares que posean bienes localizados en zonas típicas (artículo 30) o aquellos que posean santuarios de la naturaleza (artículo 31).

grar la protección del patrimonio monumental del país.<sup>44</sup> El análisis de las limitaciones en el uso y goce se torna especialmente atractivo en aquellos casos en que el monumento es de propiedad de un particular.

Una de las singularidades de los monumentos es que, incluso antes que se descubran, ya hay limitaciones al dominio destinadas a proteger su existencia. En efecto, la ley restringe el desarrollo de ciertas actividades, lo que resulta en la limitación en el uso de ciertos bienes, por ser potencialmente contenedores de bienes de interés cultural. Con ello se mira al bien, muy probablemente inmueble, en el cual se encuentra el monumento. Reflejo de ello es que ninguna persona puede realizar excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico sin autorización previa del CMN.<sup>45</sup> Ahora bien, una vez que un bien es considerado un monumento culturalmente relevante, por regla general, se imponen una serie de limitaciones a su uso y goce. La tuición y protección de los bienes regulados por la LMN queda atribuida al Estado, principalmente, por medio del CMN y, en el caso de los santuarios de la naturaleza, al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Lo anterior se deriva en el establecimiento de diversas limitaciones y cargas según el tipo de monumento. Así, se aprecian diversas alternativas dependiendo si se trata de monumentos históricos, zonas declaradas típicas o pintorescas, o santuarios de la naturaleza.

Para el caso particular de los monumentos históricos se plantean al menos tres restricciones: todo trabajo de conservación, reparación o restauración está sujeto a la autorización previa del CMN; los objetos que forman parte del monumento no pueden removerse sin autorización del CMN, y los particulares no pueden transformarlos o repararlos y no pueden hacer construcción alguna a su alrededor sin previa autorización del CMN.<sup>46</sup> Para el caso de las zonas declaradas típicas o pintorescas se identifican al menos dos limitaciones: para hacer construcciones nuevas, o para ejecutar obras de reconstrucción, se requiere de autorización previa

---

<sup>44</sup> Bajo la Constitución de 1925, época en que se dictó la ley N° 17.288, se permitía la imposición a la propiedad de limitaciones y servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado (artículo 10 N° 10, inciso 3°).

<sup>45</sup> Artículo 22 de la LMN.

<sup>46</sup> Artículos 11 y 12 de la LMN.

del CMN, y los anuncios, avisos o carteles, así como las construcciones, sean permanentes o provisionales, como los estacionamientos, bencineras, instalaciones eléctricas, quioscos, etc., se deben regir por el reglamento de la ley.<sup>47</sup> Por último, para el caso de los santuarios de la naturaleza, los particulares no pueden, sin la autorización previa del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, iniciar trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural.<sup>48</sup> Llama la atención la diferencia existente en cuanto a las limitaciones impuestas según el tipo de monumento. Algunas, naturalmente, responden a la naturaleza de los mismos, pero otras no parecen tener una lógica verdadera, como son los requerimientos de autorizaciones para las construcciones alrededor, que sólo están consideradas para los monumentos históricos, o las actividades de publicidad, reguladas sólo para las zonas típicas. En estos casos, el juez deberá interpretar si son o no actividades que pueden realizarse libremente respecto de los monumentos en los que no se regula de forma explícita.

Innovando en relación con su antecesora, la LMN establece cargas a los particulares que son dueños de un monumento. En el caso de los monumentos históricos, los privados deben conservarlos debidamente, y, tratándose de los santuarios de la naturaleza, ellos deben velar por su debida protección.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Artículo 30 de la LMN. A la fecha no se ha dictado el reglamento mencionado en la LMN. De hecho, ante la dictación por parte del CMN de un “Instructivo especial de intervención zona típica ‘sector del Club Hípico y Parque O’Higgins”, la Contraloría General de la República resolvió que “la regulación que establezca los requisitos de construcción, reconstrucción o de mera conservación de las zonas ya aludidas es una materia radicada en la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República”, dictamen N° 15.924, de 26 de marzo de 2010.

<sup>48</sup> Artículo 31 de la LMN. Hasta el año 2010, los santuarios de la naturaleza estaban bajo la supervigilancia del CMN, pero, a partir de la reforma introducida por la ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010, pasaron a ser supervigilados por el Ministerio del Medio Ambiente. En cuanto a las obras a desarrollarse en ellos, la correspondiente autorización se dejó en manos del “Servicio” (inciso 3° del artículo 31 de la LMN), el cual la Corte Suprema, recogiendo lo señalado por el dictamen N° 26.190 de 7 de julio de 2012 de la Contraloría General de la República, interpretó que debía entenderse como el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, y no el CMN o el Ministerio de Medio Ambiente (Corte Suprema, 10 de diciembre de 2014, rol N° 16706-2014, considerando 8°).

<sup>49</sup> Artículos 11 y 31 de la LMN.

La discusión obvia que se plantea, como se revisará más adelante, es si ellas deben o no ser soportadas por los propios particulares.

Una última forma en que la reglamentación de los monumentos se vincula con los particulares se relaciona con aquellas limitaciones a la facultad de disposición. Las limitaciones que se imponen en este sentido pueden referirse a la disposición material o jurídica. Así, en el primer caso, podemos ejemplificar esta situación con la disposición que establece que, en caso de que los monumentos históricos se encuentren en tierras de particulares, éstos no pueden destruirlos sin obtener permiso del CMN. Para el caso de la disposición jurídica, aparece conveniente mencionar que, en caso de venta o remate de un monumento histórico de propiedad de un particular, el Estado tiene preferencia para su adquisición.<sup>50</sup> En aquellos casos en que se precisa una propiedad estatal respecto de los monumentos, la LMN faculta al CMN a solicitar la dictación de una ley a fin de que se expropien bienes que tengan carácter histórico y cuya conservación interese al Estado.<sup>51</sup>

Atendida la importancia de los bienes protegidos por la LMN, se establecen diversas multas o tipos penales para el caso de la infracción a la obligación de conservación de inmuebles históricos en manos de particulares, la realización de excavaciones ilícitas, la destrucción de monumentos nacionales o la irrogación de daños en monumentos.<sup>52</sup> De hecho, se reconoce acción popular para las denuncias de la ley, otorgando un 20% de las multas aplicadas para el particular, lo que constituye una muestra más de la importancia que tiene la protección monumental para la generalidad de la nación.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Artículo 15 de la LMN. La ley además establece que, para determinar su precio, el objeto en cuestión debe ser tasado por dos peritos nombrados por el CNM y por un perito nombrado por el particular. En caso de desacuerdo, la justicia ordinaria debe nombrar a un tercero.

<sup>51</sup> Artículo 16 de la LMN.

<sup>52</sup> Entre otras, artículos 12, 22, 38-40 de la LMN.

<sup>53</sup> Artículo 42 de la LMN. Criterio confirmado por un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual consideró en todo caso que, como la LMN recoge la acción popular respecto de la interposición de las denuncias de obra nueva, no sería procedente considerar un legitimado activo amplio respecto de la interposición del recurso de protección, Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2012, rol N° 3833 (considerando 9°), confirmada por la Corte Suprema, 22 de enero de 2003, rol N° 4761-2002. De forma complementaria a la LMN existen

#### 4. Normas complementarias

Existen diversas disposiciones sobre materias específicas que tienen por objeto regular un grupo de monumentos específicos, o con características especiales, ya sea por su ubicación o por su relación con algún grupo humano.

El decreto N° 484, que contiene el reglamento de la Ley N° 17.288, sobre “Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas”, constituye la norma de rango legal complementaria más directa de la LMN.<sup>54</sup> En su preámbulo se da cuenta de la necesidad de dictar un reglamento para realizar las excavaciones de acuerdo con lo señalado en la ley, que contenga las condiciones de los permisos y la forma de distribución de las especies obtenidas. Además, da cuenta de que es un tema delicado y que deben evitarse daños al patrimonio de este tipo. En los aspectos más técnicos, define lo que debe entenderse por prospección, excavación y sitios de especial relevancia; las características de los permisos y prospecciones, así como las personas a las que pueden concederse; la forma de solicitud, plazos de presentación y requisitos para casos especiales, así como los plazos por los que pueden concederse.<sup>55</sup> Se reitera la idea de que los objetos de excavaciones de este tipo pertenecen al Estado.<sup>56</sup> Además de esta disposición legal existen procedimientos establecidos por el CMN destinados a regular tanto la declaratoria de los monumentos históricos y las zonas típicas como las intervenciones en monumentos históricos, zonas típicas y santuarios de la naturaleza.<sup>57</sup>

---

disposiciones del Código Penal que establecen tipos delictuales para el caso de daños causados en monumentos. Las sanciones aplicables son de mayor o menor gravedad de acuerdo con el importe del daño causado. Los tipos penales se encuentran contenidos en el Libro Tercero, Párrafo 10 “De los daños”, especialmente artículos 484-488. Ver en particular artículo 485 N° 7 y artículos 486 y 487 del Código Penal.

<sup>54</sup> Publicado en el Diario Oficial el 2 de abril de 1991, bajo la presidencia de Patricio Aylwin.

<sup>55</sup> Artículos 2° a 13.

<sup>56</sup> Artículo 21.

<sup>57</sup> Ministerio de Educación, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos y Consejo de Monumentos Nacionales, *Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas*, Santiago de Chile, 6ª ed., 2015, pp. 107-126. Se precisa mencionar que los monumentos considerados como arqueológicos y los monumentos públicos no requieren de declaratoria, al ser concebidos como tales por ley. Por su parte, los santuarios de la naturaleza son creados bajo

El ordenamiento jurídico nacional prevé, también, normas que se refieren a monumentos que, ya sea por su ubicación o por su vinculación especial en relación con un grupo de personas, ameritan una regulación específica. Se puede mencionar, entre ellas, a la norma que “Declara Monumento Histórico Patrimonio Subacuático cuya Antigüedad Sea Mayor de 50 Años”, a la Ley Indígena y a la Ley Referida a la Cultura Rapa Nui. El decreto N° 311, del Ministerio de Educación, Declara Monumento Histórico Patrimonio Subacuático cuya Antigüedad Sea Mayor de 50 Años.<sup>58</sup> En sus considerandos señala que Chile posee un patrimonio subacuático muy relevante a lo largo de sus costas, el cual estaría protegido por la LMN. En su artículo único declara como monumento histórico, entre otros, a los sitios, estructuras y construcciones, en conjunto con su entorno arqueológico y natural. En consecuencia, el estatuto aplicable a los monumentos históricos se extiende a estos monumentos subacuáticos.

Por su parte, y en este caso mirando a los monumentos relacionados con cierto grupo de personas, la Ley Indígena contempla la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico-cultural e histórico indígena.<sup>59</sup> A fin de cautelar el patrimonio histórico de los indígenas, se plantea la necesidad de contar, además de las autorizaciones generalmente aplicables, con un informe previo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) para la venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile. Para el caso excavaciones de cementerios históricos indígenas con fines científicos se debe, además, contar con el consentimiento de la comunidad indígena involucrada.<sup>60</sup> Asimismo, cualquier forma de enajenación o salida del territorio del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indíge-

---

proposición que realiza al Presidente de la República el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (artículo 71 letra c de la Ley N° 20.417, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente). Sin perjuicio que dicha declaración debe contar siempre con informe previo del CMN (artículo 31 de la LMN).

<sup>58</sup> Publicado en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1999.

<sup>59</sup> Artículo 28 letra f) de la ley N° 19.253, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1993.

<sup>60</sup> Letras a) a c) del artículo 29 de la ley N° 19.253. La forma de manifestar el consentimiento de las comunidades indígenas se encuentra regulado en los artículos 14 y 15 del decreto N° 392, que contiene el “Reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena, para la consti-

nas de Chile, lo cual en ciertas ocasiones puede afectar a alguna pieza de un inmueble, requiere de la autorización de la Conadi, lo que debe entenderse en forma adicional a los requerimientos generales para la realización de este tipo de acciones de acuerdo con la LMN.<sup>61</sup> Esta norma debe entenderse complementada por el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,<sup>62</sup> el cual se ha transformado en una de las normas más relevantes para proteger el patrimonio monumental de los indígenas. En ella se contiene una disposición general que obliga a adoptar las medidas que se precisen para salvaguardar, entre otros aspectos, a los bienes de los pueblos indígenas.<sup>63</sup> Por su parte, el estatuto aplicable en Rapa Nui, a fin de proteger los bienes de relevancia monumental, impide la entrega gratuita de terrenos con especial valor cultural, arqueológico o histórico, así como la facultad de reservar zonas de la isla especialmente para investigación arqueológica o de interés cultural o nacional.<sup>64</sup>

Por último, de forma adicional a lo ya mencionado, existen dos disposiciones que se relacionan con la movilidad de los monumentos fuera del país. La Ley N° 16.441, que, si bien Crea el Departamento de Isla de Pascua, posee aplicación general en cuanto sujeta a autorización del Ministerio de Educación, y por decreto fundado, la posibilidad de autorizar la extracción fuera de Chile, entre otras, de partes de edificios, ruinas históricas o artísticas, de enterratorios o cementerios de aborígenes, objetos o piezas antro-po-arqueológicas y monumentos privados o públicos que por su carácter histórico o artístico deban conservarse en museos o permanecer en algún sitio público.<sup>65</sup> Se aprecia así una forma más de restricción a las

---

tución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas”, Ministerio de Planificación, publicado en el Diario Oficial el 12 de abril de 1994.

<sup>61</sup> Letras a) y b) del artículo 29 de la ley N° 19.253 y artículo 13 del decreto N° 392.

<sup>62</sup> Publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

<sup>63</sup> Artículo 4 del Convenio N° 169 de la OIT. De hecho, existen interesantes fallos en que se protege patrimonio arqueológico en virtud de la aplicación del convenio. Ver, por ejemplo, Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, rol N° 10090-2011.

<sup>64</sup> Artículos 2° y 3° del D.L. N° 2.885, que “Establece Normas sobre el Otorgamiento de Títulos de Dominio y Administración de Terrenos Fiscales en la Isla de Pascua”, publicado en el Diario Oficial el 7 de noviembre de 1979.

<sup>65</sup> Artículo 43 de la ley N° 16.441, publicada en el Diario Oficial el 1 de marzo de 1966. Dicha disposición, si bien señala que la autorización la debe dar el Presidente de la República,

facultades de uso y goce en la medida que los bienes a los que se aplique sean de propiedad de particulares. Por su parte, la ley N° 17.236 se refiere a la salida del territorio nacional de las obras de artistas chilenos, la cual debe autorizarse por la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, permiso adicional a las autorizaciones del CMN, en caso de que las obras sean consideradas monumentos nacionales de acuerdo con la LMN.<sup>66</sup>

### *III. La protección integral: Los monumentos como parte del medio ambiente*

La Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante “LGBMA”), define al medio ambiente como el “sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana y natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida humana en sus múltiples manifestaciones (...)”.<sup>67</sup> No se plantean mayores cuestionamientos en cuanto a que los santuarios de la naturaleza forman parte del medio ambiente, pero, al integrarse elementos socioculturales como parte de él, la misma respuesta se hace indubitada respecto de los monumentos históricos, públicos, arqueológicos y zonas típicas. El principal efecto de la integración de todas las categorías protegidas por la LMN como parte del medio ambiente se manifiesta en dos aspectos centrales: la forma en que se desarrollan actividades que pueden afectar dichos elementos socioculturales y las acciones que surgen para protegerlos.

En relación con el desarrollo de actividades que puedan afectar alguna de las categorías protegidas por la LMN, la protección de la LGBMA se traduce en que todo proyecto o actividad que pueda causar impacto en ellas debe someterse ya sea al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o al Estudio de Impacto Ambiental. De acuerdo a lo señalado en la propia LGBMA, deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambien-

---

el decreto N° 329, de 1997, delegó la facultad contenida en este artículo en el ministro de Educación.

<sup>66</sup> Publicada en el Diario Oficial el 21 de febrero de 1969.

<sup>67</sup> Artículo 2° letra II) de la ley N° 19.300.



tal aquellas actividades que se realicen en santuarios de la naturaleza y en áreas colocadas bajo protección oficial.<sup>68</sup> Por su parte, los proyectos o actividades que impliquen la “alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural” requieren de la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental.<sup>69</sup> El único caso no considerado expresamente por la regulación medioambiental está constituido por las zonas típicas, respecto de las cuales los tribunales, acertadamente, han estimado que constituyen zonas de protección oficial.<sup>70</sup> Desde la perspectiva de los dueños de los inmuebles en que se encuentran estos monumentos, se puede considerar que este estatuto de conservación medioambiental establece nuevas limitaciones al uso y goce de la propiedad. El fundamento en este caso nuevamente se encontraría en los artículos 19 N°s. 8 y 24 de la Constitución.

El Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>71</sup> especifica, con mayor detalle, las situaciones en que resulta necesario un Estudio de Impacto Ambiental. El referido reglamento define tres criterios a ser evaluados: la magnitud de la intervención en el monumento, la magnitud del potencial daño o deterioro del monumento, y la afectación de los lugares o sitios en que se llevan a cabo actividades culturales.<sup>72</sup> Lo anterior se manifiesta en el largo contenido que deben tener estos informes, los que naturalmente incluyen la descripción de los elementos que compongan el patrimonio cultural, incluyéndose expresamente al patrimonio histórico, arqueológico, paleontológico y en general los monumentos nacionales.<sup>73</sup> El reglamento también se refiere a los permisos para iniciar trabajos de construcción, excavación o desarrollo de actividades que puedan alterar un santuario

---

<sup>68</sup> Artículo 10 letra p) de la LGBMA.

<sup>69</sup> Artículo 11 letra f) de la LGBMA.

<sup>70</sup> Lo anterior por cuanto “(...) la finalidad de declarar estas zonas como típicas o pintorescas es justamente proteger y conservar el carácter ambiental y propio de ellas, su aspecto (...)”. Corte Suprema, 30 de agosto de 2006, rol N° 1911-2004 (considerando 8°), que en todo caso cuenta con voto de minoría.

<sup>71</sup> Decreto N° 40, Ministerio del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 2013.

<sup>72</sup> Artículo 10 del decreto N° 40.

<sup>73</sup> Artículo 18 del decreto N° 40.

de la naturaleza, monumentos históricos, excavaciones arqueológicas o paleontológicas, y zonas declaradas típicas.<sup>74</sup> Para cada caso, señala los requisitos a cumplirse, las informaciones a acompañarse y las evaluaciones a realizarse. De esta forma, se transforma en un sistema paralelo de protección al que realiza el CMN en relación con los monumentos, sin que uno sea excluyente respecto del otro.

Finalmente, es importante tener presente que muchas de las acciones que se interponen en la actualidad para obtener reparaciones e indemnizaciones por daños generados a los monumentos se canalizan a través de las acciones que considera esta normativa. Ello por cuanto el estatuto de la LMN no establece normas relacionadas con las indemnizaciones que puedan surgir por los daños causados a los monumentos protegidos. El Título III de la LGBMA reconoce dos acciones especiales destinadas a determinar la responsabilidad ambiental: la acción de indemnización y la acción de reparación.<sup>75</sup> En cuanto a los elementos de la responsabilidad, la ley establece la regla básica, coincidente con la acción indemnizatoria civil, de que el que cause daño ambiental dolosa o culposamente deberá responder por él.<sup>76</sup> Para estos efectos, la LGBMA define al elemento central de la responsabilidad ambiental, el daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes” (artículo 2º letra e). Como se analizará, uno de los aspectos más difíciles de establecer es el requerimiento de que el daño sea significativo. Algunos fallos han tratado de definir qué significa lo anterior en el caso de intervenciones en monumentos. En relación a otro elemento de la responsabilidad, la LGBMA establece una presunción legal, que, tal como señala Barros, debiera entenderse de culpabilidad,<sup>77</sup> en aquellos casos en

---

<sup>74</sup> Artículos 120, 131, 132 y 133, respectivamente, del decreto N° 40.

<sup>75</sup> Ello no obsta a la interposición de acciones civiles generales por parte de posibles afectados cuando se vean vulnerados sus derechos (artículo 53, LGBMA).

<sup>76</sup> Artículo 51 de la LGBMA.

<sup>77</sup> BARROS BOURIE, Enrique, “Responsabilidad civil en materia del medio ambiente”, en *Derecho del Medio Ambiente*, Santiago de Chile, LexisNexis, 1998, p. 53. Para autores como Ropert y Saavedra, dicha presunción se aplica tanto a la acción de indemnización como a la acción de reparación, que se analizará más adelante, ROBERT FUENTES, Rodrigo y SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén, “La protección del patrimonio cultural en la ley N° 19.300”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 2, 2006, p. 251.

que exista infracción a normas de calidad ambiental, emisiones, planes de prevención o descontaminación, emergencia ambiental y, en general, a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, sea que ellas estén establecidas en la LGBMA o en otras disposiciones legales o reglamentarias, dentro de las que se deben considerar claramente las normas de protección de los monumentos.<sup>78</sup>

El Estado es el legitimado activo natural para la interposición de este tipo de acciones. Surge la pregunta en relación con los particulares, en tanto también se podrían encontrar afectados por la posible vulneración de intereses difusos y colectivos, como es la protección del medio ambiente. En cuanto a la acción de reparación, tiene la singularidad de que para el caso de los monumentos posee un sujeto activo definido por la ley, en cuanto permite su interposición, además del Estado, por medio del Consejo de Defensa del Estado, y las municipalidades, a todas las personas “naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio”.<sup>79</sup> Los particulares que no hubieran sufrido el daño quedarían excluidos de la interposición de la acción de reparación, sin perjuicio de que pueden requerir a las municipalidades para deducir las respectivas acciones ambientales.<sup>80</sup>

#### IV. LA PROTECCIÓN INDIRECTA:

##### EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES RESGUARDANDO LOS MONUMENTOS

Existen diversas materias que se vinculan a la regulación de los monumentos que, si bien no se encuentran contenidas en la propia LMN, resultan complementarias para su protección y correcta regulación. En estos casos no se mira a los monumentos en sí mismos, sino a las actividades que pueden dañarlos o menoscabarlos. En virtud de esta categoría normativa, se establece un especial cuidado, que se traduce en mayores exigencias, para el desarrollo de actividades que puedan vulnerar aquellos bienes que se miran como culturalmente relevantes. Lo anterior generalmente se tra-

---

<sup>78</sup> Artículo 52 de la LMN. Así también lo ha reconocido la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de noviembre de 2014, rol N° 6064-2014 (considerando 5°).

<sup>79</sup> Artículo 54, LGBMA.

<sup>80</sup> Artículo 54 inciso 2°, LGBMA.

duce en la necesidad de que una autoridad pública autorice expresamente la realización de la actividad que se espera desarrollar.

El ámbito más general, en cuanto afecta el destino de todo tipo de inmuebles, está dado por el desarrollo de actividades de construcción, determinado por la Ley General de Urbanismo y Construcciones y sus regulaciones complementarias. En relación con el ámbito de las construcciones, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, al referirse al uso del suelo urbano, señala que el plan regulador debe señalar los “inmuebles o zonas de conservación histórica, en cuyo caso los edificios existentes no podrán ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo correspondiente”.<sup>81</sup> Por su parte, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones se encarga de definir lo que debe entenderse por inmueble de conservación histórica, monumento nacional y zona de conservación histórica, categoría que parece ser una antesala de una declaratoria de monumento.<sup>82</sup> En el caso de la concesión de permisos de alteración, reparación o reconstrucción, se establece específicamente que debe presentarse la autorización del CMN o de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo para el caso de los inmuebles o zonas de conservación histórica. Para el caso de las demoliciones, se debe adicionalmente presentar el informe de un arquitecto en que se “fundamenten las razones de seguridad o fuerza mayor que harían recomendable la demolición del edificio”.<sup>83</sup> Por último, en relación con la facultad de cerrar calles, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades establece que

---

<sup>81</sup> Artículo 60 inciso 2° del D.F.L. N° 458, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 1976. En los demás casos, se requiere permiso de la Dirección de Obras Municipales (artículo 116).

<sup>82</sup> Definiciones contenidas en el artículo 1.1.2 del D.S. N° 47, publicado en el Diario Oficial el 5 de junio de 1992. Ahí se explicita que los inmuebles de conservación histórica son los consignados como tales en un “Instrumento de Planificación Territorial dadas sus características arquitectónicas, históricas o de valor cultural, que no cuenta con declaratoria de Monumento Nacional”. Por su parte, en relación con los monumentos nacionales se remite a aquellos declarados como tales conforme a la ley N° 17.288. Por último, una zona de conservación histórica es definida como “el área o sector identificado como tal en un Instrumento de Planificación Territorial, conformado por uno o más conjuntos de inmuebles de valor urbanístico o cultural cuya asociación genera condiciones que se quieren preservar y que no cuenta con declaratoria de Monumento Nacional”. El artículo 2.1.43 del D.S. N° 47 establece los requisitos para declarar un inmueble o zona como de “conservación histórica”.

<sup>83</sup> Artículo 5.1.4. numerales 3 y 5 respectivamente.

ella no puede decretarse respecto de ciudades declaradas patrimonio de la humanidad, ni de barrios, calles, pasajes o lugares que tengan el carácter de patrimonio arquitectónico o sirvan como acceso a ellos o a otros calificados como monumentos nacionales.<sup>84</sup>

Un ámbito más específico en el desarrollo de cierto de tipo de actividades se encuentra en la realización de actividades mineras, reguladas por el Código de Minería. De acuerdo al mencionado Código, y en relación con los permisos para ejecutar labores mineras, en caso de que ellas se encuentren en covaderas o en lugares que hayan sido declarados de interés histórico o científico, los permisos deben solicitarse al Presidente de la República.<sup>85</sup>

## V. LOS INCENTIVOS

Uno de los problemas que generalmente se identifica con el reconocimiento de los monumentos se refiere a la posible disminución del valor de los bienes declarados monumentos, a lo que se debe agregar, eventualmente, el mayor costo de conservación que ellos requieren.<sup>86</sup> Lo anterior no tiene en todo caso en cuenta el posible aumento de valor que los bienes pudieran recibir por el hecho de transformarse, por ejemplo, en un bien de interés turístico.<sup>87</sup> En respuesta a la primera preocupación, el ordenamiento ha establecido algunos mecanismos destinados a paliar las posibles desventajas patrimoniales que pudiera causar su tenencia. Si bien existen algunos fondos, tanto municipales, regionales, o específicos destinados a la mantención, reparación de los monumentos, no se plantea como un asunto

---

<sup>84</sup> Artículo 65 letra q) de la ley N° 18.695, cuyo texto fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 26 de julio de 2006.

<sup>85</sup> Artículo 17 N° 6 del Código de Minería.

<sup>86</sup> Así, da cuenta de ello ROBERT FUENTES, Rodrigo, “La conservación del patrimonio cultural urbano en el ordenamiento jurídico chileno: Hacia una regulación más eficiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 1, 2003, p. 118.

<sup>87</sup> Stark ha planteado diversos caminos posibles en cuanto al otorgamiento de incentivos para la conservación del patrimonio ambiental, entre otros, los créditos tributarios, la incorporación de los gastos para la mantención de los monumentos, la exención de impuestos indirectos y el establecimiento de grados o niveles a través de certificados, STARK, Carlos, “Aspectos financieros de la legislación sobre monumentos nacionales en Chile: Antecedentes, proposiciones”, *Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales*, Segunda Serie, N° 24, 1998, pp. 16-22.

permanente y general.<sup>88</sup> Son, en cambio, principalmente tres los estatutos generales que se ocupan de establecer beneficios relacionados con los monumentos. El primero de ellos es la exención de un 100% del impuesto territorial respecto de los “Bienes declarados monumentos históricos o públicos, acreditados por el Consejo de Monumentos Nacionales, cuando no estén destinados a actividades comerciales”.<sup>89</sup> Ésta es la norma más relevante destinada a compensar a los propietarios de bienes culturalmente relevantes. Cabe señalar que esta exención ya se había considerado desde el año 1953 por el ordenamiento nacional, para el caso de los monumentos históricos o públicos decretados al amparo del D.L. N° 651.<sup>90</sup> La dificultad que parece existir dice relación con el hecho de que la exención no sea amplia, de forma de considerar a todas las categorías establecidas por la LMN, lo cual sería, aun cuando no fuera de un 100%, bastante relevante para casos como el de los inmuebles ubicados en zonas típicas.

La segunda disposición que establece beneficios está constituida por la Ley N° 18.985, sobre “Donaciones con fines culturales”.<sup>91</sup> En virtud de ella, se establece un crédito equivalente al 50% de las donaciones, el que se imputa contra impuestos. El beneficiario de la donación puede ser “cualquier propietario de un inmueble que hayan sido declarado monumento

---

<sup>88</sup> Algunos fondos existentes son mencionados en: CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES, *Protección legal del patrimonio cultural inmueble*, mayo de 2011, p. 13.

<sup>89</sup> Esta exención se introdujo mediante el artículo 1° de ley N° 20.033 que modificó, entre otras, la Ley N° 17.235, sobre Impuesto Territorial, publicada en el Diario Oficial el 1 de julio de 2005 (ver Anexo N° 1, Cuadro N° 1, Acápite I, letra B N° 12 de la mencionada ley). Como da cuenta la historia de la ley N° 20.033, existía preocupación por el pago de las contribuciones en el caso de los monumentos. Historia de la ley N° 20.033, Biblioteca del Congreso Nacional, 1 de julio de 2005, pp. 512 y 513.

<sup>90</sup> Exención introducida por el D.F.L. del Ministerio de Hacienda N° 119, publicado el 29 de julio de 1953, el cual fue posteriormente reconocido al momento de dictarse la ley N° 17.235 (antiguo Cuadro Anexo N° 1, letra D, N° 17). De hecho, existen recientes fallos que interpretarían la exención antiguamente consagrada como extensiva a los inmuebles históricos o públicos cuyas declaratorias hubieran sido realizadas con posterioridad, al amparo de la LMN. Con una interpretación de ese tipo, la exención estaría vigente de forma continua desde 1953. Corte Suprema, 1 de julio de 2014, roles N°s. 5047-2013, 5057-2013, 5151-2013 y 5048-2013.

<sup>91</sup> Consagrada en el artículo 8° de la ley publicada en el Diario Oficial el 28 de junio de 1990, la cual fue sustituida íntegramente por la ley N° 20.675, publicada en el Diario Oficial el 5 junio de 2013.

nacional, en sus diversas categorías, de acuerdo a la ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, sean éstos públicos o privados, y los propietarios de los inmuebles de conservación histórica, reconocidos en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en la respectiva Ordenanza”. Antiguamente, este beneficio quedaba limitado a monumentos nacionales que no fueran monumentos públicos y que se encontraran ubicados en inmuebles de propiedad del Estado solamente. Con la modificación realizada en el año 2013 se amplió la posibilidad de ser beneficiario de estas donaciones a aquellos particulares dueños de inmuebles considerados monumentos de acuerdo con la ley N° 17.288.<sup>92</sup> Reiteradamente en la discusión de esta modificación se resaltó que los beneficios por las donaciones constituyen un beneficio para los propietarios de los monumentos para que las declaratorias, como tales, no sean percibidas únicamente como cargas para ellos.<sup>93</sup> Sin perjuicio de ello, se estableció en la misma ley la obligación de los beneficiarios de estas donaciones de retribuir culturalmente a la comunidad. En el caso de las donaciones relacionadas con los inmuebles declarados monumentos nacionales, la retribución cultural consiste en dos obligaciones: por una parte, en el deber de poner una placa y, por otra, la de permitir el ingreso en períodos definidos y por un tiempo determinado al público.<sup>94</sup>

Por último, el “Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional” considera el otorgamiento de un subsidio de hasta UF 300 en caso de adquirirse una vivienda económica que se origine en la rehabilitación de un inmueble que dé origen a dos o más viviendas, en la medida en que esté ubicado en una zona de conservación histórica, una zona típica, o bien si el inmueble es en sí mismo un bien de conservación histórica o un monumento histórico.<sup>95</sup> Es así como esta disposición incluye tanto las categorías establecidas en la LMN como en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

---

<sup>92</sup> Modificación introducida por la ley N° 20.675, de 2013.

<sup>93</sup> Historia de la ley N° 20.675, Biblioteca del Congreso Nacional, Informe Comisión de Cultura (p. 40) y primer informe Comisión de Hacienda (p. 191).

<sup>94</sup> Artículos 9° y 10 letra d) de la ley. Un reglamento es el encargado de determinar “los criterios relativos a la cantidad de días, rango de porcentajes y otros parámetros que sean necesarios determinar para regular el modo en que el beneficiario retribuirá culturalmente a la comunidad” (inciso final de artículo 10).

<sup>95</sup> Artículo 67, letra e) del D.S. N° 1 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial el 6 de junio de 2011. Este subsidio fue incorporado por primera vez en

## VI. LOS PRINCIPALES CONFLICTOS JURÍDICOS

Los conflictos que se presentan en relación con los monumentos se pueden plantear en una línea temporal amplia. Es así como se pueden encontrar conflictos que tienen lugar incluso desde antes de que se realicen las declaratorias monumentales hasta después de la destrucción de los monumentos. Las sentencias que se analizarán a continuación se agruparán en diversas categorías, según la naturaleza de la disputa. El primer grupo se refiere a aquellos casos vinculados con el reconocimiento de un bien como monumento. En ellos, generalmente los particulares se han opuesto a que se declare un bien de su propiedad como un monumento. Adicionalmente, para el caso de aquellos bienes que son monumentos por ley, la forma de la disputa se formula más bien en términos de la oposición a las medidas de la autoridad que tiendan a su resguardo. El segundo tipo de casos alude a las limitaciones y cargas impuestas a los dueños de los monumentos. En ellos generalmente se plantea la oposición por alguna autoridad al desarrollo de alguna actividad que puede afectar un monumento y la solicitud de reparaciones en caso de daños causados a los monumentos. Los particulares, por su parte, reclaman contra las limitaciones impuestas a los bienes de su propiedad, incluso en algunos casos solicitando indemnizaciones. La última tipología se refiere a las dificultades que han surgido ante las limitaciones impuestas a la facultad de disponer de aquellos bienes declarados monumentos.

### *1. El reconocimiento de los monumentos y la posibilidad de adquirirlos*

El que se podría calificar como el primer conflicto planteado a propósito de las limitaciones que impone la LMN se produce al inicio de la vida de los monumentos. Para el caso de los monumentos históricos, santuarios de la naturaleza y zonas típicas, se producen los conflictos cuando un bien está en proceso de ser declarado como monumento. Naturalmente, lo que se discute en estos casos, más que la viabilidad de la declaración, es la forma en que las declaratorias monumentales afectan a los dueños de los bienes.

---

el antiguo D.S. N° 44, de 1988, por el decreto N° 192, publicado en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2001.



Para el caso de las demás categorías, principalmente los monumentos de tipo arqueológico, por el hecho de ser considerados como tales por ley, el conflicto se manifiesta frente a la protección o resguardo de la autoridad de aquellos espacios físicos en que se descubre su presencia.

El primer conflicto que se conoce sobre la materia se planteó el año 1982, por la dictación de un decreto por el Ministerio de Educación, que declaró monumento histórico al edificio de la Bolsa de Comercio de Santiago. Esta entidad recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago alegando que la LMN había sido tácitamente derogada por la Constitución de 1980, por ser inconciliable con sus disposiciones, en particular, el artículo 19 N° 24, que garantiza el derecho de propiedad.<sup>96</sup> La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que los preceptos de LMN que se referían al uso y goce de los monumentos “no están en contradicción con el recordado texto constitucional, pues los poderes que ellos otorgan a la autoridad, así como las limitaciones y obligaciones que imponen al propietario, no importan en manera alguna una privación, de los atributos o facultades esenciales que corresponden al dueño, especialmente si se tiene en cuenta que éste no queda desposeído de su uso, goce y disposición, pues se legisla tan sólo acerca del modo de ejercer tales facultades, siendo así como puede –por ejemplo– habitar el inmueble, ocuparlo o emplearlo para fines sociales o propios de su giro, como ocurre precisamente en el caso del edificio de la Bolsa de Comercio de Santiago”.<sup>97</sup> Adicionalmente, en cuanto a las referencias al artículo 12, que obliga al propietario a conservar el monumento, sin poder transformarlo, destruirlo, repararlo o realizar construcciones sin autorización del CMN, la Corte de Apelaciones consideró que “no aparece inconciliable con el precepto constitucional que garantiza la propiedad, pues la mencionada prescripción legal sólo establece –como lo autoriza la Carta Política– limitaciones y obligaciones que derivan de la función social del dominio, siendo privativo del legislador imponerlas y es obvio que en este caso lo ha hecho en resguardo de nuestro patrimonio cultural, el que evidentemente corresponde al interés

---

<sup>96</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de octubre de 1982, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXIX, sec. 5ª, 1982, pp. 194-216 (considerandos 1º a 4º). El recurso de protección se interpuso contra el decreto N° 3.705 del Ministerio de Educación de 30 de junio de 1981.

<sup>97</sup> Considerando 7º.

general de la nación, que a su vez está expresamente comprendido por mandato constitucional en la función social que reviste el dominio”.<sup>98</sup> Realiza así tanto un análisis concreto como general de la aplicación de las disposiciones de la LMN.

En cuanto al efecto de la declaratoria de un bien como monumento, se aprecia que ella influye de forma inmediata en el posible desarrollo de actividades en los bienes que se protegen en tanto deben, al menos, someterse a las autorizaciones requeridas por la ley. Una interesante situación se planteó cuando se exigió a una empresa pesquera que, no obstante haber ingresado su solicitud de concesión de acuicultura en forma previa a la declaración de la zona como santuario de la naturaleza, se requería del sometimiento del proyecto al sistema de impacto ambiental, aun cuando a la fecha de la presentación de la solicitud misma no hubiera sido necesaria.<sup>99</sup> En otra sentencia se cuestionó la necesidad de la aprobación de los propietarios de un inmueble, el Hotel Continental, que sería declarado como monumento histórico en la ciudad de Temuco. La Corte de Apelaciones de dicha ciudad consideró que el CMN es la entidad encargada de pronunciarse sobre la conveniencia de las declaratorias monumentales, pudiendo incluso los particulares denunciar la existencia de monumentos de interés al mencionado CMN. Adicionalmente, dio cuenta de que la decisión de la declaratoria monumental había sido estudiada y adoptada teniendo a la vista antecedentes técnicos, además de haber escuchado a las partes interesadas. Resuelve así, que habiendo actuado en el ámbito de su competencia y dentro de sus atribuciones, no correspondía analizar la vulneración de garantías

---

<sup>98</sup> Considerando 8°.

<sup>99</sup> Corte Apelaciones de Santiago, rol N° 2477-2004, confirmada por la Corte Suprema, 27 de octubre de 2004, rol N° 4335-2004. Algo similar se produjo cuando una empresa constructora recurrió de protección contra el CMN y el ministro de Educación en razón del acuerdo alcanzado por ellos en cuanto a ampliar la zona típica de Isla Negra, la cual afectaba sus posibilidades de construcción sobre un terreno eriazos de su propiedad. El recurso fue rechazado por considerar la Corte de Apelaciones que no correspondía decretar la ilegalidad respecto de meras declaraciones que no se habían concretado en acto alguno que pudiera afectar derechos constitucionales, en tanto se trataba de una gestión en trámite, realizada con fundamento legal (Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 2014, rol N° 25159-2012, considerando 4°, confirmada por la Corte Suprema, 3 de junio de 2014, rol N° 10928-2014).

constitucionales.<sup>100</sup> La idea de que no exista obligatoriedad en cuanto a la falta de participación que cabe al interesado en el proceso de declaración de un bien de su propiedad ha sido cuestionada por parte de la doctrina.<sup>101</sup> Sin embargo, si bien no parecen existir objeciones en relación con el punto, lo que debería inspirar dicha información es finalmente la protección del probable monumento y los posibles daños que pudieran causársele en el período intermedio.

En el caso de los bienes arqueológicos, más que originarse conflictos por su declaratoria, pues ya lo son por la sola disposición de la ley, las dificultades en cuanto a su reconocimiento se confunden con las limitaciones a las facultades de uso y goce del inmueble donde ellos se encuentran.<sup>102</sup> Como se mencionó, el artículo 21 de la LMN declara que por el solo ministerio de la ley son monumentos arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional. Lo mismo para el caso de las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren. Las municipalidades han

---

<sup>100</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, 4 de abril de 2012, rol N° 15701-2011, confirmada por la Corte Suprema, 28 de junio de 2012, rol N° 3901-2012 (considerandos 3° a 5°).

<sup>101</sup> Para Revetria, por la falta de equilibrio que plantearía una posición de ese tipo entre los poderes y los deberes. REVETRIA, cit. (n. 2), p. 120. Por su parte, Bulnes considera que el hecho de no informar y escuchar al propietario del monumento atentaría contra la necesidad de un racional y justo procedimiento y la garantía de la igualdad, al afectarse con cargas a algunos propietarios sin que fueran notificados (BULNES ALDUNATE, Luz, “Análisis de un fallo y su relación con la ley N° 17.288”, *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, pp. 38-40). Para otros, en parte dicha falencia estaría suplida por la solicitud de información que actualmente realiza el Ministerio de Justicia, ROPERT, cit. (n. 86), p. 122.

<sup>102</sup> Sólo podría mencionarse una sentencia que se pronunció sobre el recurso de amparo económico interpuesto por una arqueóloga contra el CMN por no habersele otorgado autorización para realizar excavaciones en investigación en un sitio arqueológico. La Corte resolvió que el desarrollo de actividades arqueológicas no constituía una actividad económica susceptible de ser amparada por el recurso de amparo económico, en cuanto no era una actividad protegida por el artículo 19 N° 21 de la Constitución. Esto por cuanto las actividades consideradas por dicho artículo deben “(...) tener alguna incidencia en el quehacer económico de la nación y debe ser susceptible de llevarse a cabo por un número indeterminado de individuos, sujeta a determinada reglamentación, y su característica esencial debe constituir la el ánimo de lucro de quien pretenda ejercerla, esto es, debe mediar una retribución monetaria a su ejercicio (...) el hecho que la recurrente pueda obtener alguna ganancia con la actividad que pretende, conforme a lo anotado, no la transforma en actividad de aquellas protegidas por la norma invocada”. Corte Suprema, 24 de septiembre de 2001, rol N° 3272-2001.

sido las protagonistas de estos recursos. Ellas tienen la facultad de impedir la realización de obras en sectores en los que se encontraren monumentos, principalmente arqueológicos, pudiendo observarse una evolución jurisprudencial inclinada hacia la protección. Así se encuentra un fallo de 1989 en que, tras la interposición de un recurso de protección, se estimó que un decreto alcaldicio que ordenaba la paralización de la actividad de extracción de tierras era ilegal. Dentro de los considerandos se estableció que, de acuerdo con las reglas del derecho común, era el dueño del inmueble quien tenía la facultad de gozar y disponer arbitrariamente de las arcillas superficiales, y que ninguna disposición de la ley de monumentos “otorga a los Alcaldes facultades para disponer la paralización de excavaciones o faenas extractivas, con el solo fundamento de resguardar posibles monumentos arqueológicos que puedan encontrarse bajo la superficie de la tierra en propiedades particulares”.<sup>103</sup>

En cambio, hacia el año 2003 se conoció el caso en que una municipalidad ordenó la detención de los trabajos de una empresa dedicada a labores mineras por estimar que la extracción de arena de un sitio arqueológico se encontraba prohibida, llevándose incluso los camiones a un corral municipal. La empresa interpuso un recurso de protección contra la municipalidad, por considerar que su actuar era ilegal y arbitrario por ser contrario a la garantía constitucional de artículo 19 N° 24. La Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió que “la restricción al dominio que alega la recurrente aparece justificada y amparada por la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales, en especial, su artículo 21 (...) las excavaciones se encuentran restringidas aun con carácter arqueológico, antropológico o paleontológico, como se encarga de reglamentarlo el decreto supremo N° 484 del Ministerio de Educación de 1991, reconociendo en éste que se trata ‘de materias tan delicadas que es necesario regularlas adecuadamente, para que no se produzcan daños irreparables’”.<sup>104</sup> En razón de lo anterior, se rechazó el recurso. Se aprecia así un cambio trascendental y bien encaminado en cuanto la competencia municipal en la protección de los monumentos.

---

<sup>103</sup> Corte de Apelaciones San Miguel, 30 de noviembre de 1989, rol N° 55-1989 (considerandos 7° y 8°), confirmada por la Corte Suprema, 28 de diciembre de 1989, rol N° 15-1989.

<sup>104</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de septiembre de 2003, rol N° 158-2003.

En un último caso, esta vez el reclamo no fue de parte de los propietarios de los inmuebles donde estaban situados los monumentos arqueológicos, sino que de un grupo de personas pertenecientes a la comunidad indígena atacameña, quienes interpusieron un recurso de protección contra una constructora que iba a desarrollar un proyecto inmobiliario a no más de 35 metros del Cementerio Topater y otros sitios arqueológicos de relevancia en la Región de Antofagasta, lugar en el que además realizaban prácticas ancestrales de culto, sin contar con permisos del CMN. En este caso, se acogió el recurso sobre la base de lo establecido por el artículo 19 N° 2 de la Constitución en tanto se estaba afectando la garantía de igualdad y no discriminación, en tanto la empresa, sin los permisos correspondientes, perturbaría el derecho legítimo de las recurrentes de ejercer su libertad religiosa.<sup>105</sup>

Se aprecia entonces que lo público, manifestado como la necesidad de que se protejan los monumentos de interés ha primado, por regla general, por sobre los posibles intereses de los particulares que pudieran verse afectados en sus facultades. Se entiende que es un estatuto de protección que debe regir de forma inmediata y sin que, a la fecha, los intereses privados se planteen como alegaciones válidas para impedir que se declaren nuevos monumentos. Asimismo, se aprecia la forma en que la protección de ciertos monumentos, en muchas ocasiones se identifica con la protección de otras garantías, como la igualdad.

## *2. Limitaciones a las facultades del dominio*

Primero parece necesario despejar un tema de base, el respeto del principio constitucional de legalidad en virtud del cual las limitaciones deben estar establecidas por ley. El cumplimiento de este requisito llevó a que se reclamara contra un decreto del CMN que declaraba como monumento histórico a una colección documental. Conociendo la apelación del mencionado recurso, la Corte Suprema resolvió que no se estaba afectando al dominio

---

<sup>105</sup> Corte Suprema, 26 de septiembre de 2013, rol N° 3010-2013. Si bien las recurrentes fundaron también su recurso en el derecho de propiedad, ello no fue mencionado por la Corte Suprema (ver sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2013, rol N° 1414-2012).

a través de un decreto, sino que la fuente de la limitación era la LMN, la cual, al mismo tiempo consideró que se encuadraba “perfectamente en la norma del N° 24 inciso segundo del artículo 19 de la Carta Fundamental”.<sup>106</sup> En la otra ocasión que el tema de la legalidad tuvo alguna repercusión fue a propósito de un voto de empate de una sentencia del Tribunal Constitucional, que revisaba un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de algunas de las normas reguladoras de los monumentos típicos. Sin perjuicio que se analizará con detención el contenido de esta sentencia a propósito de las cuestiones de constitucionalidad, no se puede dejar de mencionar que en dicho voto se argumentó que lo que da seguridad a los derechos protegidos constitucionalmente “es la existencia de un régimen jurídico donde pueda preverse, razonablemente, cuándo y en qué condiciones una actividad será aceptada o rechazada en el porvenir, al tenor explícito de la legalidad vigente”.<sup>107</sup> Siguiendo con su razonamiento, el voto concluía que la regulación de las zonas típicas, a través de una autorización previa del CMN para las construcciones nuevas, en cuanto ella guarde relación con el “estilo arquitectónico general” de la zona, no cumpliría el requerimiento de seguridad mencionado, al constituir un término amplio y aleatorio, no definido ni legal ni reglamentariamente, sino que por los miembros del CMN.<sup>108</sup> Parece difícil pensar en alguna fórmula que confiera certeza total a los elementos que pueden considerarse como parte de un estilo arquitectónico, pero no parece correcto pensar que constituya un concepto vacío. Tampoco pareciera que la determinación que puede hacer un organismo técnicamente conformado, como es el CMN, pueda definir criterios tan alejados de la realidad arquitectónica de una construcción.

En cuanto a las limitaciones a las facultades del dominio, se han planteado al menos cuatro temas de relevancia que se analizarán separadamente. Primero, y como asunto previo, se ha discutido la constitucionalidad de las

---

<sup>106</sup> Corte Suprema, 16 de mayo de 1988, *Gaceta Jurídica*, N° 95, 1988, pp. 25-26 (considerando 5°, y, en general, considerandos 2° a 4°).

<sup>107</sup> Considerando 19° del voto de empate por acoger el requerimiento, Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2014, rol N° 2299-2012. La sentencia del Tribunal Constitucional en todo caso decretó el rechazo del requerimiento de inconstitucionalidad por existir empate de votos, sin que se hubiera obtenido la mayoría para acogerlo.

<sup>108</sup> Considerandos 21° y 22° del voto de empate citado en nota anterior.

disposiciones contenidas en la LMN que establecen limitaciones o cargas a los propietarios de monumentos. En segundo lugar, se analizará la forma en que se afectan las facultades de uso y goce de los bienes declarados monumentos. La primera y más básica limitación para los dueños de monumentos está constituida por la obligación de solicitar autorizaciones antes de realizar cualquier modificación o alteración en los mismos. A través del estudio de diversos casos, se mirarán aquellos trabajos de los propietarios que se ha considerado que alteran la fisonomía del monumento. En tercer lugar, se revisará la jurisprudencia relacionada con la posibilidad de que se paguen indemnizaciones en razón de las limitaciones o cargas establecidas a los dueños de monumentos. Por último, en cuarto lugar, se examinarán las limitaciones establecidas en relación con la facultad de disponer de los aludidos monumentos. Lo interesante es que se mirarán las limitaciones no sólo en cuanto a la facultad jurídica de disponer de los mismos, sino que también en cuanto a la imposibilidad de destruirlos.

#### *A. Cuestión preliminar: La constitucionalidad de la LMN*

Como asunto preliminar, es necesario poner de relieve que se ha intentado revisar la constitucionalidad de algunos artículos de la LMN al menos en tres ocasiones. La primera vez, la Corte Suprema se pronunció declarando la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la LMN, sin perjuicio de que, con posterioridad, conociendo del recurso de casación interpuesto en la misma causa, confirmó la sentencia de apelación que no dio lugar a la acción indemnizatoria interpuesta por los dueños de un inmueble. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha enfrentado dos veces el conocimiento de inaplicabilidades vinculadas a normas contenidas en la LMN. No obstante que sus sentencias no son lo clarificadoras que se quisiera, proveen de importantes insumos para analizar posibles conflictos futuros de constitucionalidad sobre la materia.

Como se mencionó, el primer recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en la LMN lo conoció la Corte Suprema, competente en ese entonces para conocer de dicho recurso. En efecto, donde se discutió con mayor detención esta materia fue durante el conocimiento de una acción de indemnización de perjuicios interpuesta por los dueños del llamado Palacio Pereira contra el Fisco, acción a través de la

cual se perseguía el pago de los perjuicios causados por la supuesta privación del uso y goce del inmueble, en virtud de las limitaciones impuestas por la LMN.<sup>109</sup> Mientras se tramitaba el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, que había rechazado la indemnización demandada, se interpuso una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a través de la cual se declararon inaplicables los artículos 11 y 12 de la LMN.<sup>110</sup> Para definir la constitucionalidad, la Corte Suprema reflexionó en torno a la posibilidad de considerar a las limitaciones y obligaciones impuestas en virtud de la LMN como parte del concepto de función social previsto en la Constitución a propósito del reconocimiento del derecho de propiedad. Para definir lo anterior, tuvo presente el texto de Enrique Evans de la Cuadra, el cual asumía una visión más bien restrictiva de las limitaciones, con el temor de que ellas se transformaran en un “pozo sin fondo” de limitaciones a la propiedad.<sup>111</sup> Adicionalmente, se citó la discusión de la Comisión Constituyente en relación con el derecho de propiedad.<sup>112</sup> Sobre la base de lo expuesto, concluyó que las normas de la LMN cuestionadas “restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado ‘Monumento Histórico’,

---

<sup>109</sup> 7º Juzgado Civil de Letras de Santiago, 19 de marzo de 2007, rol N° 3761-2001.

<sup>110</sup> Corte Suprema, 18 de junio de 2004, rol N° 4309-2002.

<sup>111</sup> En el considerando 6º de la sentencia citada en la nota anterior se transcriben partes del texto de Enrique Evans de la Cuadra “Los derechos constitucionales”. En efecto, en él se lee que “(...) la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional. Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio. No puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad”. La fuente del texto citado es EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, t. III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 3ª ed., 2004, p. 236.

<sup>112</sup> Citando al señor Ovalle, y lo que él habría expresado en la 157ª sesión de la Comisión Constituyente, manifestaron que la privación consistiría en “que una de las facultades que son de la esencia del derecho de propiedad no la ejerce su titular” (considerando 7º).



desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide además su destrucción. Igualmente, la norma del artículo 12 precitado entrega al Consejo de Monumentos Nacionales la facultad para determinar las normas a que debe sujetarse cualquier obra, ya sea de conservación, reparación o transformación de todo inmueble monumental, lo que en realidad se traduce en una privación de los atributos de uso, goce y disposición”.<sup>113</sup> Por último, el máximo tribunal realizó una relación histórica en la cual pusieron de manifiesto que, de acuerdo con la legislación previa, representada por el D.L. N° 651 vigente durante la Constitución de 1925, el CMN tenía como facultad y deber indicar al gobierno aquellos trabajos necesarios para conservar y reparar los monumentos nacionales.<sup>114</sup> Así, resolvió que los artículos 11 y 12 de la LMN eran inaplicables al caso concreto, señalando que “las normas legales referidas en el fundamento cuarto aparece que restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado Monumento Histórico desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide además su destrucción. Igualmente, la norma del artículo 12 precitado entrega al Consejo de Monumentos Nacionales la facultad para determinar las normas a que debe sujetarse cualquier obra, ya sea de conservación, reparación o transformación de todo inmueble monumental, lo que en realidad se traduce en una privación de los atributos de uso, goce y disposición”.<sup>115</sup> La sentencia fue dictada con un voto de minoría, el cual estuvo por rechazar el recurso de inaplicabilidad por considerar que las normas contenidas en la LMN no vulneraban el principio de la igual repartición de las cargas públicas, en tanto los deberes impuestos no podían repetirse respecto de otra persona que no fuera su dueño. Tampoco estimó vulnerada la garantía de la propiedad por considerar que la declaración de un inmueble como monumento se concedía con las limitaciones que se podían imponer a la propiedad en virtud de su función social, particularmente el interés general de la nación.

---

<sup>113</sup> Considerando 9°.

<sup>114</sup> Considerando 10°.

<sup>115</sup> Corte Suprema, 18 de junio de 2004, rol N° 4309-2002 (considerando 9°).

Con ocasión de los comentarios al fallo de inaplicabilidad de la Corte Suprema, se pudieron ver diversas posturas en torno al alcance de las limitaciones establecidas por la LMN. Como identificó González, detrás de cada autor que comenta los fallos sobre los monumentos hay una postura ideológica en relación con la propiedad.<sup>116</sup> Ello es más evidente en algunas ocasiones. Para González mismo, la normativa contenida en la LMN no hace sino recalcar la relevancia de la protección del patrimonio cultural e histórico del país, en tanto contribuye al progreso de una nación, considerando que en caso alguno las limitaciones de la LMN constituyen una privación de las facultades de uso goce o disposición, sino que sólo una regulación de la forma de ejercerlas. Sin perjuicio de ello, señala que lo anterior no obsta al establecimiento de alicientes o franquicias tributarias.<sup>117</sup>

Fermandois, por su parte, celebró este fallo, calificándolo como un “acierto jurisprudencial” por haberse “percibido correctamente la nueva dimensión de la función social de la propiedad en la Constitución de 1980”.<sup>118</sup> El supuesto que permite al autor llegar a esa conclusión se basa en la afirmación de que la propiedad “tiene hoy una dimensión muy distinta a la que se invocó para ella durante la década de 1960. El ingreso de este concepto en 1967 al artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925 –con el objeto deliberado de profundizar un proceso de reforma agraria– terminó comprometiendo las bases más profundas del derecho de propiedad y para algunos el orden constitucional mismo”.<sup>119</sup> En razón de lo anterior, el estatuto constitucional de la propiedad tendría algunas contradicciones, una de las cuales estaría constituida por la función social. El autor considera dos concepciones de la función social, una histórica y una contemporánea. La incorporación de la noción de función social en la década de los 60 habría

---

<sup>116</sup> GONZÁLEZ CARVAJAL, M. Paola, “Caso ‘Palacio Pereira’: Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducido por Soc. Inmobiliaria Maullín Limitada”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 2, 2006, p. 206.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>118</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: Hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en *Sentencias Destacadas*, Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo, 2004, p. 49.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 23.

tenido por objeto la profundización de la reforma agraria, que habría terminado “comprometiendo las bases más profundas del derecho de propiedad y para algunos el orden constitucional mismo”.<sup>120</sup> Bajo la Constitución de 1980, en cambio, “la función social consiste en otorgar a la persona un espacio para su autonomía y su realización personal. Y dentro de ella, habrá de afrontar limitaciones, las que serán aceptables para la Constitución en la medida que no infrinjan el derecho de igualdad ante las cargas públicas y sean proporcionadas y razonables. Bajo estos parámetros, la ley N° 17.288 falló el examen de constitucionalidad”.<sup>121</sup>

En cuanto a la inconstitucionalidad del estatuto de la LMN, menciona Fermandois que sería contrario a la Constitución, tanto por oponerse al derecho de propiedad como por atentar contra la igual repartición de las cargas públicas. En relación con lo primero, menciona que no habría duda alguna en cuanto a que “el artículo 12 cercena brutalmente la facultad de uso, intrínseca a la propiedad. Si el Consejo de Monumentos Nacionales niega la respectiva autorización, el inmueble quedará en una posición de intangibilidad para su dueño, éste nada podrá hacer materialmente con él, que no sea conservarlo como está”.<sup>122</sup> En relación con el segundo tema, para el autor el artículo 12 de la LMN también infringiría la igualdad ante las cargas públicas. Citando el voto de minoría del juez Rehnquist en un caso conocido por la Corte Suprema de Estados Unidos, y que estimaría el autor que sería pertinente en el caso comentado, “(...) ‘se ha impuesto una carga a un décimo de un uno por ciento de los edificios de Nueva York para el beneficio general de toda su gente’. Igual razonamiento se aplica al caso de la ley N° 17.288”.<sup>123</sup> Agrega que el inmueble queda con un valor

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 23. En igual sentido p. 48.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 23-24. Ver también conclusiones en p. 35. De hecho, en relación con el voto disidente, menciona que del voto de minoría, en cuanto a que era imposible distribuir las cargas en más personas que no fueran sus dueños, es rebatido por el autor, para quien el Estado siempre puede uniformar las cargas mediante indemnizaciones y el ejercicio de su potestad tributaria (*ibidem*, pp. 48-49).

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 47.

disminuido sino eliminado, se dañan las expectativas de inversión y el Estado “ha pasado a tomar casi posesión física del inmueble”.<sup>124</sup>

Otra idea que el autor desarrolla en relación con la sentencia de la Corte es la noción de expropiación regulatoria. Para Fermandois, este caso constituiría un ejemplo de lo que en derecho comparado se conocen como *regulatory takings* o expropiaciones regulatorias, en que se priva “de la esencia de los atributos esenciales del derecho de propiedad por vía de una regulación legal o administrativa”.<sup>125</sup> El autor da cuenta de criterios de derecho comparado que servirían para resolver sobre el otorgamiento de indemnizaciones, destacando que en ellos no se habla de función social por ser un concepto muy ideologizado, utilizando en vez el procedimiento de los balances de intereses, en que la igualdad ante las cargas públicas y el derecho individual de propiedad tendrían un lugar preferente.<sup>126</sup>

Lo relevante en casos como el planteado a propósito de la LMN es, primero, determinar si sus disposiciones son o no constitucionales. En el caso que se considere que una norma no lo es, no parece pertinente pronunciarse sobre posibles indemnizaciones, en tanto la norma no será aplicable. Salvo, por ejemplo, que en el tiempo intermedio, hasta la declaratoria de inconstitucionalidad, se hubiera producido algún daño. En cambio, para el caso en que se decrete la constitucionalidad de la disposición, se puede definir si corresponde o no iniciar un proceso indemnizatorio por la privación de algún elemento esencial de la propiedad.<sup>127</sup> Esto último correspondería a lo que se ha identificado como expropiación regulatoria.

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 21. En la misma página menciona en relación con la LMN que “se trata de un ejemplo de pieza legislativa casi irrelevante –por su reducido ámbito de aplicación práctica– pero que constituye una muestra perfecta de regulaciones extremas surgidas al calor de doctrinas que influyeron en Chile, tensionaron el sistema constitucional y fracasaron en lo económico”.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 38-40.

<sup>127</sup> En estos casos, parece requerirse “una teoría unificada de regulación expropiatoria debiera proveer una base para distinguir entre privaciones de propiedad compensables (expropiaciones indemnizables) y privaciones de propiedad no compensables. Ninguna de las aproximaciones actuales de la Corte explican, completamente, lo que en el derecho norteamer-

Con una visión más crítica, Accatino dio cuenta de la necesidad imperiosa de contar con construcciones jurídicas diferenciadas para la interpretación del derecho de propiedad. Para la autora, acertadamente, la argumentación debió centrarse en determinar de qué forma se afectaban los derechos de uso, goce y disposición de la propiedad, situación en la que no se centraban los fallos analizados. El voto de mayoría se limitaba a afirmar que la norma del artículo 12 de la LMN se traducía en una privación de los atributos de uso, goce y disposición, y el voto de minoría, por su parte, afirmaba que las limitaciones debían considerarse incluidas en el concepto de limitaciones a la propiedad. Así, da cuenta de la falta de precisión por parte de la jurisprudencia de los conceptos de uso, goce y disposición que desarrollados por la doctrina civil.<sup>128</sup> Critica también el fallo por cuanto lo único que cita como fuente es la Comisión Ortúzar. Para la autora, no se entiende cómo podrían significar para el dueño limitaciones a las facultades de uso y goce, a las que hace referencia el fallo, pues sólo se afectaría la facultad de disposición material.<sup>129</sup> Esta conclusión dejaría nuevamente abierta la pregunta de la forma en que la carga establecida por la LMN importaría la privación de una facultad o atributo del dominio. Coincide la autora en cuanto a que la magnitud de las cargas es problemática, lo que no implicaría su declaración de inconstitucionalidad, pudiendo en todo caso explorarse la afección al derecho de la igual repartición de las cargas públicas.<sup>130</sup>

Por último, Zúñiga mira también desde una perspectiva crítica la sentencia y analiza en su comentario la posibilidad de delimitar los derechos, dando cuenta del paso desde la garantía de reserva legal a la de esencialidad. En reconocimiento de que los derechos deben coexistir con otros bienes jurídicos, la idea de armonización se transforma en el elemento fundamen-

---

ricano se conoce como el *case law*”, DELAVEAU SWETT, Rodrigo, “La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 3, 2006, p. 435.

<sup>128</sup> ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, “Comentario a sentencia de inaplicabilidad sobre la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVII, 2004, pp. 222-223.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 225. Dando cuenta del voto de minoría, la autora reflexiona acerca de si el criterio de igualdad relativa es el apropiado para razonar al respecto.

tal.<sup>131</sup> Señala que para delimitar el contenido de los derechos se deben identificar dos elementos, “el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste y el tratamiento jurídico contenido en la norma que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da en el reconocimiento constitucional; y por otra los límites de los derechos exige identificar el tipo de límites, su alcance y relación con otros bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos”.<sup>132</sup> Como correspondencia a lo anterior, da cuenta de que la doctrina identifica límites internos, que son los que permiten identificar el contenido mismo del derecho y los externos, que “permiten modificar los elementos configuradores de los derechos (titular, destinatario u objeto) a partir de una ‘norma de competencia’ que la Constitución establece”.<sup>133</sup> El autor considera que los límites externos pueden ser explícitos o implícitos, dependiendo si la norma constitucional los reconoce en sus disposiciones. En cambio, los límites implícitos responden a la idea de la protección de otros bienes jurídicos, lo cual requeriría de una armonización de derechos. Concluye señalando que “la Corte Suprema en su sentencia no admitió que la función social del derecho de propiedad, operase como un límite externo y explícito del derecho y sus atributos, y que comprendiese conceptos jurídicos indeterminados como el de ‘intereses generales de la nación’. Ello significa que frente a un límite externo y explícito el derecho de propiedad, como es la función social, impuso la ‘esencia del derecho’ como un límite de límites, valla infranqueable para el legislador”.<sup>134</sup> En razón de ello medita que, a pesar de lo opinable de su estructura argumentativa, un fallo así permitiría que se cuestione la constitucionalidad de otras intervenciones limitativas que no dan derecho a indemnización, ya sea por lesionar el derecho de propiedad o por establecer una carga pública más allá de lo permitido por la misma Constitución.<sup>135</sup>

No obstante el fallo de inaplicabilidad acogido por la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones resolvió que el estado en que estaba el monumento

---

<sup>131</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Inconstitucionalidad sobreviniente y límites al derecho de propiedad”, *Gaceta Jurídica*, N° 289, 2004, pp. 28-29.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 30-31.

histórico objeto de la acción indemnizatoria “existía y era conocida por la demandante, al igual que el mal estado del mismo, cuando accedió a su dominio, y si bien importaba una limitación y una carga –de aquellas aceptadas por la Carta Fundamental–, sin afectar las facultades esenciales de su derecho, no puede estimarse, por la licitud de su origen, como una fuente de eventual responsabilidad del Estado, al menos por los motivos, fundamentos y rubros esgrimidos en la demanda, ni puede representar un factor que excuse al propietario –mismo demandante– de su obligación de cuidar y mantener con diligencia media sus cosas propias, como lo es dicho inmueble, el que, en este caso, ha debido rendir tributo a la cultura y a la historia de la nación, como parte de su función social”.<sup>136</sup> Es decir, realiza un análisis concreto, del todo procedente, para calificar la afectación del derecho de propiedad del reclamante. El conocimiento del estado del inmueble y las limitaciones a las que se encontraba sometido constituyen un antecedente que permite a la Corte evaluar la afección que el derecho de propiedad pudo haber sufrido. Cabría reflexionar acerca de la posibilidad de que un particular reclame algún tipo de indemnización al momento de la declaratoria, en la medida en que se acredite algún daño de relevancia a través de la misma, lo que no se ha producido en los casos discutidos más arriba.

Como consecuencia de lo anterior, y no obstante la declaración de inaplicabilidad resuelta por la Corte de Suprema, el máximo tribunal nuevamente tuvo conocimiento de la causa, esta vez en el contexto del recurso de casación interpuesto, entre otros fundamentos, por desconocer que se habían declarado inconstitucionales por la Corte Suprema los artículos 11 y 12 de la LMN para dicho juicio. Los recurrentes fundaron su alegación en que se vulneraba la igualdad ante las cargas públicas, por existir una discriminación arbitraria al no permitir que “la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación con cargo al Estado”. Argumentaron, también, que las cargas impuestas no correspondían a la función social del dominio, agregando que de acuerdo al fallo de constitucionalidad no cabía a la propietaria exigirle reparaciones.

---

<sup>136</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 2007, rol N° 2033-2006, acumulado rol N° 3096-2007 (considerando 1°). Se da cuenta de que el palacio en comento ha sufrido un deterioro generalizado y progresivo, en manos de diversos propietarios del mismo, razón por la cual no existirían elementos suficientes para colocar de cargo del Estado la corrupción del mencionado edificio (considerando 4°).

Finalmente, señalaron que se vulneraba el principio de responsabilidad del Estado, atendida la existencia de numerosas disposiciones legales que se refieren a la indemnización en caso de afectarse el uso y goce de la propiedad.<sup>137</sup> La Corte Suprema, aun cuando menciona sentencias sobre la aplicación de otras limitaciones en que se concedía indemnización a los particulares sobre la base de responsabilidad, consideró que para el caso en estudio no se estimaba la existencia de una disposición que consagrara la obligación indemnizatoria del Estado.<sup>138</sup> Se extraña, en todo caso, una mayor justificación, al menos en relación de las razones cuantitativas que no ameritarían la procedencia de indemnizaciones en el caso específico discutido.

La segunda oportunidad en que se planteó la constitucionalidad de las disposiciones de la LMN fue, nuevamente, a propósito de un juicio relacionado con el Palacio Pereira. Los vecinos del palacio interpusieron una denuncia de obra ruinoso contra la dueña del inmueble a fin de obtener la demolición del mismo. Como menciona la propia Corte Suprema, el tribunal de primera instancia rechazó la denuncia “por no haber probado la denunciante la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, para

---

<sup>137</sup> Citaron como ejemplo: “Ley N° 18.750, de 7 de enero de 1989, que en el artículo 7° letra j) establece que el Director del Servicio Agrícola y Ganadero debe disponer el pago de indemnizaciones a los propietarios de bienes y productos no contaminados o sanos que haya sido necesario sacrificar o destruir para controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga. Igualmente, en el mismo sentido la Ley de Servicios de Gas N° 18.856, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, sobre Ley General de Servicios Eléctricos, y la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones obligan a los particulares a pagar indemnizaciones por las limitaciones al dominio” (considerando 10°).

<sup>138</sup> Corte Suprema, 5 de octubre de 2010, rol N° 552-2008, en especial considerandos 31° a 40°. Los recurrentes alegaron como infringido el artículo 582 del Código Civil, el cual es, de acuerdo a la Corte Suprema, meramente “definitorio de una noción jurídica” (considerandos 41° y 42°). Por lo anterior, se rechazó el recurso. El fisco interpuso en paralelo una demanda de reparación del daño producido al palacio en tribunales ordinarios civiles, juicio en el cual a su vez los dueños interpusieron una demanda reconvenzional de indemnización de perjuicios por daño moral. Si bien el tribunal de primera instancia desechó las peticiones de las dos partes, y se interpusieron recursos de apelación, todas las disputas terminaron con la compra del monumento en el año 2011, y será la sede del CMN, <http://www.monumentos.cl/catalogo/625/w3-article-26213.html> (11° Juzgado Civil de Letras Santiago, 25 de octubre de 2010, rol N° 961-2001. En la Corte de Apelaciones de Santiago se renunciaron los recursos de apelación interpuestos, ingresados bajo el rol N° 896-2011).



destruir el inmueble”.<sup>139</sup> Al confirmar la Corte de Apelaciones de Santiago lo resuelto en primera instancia, los denunciantes, estando pendiente un recurso de casación ante la Corte Suprema, recurrieron de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.<sup>140</sup> En dicho contexto el Tribunal Constitucional se refirió a la constitucionalidad del artículo 12 de la ley LMN.<sup>141</sup> Dicho tribunal estimó, entre otras reflexiones, que el conflicto que se planteaba no era constitucional, sino que de oposición de normas legales. En efecto, para el tribunal, se oponían las normas de la LMN, que requerían de autorizaciones para destruir un monumento, y aquellas normas del Código Civil que permiten derribar una obra ruinoso.<sup>142</sup> Así, no dio lugar al requerimiento.

La oportunidad más reciente en que el Tribunal Constitucional se enfrentó a la constitucionalidad de las disposiciones de la LMN fue en el año 2014. Esta vez, como ya se mencionó, una empresa constructora recurrió de protección contra el CMN y el ministro de Educación en razón del acuerdo alcanzado por ellos en cuanto a ampliar la zona típica de Isla Negra, que afectaría las posibilidades de construcción sobre un terreno eriazado de propiedad de la recurrente. Durante su conocimiento, el Tribunal

---

<sup>139</sup> Corte Suprema, 13 de julio de 2011, rol N° 4307-2009.

<sup>140</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de abril de 2009, rol N° 10510-2005, que señaló: “Que el artículo 11 de la ley sobre Monumentos Nacionales prescribe que los monumentos históricos quedan bajo el control y la supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales, y, tal como se expresa en el fallo recurrido, el artículo 12 de la misma ley establece que si el inmueble es de propiedad particular, no podrá destruirlo sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales el que previamente determinará las normas a que deben sujetarse las obras autorizadas” (considerando 4°).

<sup>141</sup> Alegaban que la misma era contraria a los siguientes artículos de la Constitución: (i) artículo 19 N° 1, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, por impedirse la demolición de un edificio ruinoso; (ii) artículo 19 N° 24, por vulnerar la garantía “antiexpropiatoria” contenida en dicha norma; (iii) artículo 19 N° 20 de la Constitución, por afectarse la igualdad ante las cargas públicas, al establecerse una expropiación sin indemnización.

<sup>142</sup> Tribunal Constitucional, 8 de marzo de 2011, rol N° 1485-2009 (considerando 8°). Además, da cuenta de que la parte requirente no habría solicitado ni emplazado al CMN para obtener la autorización necesaria para proceder a la demolición (considerando 11°), y de que el Tribunal Constitucional da cuenta de que, mediante oficio del Consejo, habría tomado conocimiento de que el dueño del terreno había obtenido una autorización para construir y repararlo, y, atendido el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, se debía tomar en cuenta dicho hecho (considerando 12°).

Constitucional se refirió a la constitucionalidad de los artículos 29 y 30 de la LMN. Estos artículos se refieren a las declaraciones de zonas típicas y la posibilidad de realizar construcciones en ellas, previa autorización del CMN, en la medida en que guarden relación con el “estilo arquitectónico general” de la zona. Si bien el Tribunal Constitucional rechazó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por existir empate de votos, tanto los ministros que estuvieron por rechazar el requerimiento como los que estuvieron por acogerlo fundamentaron su posición. Quienes planteaban el rechazo de la inaplicabilidad alegaron principalmente en tres órdenes de materias. Primero, en relación con la posible infracción del derecho de propiedad, dan cuenta de la “existencia de funciones o finalidades no individualistas que restringen una consideración puramente absolutista de la propiedad y de los derechos del propietario sobre la misma”.<sup>143</sup> Califican a la función social como un límite intrínseco de la propiedad, no así las privaciones, las cuales son consideradas como extrínsecas.<sup>144</sup> Ahondando en esta idea, reflexionan que las limitaciones impuestas en razón de la función social no darían lugar a indemnizaciones, puesto que “teóricamente, no hay daño que lamentar”, dejando en todo caso abierta la posibilidad de indemnización en aquellos casos en que no hay expropiación, sobre la base de la magnitud de la privación o limitación y obligación.<sup>145</sup> En cuanto a la diferenciación de una limitación respecto de una privación, el voto por el rechazo señaló que ella “radica en que la expropiación sustituye la afectación de la privación haciendo desaparecer la vulneración del derecho por parte del legislador, cuestión que no acontece con una limitación. En este último caso, el intérprete de la norma deberá verificar si se ajusta o no al ejercicio de la función social de la propiedad y, en consecuencia, deberá declarar o no su inconstitucionalidad, atendiendo al límite derivado de la protección a la esencia del derecho consagrado en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental”. Ahora bien, en cuanto a los lineamientos para definir la irreprochabilidad de las limitaciones a la propiedad en razón de su función social, el Tribunal Constitucional, sobre

---

<sup>143</sup> Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2014, rol N° 2299-2012 (considerando 19°).

<sup>144</sup> Considerando 7° del voto de empate por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad.

<sup>145</sup> Considerando 8° del voto de empate por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad.

la base de sus pronunciamientos previos y la jurisprudencia comparada,<sup>146</sup> toma como base tres criterios: “a) El adecuado equilibrio entre derecho de propiedad privada y otros derechos fundamentales que puedan estar comprometidos en el conflicto concreto de que se trata, envolviendo estos últimos un claro interés social que supera al mero interés individual del propietario privado (...); b) El principio de igualdad, pues la carga que se impone al propietario privado que sufre una limitación a su derecho, no debe ser exclusiva ni excluyente de las limitaciones que puedan sufrir otros propietarios que se encuentren en la misma situación, en atención a la entidad o naturaleza de la razón involucrada en el ejercicio de la función social de la propiedad, (...) y c) El principio de proporcionalidad, pues el gravamen o detrimento —especialmente económico— que se deriva de la limitación que se impone no debe ser de tal naturaleza que haga desaparecer el derecho, o deje sin posibilidad concreta el ejercicio de sus atributos esenciales, pues en tal caso, se estaría frente a una expropiación en los términos regulados por el inciso tercero del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, figura que, en el Derecho comparado, se denomina ‘Expropiación regulatoria’.<sup>147</sup>

Al referirse al primero de los elementos, esto es, la colisión de derechos, el voto por el rechazo da cuenta de que el derecho individual de propiedad colisionaría contra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, dentro del cual se incluye la preservación de las zonas típicas y el deber del Estado de proteger e incrementar el patrimonio cultural de la nación. Haciendo uso del *‘balancing test’* utilizado por los tribunales alemanes, consideran que “la respuesta afluye con expedición, pues la conservación del patrimonio ambiental del país como también

---

<sup>146</sup> Destacan, por una parte, el considerando 22° de las sentencias roles N°s. 245 y 246 del mismo tribunal, en virtud de las cuales se estableció que, “mientras privación supone despojar a uno de una cosa que poseía, siendo su fundamento el interés nacional y la utilidad pública, limitar importa el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales, siendo su fundamento la función social que debe cumplir la propiedad”; y, por otra, la decisión del juez Holmes, miembro de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien habría mencionado que: “La regla general, al menos, es que mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación” (citas contenidas en los considerandos 9° y 10°).

<sup>147</sup> Considerando 11° del voto de empate por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad.

del cultural (...) conduce inequívocamente a sostener que, en la especie, se ha configurado una limitación legítima al ejercicio del derecho de propiedad (...)"<sup>148</sup>

Esta afirmación conduce a una pregunta, que debe resolverse no bajo la lógica del derecho privado, sino que de acuerdo con el juego de intereses que puede presentarse en un momento definido, y con la conciencia de que ellos pueden privilegiar intereses que miren al individuo o a la colectividad. Muchos de estos conflictos son resueltos por el mismo constituyente o el legislador. Ése es precisamente el caso del derecho de propiedad en su relación con la Constitución, en que se autorizan, en abstracto, limitaciones en protección del medio ambiente y en beneficio del desarrollo de la función social, las cuales son establecidas y reguladas por la LMN. De hecho, los artículos referidos a la conservación y uso de los monumentos históricos, o aquellos situados en una zona típica, son un reflejo de lo anterior; la libertad más amplia que confiere la propiedad sobre un bien puede encontrarse supeditada a intereses colectivos, como es la protección cultural. La dificultad en este ámbito surge más bien cuando el conflicto no se encuentra regulado expresamente, o cuando en la aplicación de la norma específica se produce una limitación que amerita que se realice el balance de derechos arriba comentado. Pues, si ya hay una ley que da cuenta de la limitación a un derecho individual en protección de intereses colectivos, difícilmente se va a presentar la duda acerca de la preeminencia que puedan tener los intereses privados. Lo más trascendental será entonces definir la respuesta ante la posible afectación de los intereses particulares que de ella se siga, asunto que no puede ser resuelto por el legislador, en tanto difícilmente podría ponerse en el infinito número de casos que puede plantearse en la aplicación concreta de la norma. De hecho, el voto de empate que fue partidario de dar lugar al requerimiento señaló que "frente al aparente conflicto entre el legítimo ejercicio de la libertad de las personas y la consecución por el Estado de un interés público, falso dilema que acaba indefectiblemente con la preeminencia absoluta de este último"<sup>149</sup> En este sentido, la visión

---

<sup>148</sup> Considerando 17° del voto de empate por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad.

<sup>149</sup> Considerando 3° del voto de empate por acoger el requerimiento de inconstitucionalidad.

parece más realista en cuanto a que parece difícil que no se estime que un interés colectivo quede de lado por uno individual. Lo delicado, en todo caso, es que el voto por acoger el rechazo de constitucionalidad agrega acto seguido la idea de que “no compete al legislador determinar el contenido del derecho de propiedad, comoquiera que es el mismo constituyente quien fija y reconoce cuáles son precisamente aquellas ‘facultades esenciales’ del dominio, que permiten de suyo ‘usar, gozar y disponer’ del dominio”. Por el contrario, es el legislador quien tiene la competencia para definir la forma en que se va configurando el uso y goce de los bienes, pues de lo contrario el poder infinito carecería de límites. Sin embargo, para los autores del voto, es la Constitución la que habría definido la configuración del derecho de propiedad, al mencionar como parte del mismo la facultad de usar el bien, dentro de la cual se comprendería la posibilidad de edificar en el mismo.<sup>150</sup>

En cuanto al segundo de los elementos, el voto por el rechazo esgrime que la LMN constituye una norma de carácter general y obligatorio que “garantiza que se aplicarán, por igual, a todos quienes pretendan construir o afectar de otro modo, el espacio comprendido dentro de la zona típica”.<sup>151</sup> El análisis parece bastante formal, y reitera de cierta forma el voto disidente del fallo de la Corte Suprema del año 2004, en cuanto a que las leyes generalmente regulan hipótesis que revisten cierto grado de generalidad. Lo relevante en este punto será definir cuál es el parámetro de comparación adecuado para definir la concurrencia de igualdad. En este sentido, el análisis nuevamente debe hacerse en concreto respecto del caso particular en revisión. Y ese análisis deberá ser más amplio que la definición de que la norma es general en cuanto a que consideran a todas las personas a las que se les aplica. En dicho análisis también debiera estimarse la incidencia que pueden tener estatutos que establecen beneficios para los mismos tenedores de los inmuebles mencionados, como son aquellos analizados más arriba. La única forma de definir la afectación de la igualdad será también mediante la comparación con los beneficios que la compensen. Por ello, nuevamente, el análisis debe ser concreto, considerando la forma en que se

---

<sup>150</sup> Considerandos 6° a 9° del voto de empate por acoger el requerimiento de inconstitucionalidad.

<sup>151</sup> Considerando 18° del voto de empate por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad.

configuran las cargas específicas en atención a la protección monumental, y la forma en que la misma carga se compensa, en parte al menos, con algún otro beneficio.

Por último, en cuanto al principio de proporcionalidad, el voto por el rechazo consideró que al menos se encontraría en condiciones de señalar que el objetivo perseguido por el legislador, mediante una declaración de zona típica, se vinculaba a la protección de una zona típica y de monumentos históricos presentes dentro de ella, así como que el propietario afectado por las limitaciones habría tenido la oportunidad de informarse del proceso conducente a la ampliación de la zona típica que supuestamente le afectaba.<sup>152</sup> Es en este espacio donde el derecho privado debe irrumpir para que se pueda realizar un análisis que responda a criterios jurídicos vinculados a la fisonomía del derecho de propiedad. Es en este ámbito donde el derecho de propiedad debe ser analizado en cuanto a sus características y atributos, a fin de establecerse si existe o no una proporcionalidad afectada. Por ejemplo, en el caso del edificio de la Bolsa de Comercio, se constató que dicha asociación funcionaba en su desarrollo diario sin problema alguno, y el mismo no sería afectado con la declaratoria monumental. En otros casos pudiera incluso verse aumentado el valor del bien en atención a la declaratoria, como sería, por ejemplo, el caso de una vivienda en la que hubiera vivido algún personaje de renombre y que pudiera ser destinada al turismo. El voto de empate reflexiona más adelante en cuanto a las hipótesis en las que podría concurrir una indemnización, concluyendo que “sólo una limitación o regulación de gran magnitud puede constituir una privación de la propiedad dando lugar a la indemnización”.<sup>153</sup> La pregunta es cuál

---

<sup>152</sup> Considerando 19° del voto de empate por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad.

<sup>153</sup> Considerando 24°, el cual a su vez cita los considerandos 22° y 23° de la sentencia del mismo tribunal rol N° 505, en la cual se menciona que “la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte, porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (‘la limitación tiene sus límites’,

es el patrón o modelo para la comparación. Al menos, alguna información podría proveer el uso y goce que históricamente ha tenido el bien y la forma en que se vería afectado por la declaratoria. Lo mismo para el caso de los posibles costos que involucre la conservación de un bien, materia que ciertamente puede intentar proyectarse temporalmente. Por último, los efectos que pudieran producirse en relación con impedimentos de constructibilidad en comparación con los vecinos circundantes, también pudiera proveer de información para calificar el posible daño.

Además de los argumentos ya consignados a lo largo del trabajo, el voto que estuvo por acoger el requerimiento de inconstitucionalidad se inclinó por dicha decisión principalmente por considerar que se vulneraba la noción de legalidad requerida por la normativa constitucional, en la imposición de limitaciones al considerar términos vagos y generales, como los de “estilo arquitectónico general”. Hizo hincapié en la falta de un reglamento para la regulación de dichas facultades, según lo requerido por la propia LMN.<sup>154</sup> Vieron además los redactores del voto el temor que, ante la indefinición de la LMN, proliferaran presiones de grupos de interés o de terceros que quisieran hacer valer sus subjetividades particulares. Citan de hecho la constitucionalidad del caso Maullín, sin mencionar en todo caso que finalmente no se acogió el recurso interpuesto por el particular.<sup>155</sup>

### B. Las limitaciones

El hecho de que una determinada construcción sea considerada un monumento requerirá necesariamente de mayor protección, lo que se traduce en que para realizar cualquier restauración, reparación o conservación se requiere, además de las generalmente necesarias, de la autorización del CMN o del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, para el caso de los santuarios de la naturaleza. Se entiende que estos organismos tienen las competencias necesarias para evaluar la posible afectación de un monu-

---

para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón). El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse aunque se determine que, *prima facie*, se trata de una regulación”.

<sup>154</sup> Considerandos 23° a 28° del voto de empate por acoger el requerimiento.

<sup>155</sup> Considerandos 29° a 36° del voto de empate por acoger el requerimiento.

mento. La necesidad de contar con autorización del CMN rige tanto para las entidades públicas como privadas.<sup>156</sup>

Los caminos judiciales que se han presentado a fin de resguardar la concurrencia de las autorizaciones especiales para los monumentos son de diversos tipos. Primeramente, cuando se quiere paralizar un trabajo que no cuenta con la referida autorización, las autoridades públicas u otros particulares interesados interponen contra los dueños de los monumentos acciones de protección, fundados en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación e, incluso, en virtud del derecho de igualdad para resguardar los monumentos en que tienen interés, y acciones generales reconocidas por el Código Civil. En cambio, cuando es el particular quien reclama ante las decisiones de la autoridad, como consecuencia de la realización de obras sin los respectivos permisos, la interposición de los recursos de ilegalidad y de protección se plantea como la fórmula recurrente. Por último, cuando lo que se persigue es el reclamo por el daño producido a los monumentos como consecuencia de la inexistencia de las autorizaciones requeridas, el Estado interpone las acciones generales de indemnización recogidas por el Código Civil o las acciones reconocidas en la LGBMA.

A fin de impedir la realización de una obra que pudiera vulnerar un monumento, tanto funcionarios públicos como particulares han interpuesto diversas acciones, con mayor o menor éxito, según se analizará a continuación. Primeramente, en cuanto a las acciones de protección interpuestas

---

<sup>156</sup> Un ejemplo de ello se encuentra en Corte Suprema, 23 de julio de 2013, rol N° 2320-2013. Conociendo de una apelación de un recurso de protección la Corte Suprema dejó sin efecto los decretos alcaldicios que pusieron fin a convenios con el Ministerio de Educación y que tenían por objeto reparar una escuela, con el fin de proceder a demoler ciertos edificios, por existir una solicitud de declaración de monumento histórico y constar que el CMN había acordado por mayoría acoger la propuesta de la Comisión de Arquitectura y Urbanismo de declararlo monumento histórico y solicitar la dictación del decreto correspondiente al Ministerio de Educación. En otra sentencia se falló contra Ferrocarriles del Estado por trasladar sin autorización del CMN un monumento histórico de su propiedad (Corte de Apelaciones de Talca, 30 de octubre de 2013, rol N° 2546, confirmada por Corte Suprema, 9 de enero de 2014, rol N° 15162-2013). Por último, en el dictamen N° 15.751, de 3 de marzo de 2014, se aprecia la forma en que, ante el requerimiento del CMN, una municipalidad paralizó las obras que realizaba en un sector declarado zona típica, aun cuando explicitó que no había solicitado la respectiva autorización por considerar que se trataba simplemente de la recuperación paisajística.



por autoridades públicas, en conjunto con privados, se pueden observar al menos dos sentencias. En un primer caso, se interpuso un recurso de protección por parte de autoridades públicas (senador, diputado y alcalde) y privados (organización destinada a la defensa de las dunas) fundado en que un particular había realizado un cierre de un campo de dunas de su propiedad, declarado santuario de la naturaleza. Los recurrentes consideraron que no podía realizarse dicha acción sin haber ingresado al sistema de impacto ambiental, argumento que no fue acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.<sup>157</sup> El fundamento para llegar a dicha conclusión fue que el Código Civil, en sus artículos 844 y 845, autoriza a los dueños de los predios a cerrarlos o cercarlos. Expresó la Corte, por una parte, que los recurrentes no habían acreditado daño al medio ambiente de acuerdo a la definición establecida por la LGBMA. Por otra parte, reflexionaron que la LMN obligaba a obtener autorización para la realización de construcciones o excavaciones en los santuarios de la naturaleza, no considerándose por la Corte que los cierros se encontraban comprendidos en esos términos.<sup>158</sup> En un segundo caso, diversas autoridades públicas, así como una asociación gremial de trabajadores turísticos, interpusieron un recurso de protección atendido que el CMN no había otorgado la respectiva autorización para el traslado de una máquina ferroviaria declarada monumento, atendido que mediante su traslado se podía afectar su integridad. En este caso se acogió el recurso y, singularmente, se consideró, además del riesgo para la máquina, que se afectaba la igualdad de los habitantes de la zona desde donde se había trasladado el ferrocarril.<sup>159</sup> Queda la sensación de que el análisis debería ser más específico en cuanto a la explicación concreta de la posible afección de los monumentos, o, en su caso, de las razones por las que ellos no se ven amenazados o perjudicados por las actuaciones de sus dueños.

---

<sup>157</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de febrero de 2012, rol N° 910-2011. La sentencia en todo caso contó con un voto disidente que consideró que sí se debió ajustar a la normativa establecida por el artículo 10 letra p) de la ley N° 19.300 por afectarse al santuario objeto del cierre, al ser una actividad realizada en un santuario de la naturaleza. La C. Suprema, 28 de agosto de 2012, rol N° 2138-2012, resolvió que no existían puntos dudosos en la sentencia de primera instancia.

<sup>158</sup> Corte Apelaciones de Valparaíso, rol N° 910-2011, 14 de febrero de 2012 (considerandos 6° a 10°).

<sup>159</sup> Corte de Apelaciones de Talca, 30 de octubre de 2013, rol N° 2546, confirmada por la Corte Suprema, 9 de enero de 2014, rol N° 15162-2013, (considerandos 7° a 9°).

En cuanto a los particulares, en varias ocasiones han interpuesto de forma independiente acciones en contra de los dueños de los monumentos que han prescindido de las autorizaciones del CMN. Sin embargo, en ellos se han formulado temas de legitimación activa. Por ejemplo, un particular, por sí y en nombre de una fundación interpuso un recurso de protección fundado en el artículo 19 N° 8, a fin de impedir el desarrollo de una competencia de *rally* en una zona en que se encontrarían presente numerosos sitios arqueológicos y paleontológicos. Se consideró que no existía legitimación activa para la interposición del recurso de protección, por no haber demostrado un interés directo e inmediato en la protección de la garantía del artículo de la Constitución ya mencionado.<sup>160</sup> Queda abierta la pregunta sobre la razonabilidad de una legitimación activa limitada en el caso de los monumentos, especialmente considerando que su protección redundaría en un interés para todos, tal como lo mencionan las consideraciones tomadas en cuenta al dictarse las normas legales que los protegen.

Donde los particulares han tenido mayor éxito es a través de la interposición de las acciones generales del Código Civil. En un nuevo litigio relacionado con el Palacio Pereira, sus vecinos interpusieron, años después de los juicios en que se cuestionó la constitucionalidad de la LMN, una denuncia de obra ruinoso contra la dueña del inmueble a fin de obtener la demolición del mismo. Como menciona la propia Corte Suprema, el tribunal de primera instancia rechazó la denuncia “por no haber probado la denunciante la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, para destruir el inmueble”.<sup>161</sup> Tras confirmar la Corte de Apelaciones de Santiago lo resuelto en primera instancia y estando pendiente un recurso de casación ante la Corte Suprema, los denunciantes recurrieron de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.<sup>162</sup> Como se mencionó, en dicho contexto el

---

<sup>160</sup> Llama la atención que además actuaron como coadyuvantes el Colegio de Arqueólogos y la Sociedad Chilena de Arqueología; sin embargo, en su calidad de tales, la acción no podía seguir adelante si no prosperaba respecto del recurrente principal (considerandos 3° y 4°). Corte Suprema, 7 de enero de 2014, rol N° 7677-2013.

<sup>161</sup> Corte Suprema, 13 de julio de 2011, rol N° 4307-2009.

<sup>162</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de abril de 2009, rol N° 10510-2005, la cual señaló que “el artículo 11 de la Ley sobre Monumentos Nacionales prescribe que los monumentos históricos quedan bajo el control y la supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales, y, tal como se expresa en el fallo recurrido, el artículo 12 de la misma ley establece que si el

mencionado tribunal se refirió a la constitucionalidad del artículo 12 de la ley N° 17.288, no dando lugar al requerimiento. En relación con la casación en el fondo, la Corte Suprema afirmó que “(...) los poderes otorgados a la autoridad, así como las limitaciones y obligaciones impuestas al propietario, que como se señala en el fundamento anterior, el recurrente interpreta como privación de los atributos y facultades esenciales del pretendido dominio de la denunciada, han sido establecidas por la preceptiva de la citada ley N° 17.288, legislación que encuadra perfectamente en la norma del N° 24 inciso segundo del artículo 19 de la Carta Fundamental”. Agrega, casi irónicamente, que si hubiera querido discutir su constitucionalidad debió haberlo realizado al amparo del recurso de inaplicabilidad.<sup>163</sup>

En una etapa más avanzada, esto es, cuando ya se ha materializado el daño al monumento, generalmente se interponen acciones destinadas a perseguir la responsabilidad de quienes lo causaron. El primer caso en que el Fisco persiguió la responsabilidad de un particular se centró en los daños causados a un sitio arqueológico, un conchal de entre 5.000 a 6.000 años de antigüedad ubicado en la bahía Ilque. El monumento arqueológico se habría afectado, al menos, mediante la remoción de la superficie del sitio, la excavación de canales y pozos y la intervención del espacio mediante la incorporación de elementos modernos. El fallo de primera instancia, confirmado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en cuanto a la existencia del daño, pero rebajando el monto de la indemnización, analizó cada uno de los elementos necesarios para la existencia de responsabilidad ambiental en el ámbito de los monumentos.<sup>164</sup> En cuanto al daño, el tribunal determinó que se había acreditado y se ocupó además de definir su significación. Para ello, el tribunal desechó la alegación de la demandada en cuanto a negar su carácter significativo en tanto sólo afectaba a un 2% de la extensión del conchal, por considerar que se habían alterado elemen-

---

inmueble es de propiedad particular, no podrá destruirlo sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales el que previamente determinará las normas a que deben sujetarse las obras autorizadas” (considerando 4°).

<sup>163</sup> Corte Suprema, 13 de julio de 2011, rol N° 4307-2009 (considerando 9°).

<sup>164</sup> 2° Juzgado Civil de Letras de Puerto Montt, 19 de diciembre de 2002, rol N° 612-1999, confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2 de abril de 2004, rol N° 11652-2002, salvo en cuanto a la disminución del monto de la indemnización.

tos irremplazables.<sup>165</sup> En cuanto a la relación de causalidad, hizo valer la presunción de causalidad establecida en el artículo 52 de la LGBMA, entre otras razones, por no haberse respetado las normas pertinentes de la LMN.<sup>166</sup> Finalmente, se condenó a la empresa demandada a la reparación material del sitio afectado y a una indemnización en favor del Estado en su calidad de dueña de los sitios arqueológicos dañados.

En un período inmediatamente posterior, los tribunales conocieron de varios conflictos en relación con la instalación de antenas de telefonía, particularmente en zonas declaradas como típicas. A través de un proceso de reparación ambiental el Estado demandó a una empresa de telefonía por considerar que habían infringido la LMN, la LGBMA y el plan regulador de la ciudad de La Serena, por no solicitarse autorización al CMN y no someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental la instalación de una antena en la zona típica del Centro Histórico de La Serena.<sup>167</sup> En este caso, la Corte Suprema resolvió que “el levantamiento de una antena de las características de la de autos, se encuadra en el contexto de las disposiciones referidas, pues aunque se haya acudido al curioso arbitrio de disfrazarla o ‘vestirla’ de palmera en un vano intento por disimular su falta de correspondencia con el lugar referido, su estilo y envergadura nada tiene que ver con el entorno de una zona histórica o típica como lo es el casco histórico de la Serena”.<sup>168</sup> Otros dos fallos posteriores conocieron de similares situaciones. También en un juicio de reparación de daño ambiental seguido por el Estado contra una empresa de telefonía, el tribunal de primera instancia condenó a la

---

<sup>165</sup> 2º Juzgado Civil de Letras de Puerto Montt, 19 de diciembre de 2002, rol N° 612-1999 (considerando 27º).

<sup>166</sup> 2º Juzgado Civil de Letras de Puerto Montt, 19 de diciembre de 2002, rol N° 612-1999 (considerando 30º).

<sup>167</sup> 2º Juzgado Civil de Letras La Serena, 7 de diciembre de 2001, rol N° 306-2000, el que condenó en primera instancia a la empresa al retiro de la antena y a la realización de un estudio post daño del impacto causado. La Corte de Apelaciones de La Serena, 17 de octubre de 2002, rol N° 26636 de 2002, confirmó la sentencia apelada y la Corte Suprema, 30 de diciembre de 2003, rol N° 4864-2000, no dio lugar a la casación.

<sup>168</sup> Corte Suprema, 30 de diciembre de 2003, rol N° 4864-2002, conociendo de casación en el fondo (considerando 15º). Destacada como la primera sentencia de la Corte Suprema en conocer de temas medioambientales, URIARTE RODRÍGUEZ, Ana Lya, “Jurisprudencia ambiental”, *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 16, 2006.

empresa a retirar la antena, realizar una línea de base documental del daño causado al monumento nacional, levantar la información aún disponible en el sitio y a la construcción de los muros destruidos.<sup>169</sup> Conociendo de la apelación, la Corte mencionó que la presencia de la antena por sí misma causaba el daño ambiental.<sup>170</sup>

En cuanto a la interposición de acciones generales de indemnización, consta la interposición por parte del Fisco de una demanda de reparación del daño producido al Palacio Pereira en tribunales ordinarios civiles, juicio en el cual a su vez los dueños interpusieron una demanda reconvencional de indemnización de perjuicios por daño moral. Si bien el tribunal de primera instancia desechó las peticiones de las dos partes, y se interpusieron sendos recursos de apelación, todas las disputas terminaron con la compra del monumento en el año 2011, que será la sede del CMN.<sup>171</sup>

Por último, cabe referirse a la forma en que los dueños reclaman contra los actos de la autoridad que se oponen a la ejecución de trabajos en los monumentos de su propiedad. Por regla general, los particulares interponen acciones de ilegalidad y recursos de protección amparados en el derecho de propiedad. El primero de los casos en que se interpuso un reclamo de ilegalidad fue contra una municipalidad que ordenó la demolición de una antena de comunicaciones ubicada en una zona típica de la ciudad de La Serena. La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación, mencionó que “el levantamiento de una antena de las características de la involucrada en estos autos, se encuadra en el contexto de las disposiciones citadas, pues aunque se haya acudido al arbitrio de disfrazarla, ‘vestirla’ o ‘camuflarla’ de palmera en un vano intento por disimular su falta de correspondencia con el lugar referido su estilo y envergadura nada tienen que ver con el entorno de una zona típica como lo es el casco histórico de La Serena, protegido como tal por el decreto

---

<sup>169</sup> Juzgado Civil de Letras de La Serena, 10 de abril de 2002, rol N° 1990-2000.

<sup>170</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de enero de 2003, rol N° 26922-2002 (considerando 13°), desistido el recurso de casación ante Corte Suprema, 17 de agosto de 2004, rol N° 1083-2003.

<sup>171</sup> 11° Juzgado Civil de Letras de Santiago, 25 de octubre de 2010, rol N° 961-2001. En la Corte de Apelaciones de Santiago se renunciaron los recursos de apelación interpuestos (rol N° 896-2011). Información sobre el monumento disponible en la página web del CMN [<http://www.monumentos.cl/catalogo/625/w3-article-26213.html>].

Nº 499 del Ministerio de Educación de 12 de febrero de 1981, publicado en el Diario Oficial Nº 30912 de 11 de marzo de ese año”.<sup>172</sup> Se denegó así el reclamo interpuesto por el particular. En otro caso, la Municipalidad de Santiago ordenó la demolición de una carpa en la terraza del noveno piso de un hotel ubicado en una zona típica por no haberse solicitado autorización del CMN. Nuevamente mediante la interposición de un reclamo de ilegalidad, el propietario alegó, entre otras cosas, que era una obra de carácter ligero, argumento que no prosperó.<sup>173</sup> En otro caso, un particular interpuso una reclamación, esta vez contra una resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente que requería al particular que iba a realizar un loteo, bajo apercibimiento de sanción, el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por encontrarse situado en un santuario de la naturaleza.<sup>174</sup> En un último caso, un particular interpuso un recurso de protección contra del Director de Obras de la Municipalidad de El Quisco por cuanto este último habría paralizado las obras de pavimentación de unas calles ubicadas en Isla Negra porque, a juicio del director de obras, al encontrarse dentro de una zona típica se debía contar con autorización del CMN.<sup>175</sup> Como contrapartida, se han rechazado los recursos interpuestos contra quienes realizan modificaciones o trabajos con la correspondiente autorización del CMN.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Corte Suprema, 28 de diciembre de 2005, rol Nº 3033-2005 (considerando 15º). Adicionalmente sostuvo que “por otra parte, la de la especie es una estructura soportante de una antena y no un ‘elemento neutro’ como pretende el reclamante, aun cuando se ‘disfrace’ como árbol, razón por la cual necesariamente debía contar con la aprobación del Consejo de Monumentos Nacionales para proceder a su instalación. En efecto, la calificación de neutralidad obedece a una cuestión de carácter estético, vale decir, debe entenderse que un elemento es neutro cuando desde dicho punto de vista, en cualquier evento que se analice no afecte el estilo general y arquitectónico de una zona, cuyo no es el caso de autos, puesto que, como ya se dijo, el soporte de la antena es una estructura, una edificación propiamente tal, y su levantamiento provoca una alteración ambiental en la aludida zona típica de La Serena” (considerando 17º). En primera instancia el, Juzgado Civil de Letras La Serena, 9 de junio de 2004, rol Nº 1928-2001, rechazó la reclamación por considerar, entre otros antecedentes, que no se había solicitado la respectiva autorización al CMN. La Corte de Apelaciones de La Serena, 10 de mayo de 2005, rol Nº 1701-2004, confirmó la sentencia apelada.

<sup>173</sup> Corte de Apelaciones, 23 de abril de 2009, rol Nº 5001-2008; Corte Suprema, 7 de julio de 2011, rol Nº 4356-2009, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto.

<sup>174</sup> Corte Suprema, 10 de diciembre de 2014, rol Nº 16706-2014 (sentencia de reemplazo).

<sup>175</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de noviembre de 2005, rol Nº 437-2005.

<sup>176</sup> Corte Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2006, rol Nº 2274-2006; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de junio de 2014, rol Nº 289-2014, y Corte de Apelaciones de

### C. *Las indemnizaciones*

En los casos relacionados con los monumentos, se aprecia que los privados reclaman indemnizaciones al Estado, por considerar que se afecta su derecho de propiedad, principalmente por constituirse una limitación a sus facultades de uso y goce. El ya mencionado fallo relacionado con el recurso de protección respecto del edificio de la Bolsa de Comercio de Santiago enunció una reflexión muy relevante en relación con los monumentos: que las limitaciones no se pueden considerar como contrarias a la Constitución por el solo hecho de no decretar indemnizaciones.<sup>177</sup> Si bien el fallo se refería a las limitaciones establecidas por la LMN, nada impediría pensar en un principio general de este tipo para las limitaciones al dominio. Este enunciado es de toda lógica, además, pues si todas las restricciones fueran indemnizables, en el fondo se estaría eliminando la noción de limitación y sólo existirían expropiaciones.

Pero donde se discutió con mayor detención esta materia fue en el conocimiento de la ya mencionada acción de indemnización de perjuicios interpuesta por los dueños del llamado Palacio Pereira contra el Fisco, a través de la cual se perseguía el pago de los perjuicios causados por la supuesta privación del uso y goce del inmueble en virtud de las limitaciones impuestas por la LMN.<sup>178</sup> En la resolución del caso se tuvo presente, además del hecho de que no es necesario que las leyes limitadoras establezcan necesariamente indemnizaciones, la existencia de la limitación al momento de adquirirse el bien afectado.<sup>179</sup>

---

Concepción, 17 de julio de 2013, rol N° 373-2013, confirmada por la Corte Suprema, 5 de noviembre de 2013, rol N° 5675-2013 (con voto en contra por no constar la adopción de las medidas comprometidas con el CMN).

<sup>177</sup> Como modo de argumentar no sólo se mencionó el hecho de que no era inconstitucional la falta del establecimiento de una “indemnización por expropiación”, sino que también se miraron las leyes previas en la materia nunca determinaron su pago (considerandos 11° y 12°).

<sup>178</sup> 7° Juzgado Civil de Letras Santiago, rol N° 3761-2001, 19 de marzo de 2007.

<sup>179</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 2007, rol N° 2033-2006, acumulado rol N° 3096-2007 (considerando 1°). Se da cuenta de que el palacio en comento ha sufrido un deterioro generalizado y progresivo, en manos de diversos propietarios del mismo, razón por la cual no existirían elementos suficientes para colocar de cargo del Estado la corrupción del mencionado edificio (considerando 4°).

El único caso en que se ha acogido un recurso de protección por este concepto se refiere a aquel en que párroco de la Iglesia San Francisco lo interpuso contra la Municipalidad de Santiago por su omisión del deber de cooperar con la conservación, cuidado y vigilancia del monumento histórico de la Iglesia de San Francisco. La municipalidad alegó que de acuerdo con el artículo 12 de la LMN el particular era el encargado de mantener el inmueble, sin perjuicio de que mencionaban que tenían un proyecto destinado a limpiar muros y fachadas. La Corte Suprema, tras mencionar el deber del Estado de cautelar el patrimonio cultural, resolvió que “es dable concluir que la municipalidad recurrida –como órgano del Estado– participa del deber de cooperación y conservación del patrimonio nacional por lo que le asiste la obligación legal de realizar todos los esfuerzos necesarios para el debido cuidado de la Iglesia cuya protección se solicita por este arbitrio, debiendo en consecuencia aportar los medios materiales y humanos para su resguardo, proporcionar pintura de recuperación para pintar la fachada, muros y en especial cuidar las puertas del templo histórico. Asimismo, Carabineros de Chile deberá incrementar las rondas periódicas para controlar y vigilar la posible acción de terceros que provoquen daños al templo, y se ocupará especialmente de implementar un plan que permita otorgarle una inmediata cautela o protección cuando el actor así lo requiera, desde que sólo de ese modo se evita la vulneración a la garantía constitucional del artículo 19 N° 2, que se ve afectada al producirse una discriminación arbitraria en relación con otros monumentos históricos que son debidamente protegidos y conservados por la autoridad”.<sup>180</sup> Sobre la base de dicho razonamiento, la Corte acogió el recurso, ordenando a la municipalidad que proporcionara “los medios humanos y materiales necesarios para limpiar y pintar los muros y puerta del monumento nacional Iglesia de San Francisco”, y a Carabineros para que incrementara sus rondas a fin de prevenir en lo posible los daños.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Corte Suprema, 24 de septiembre de 2013, rol N° 6086-2013 (considerando 7°).

<sup>181</sup> José María Eyzaguirre García de la Huerta señaló en relación con lo resuelto que: “Esta sentencia demuestra, por una parte, el interés de nuestro más alto tribunal por la debida conservación del patrimonio cultural de nuestro país y cómo una acción inteligente y novedosa puede alcanzar estos altos fines” (EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA, José María, “Una sentencia interesante”, *El Mercurio Legal*, 2013).



Como se mencionó a propósito de la revisión de la doctrina de constitucionalidad, Fernandois desarrolla latamente la noción de expropiación regulatoria, en virtud de la cual se podrían indemnizar aquellas limitaciones que privan de algunos atributos o facultades del dominio, sin caer en una expropiación del bien. Bulnes sería de la misma idea, de hecho considera que en períodos de normalidad se debería “indemnizar las limitaciones a que pueda estar afecto el bien y que no implique necesariamente la privación del dominio o de alguno de sus atributos”.<sup>182</sup> Claramente no ha sido ésta la tónica para el caso de los monumentos. Sólo en un caso se ordenó la obligación de colaborar en la mantención de un monumento, pero no se alcanzó a conceder indemnizaciones al particular dueño del mismo. Conocido es que en otras materias en que se establecen limitaciones se han otorgado algunas indemnizaciones, pero siempre mirándose a las características del caso concreto.

#### *D. Limitaciones de la facultad de disposición*

Dos conflictos se pueden presentar en relación con la facultad de disposición: el de la disposición jurídica y el de la disposición material de los bienes bajo protección monumental. En cuanto a la disposición jurídica, en la misma sentencia del caso del edificio de la Bolsa de Comercio de Santiago, la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la preferencia del Estado para adquirir los monumentos en caso de venta (artículo 15 de la ley N° 17.288).<sup>183</sup> Al igual que se pronunció en relación con las limitaciones a las facultades de uso y goce, la Corte consideró que dicha preferencia no era “incompatible con la garantía constitucional de la propiedad”. De hecho, explicitó que incluso “reconoce implícitamente al propietario su facultad de disponer de él”.<sup>184</sup>

En cuanto a la disposición material, antes de realizarse la demolición de un monumento debe obtenerse una declaratoria de desafección, por

---

<sup>182</sup> BULNES, cit. (n. 101), p. 42.

<sup>183</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de octubre de 1982, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXIX, sec. 5ª, pp. 194-216 (considerandos 1º a 4º).

<sup>184</sup> Considerando 9º.

considerarse que con ello se estaría modificando el mismo. A la fecha consta la dictación de, al menos, catorce decretos de desafección<sup>185</sup> y otras desafecciones por demolición que no han sido declaradas por decreto.<sup>186</sup> Hay, asimismo, algunas desafecciones parciales, en cuanto algún elemento o sector de un bien declarado monumento nacional es desafectado.<sup>187</sup> Ello da indicios de que las desafecciones son proporcionalmente bastante inferiores a las declaratorias. En cuanto a las desafecciones, la mayor parte de ellas carecen de fundamento explícito; sólo algunas mencionan las causales fácticas, como los incendios, terremotos o la destrucción del inmueble protegido como antecedentes necesarios para su comprensión. Sólo en el último tiempo se podría observar una tendencia a fundamentar las desafecciones, especialmente cuando no existe una causal fáctica que haga evidente su procedencia. Por ejemplo, en un caso se explicita que se desafecta un predio por no corresponder a la definición de santuario de la naturaleza establecida por la LMN,<sup>188</sup> en otros casos, se fundamenta que el inmueble se encontraría en estado ruinoso,<sup>189</sup> o que habría sido afectado por un incendio<sup>190</sup> o por un terremoto.<sup>191</sup>

Los conflictos surgidos con motivo de la disposición material de los monumentos se pueden reconducir a las disputas relacionadas con el esta-

---

<sup>185</sup> D.S. N° 1.753 de 26 de julio de 1971; D.S. N° 1.185 de 26 de noviembre de 1974; D.S. N° 627 de 29 de julio de 1975; D.S. N° 976 de 1 de diciembre de 1977; D.S. N° 1.488 de 26 de marzo de 1981; D.S. N° 1.295 de 15 de noviembre de 1983; D.S. N° 798 de 4 de noviembre de 1985; D.S. N° 177 de 14 de mayo de 1986; D.S. N° 1.133 de 7 de noviembre de 1986; D.S. N° 3.374 de 7 de octubre de 1991; D.E. N° 441 de 27 de diciembre de 1999; D.E. N° 3.131 de 16 octubre 2008, publicado en Diario Oficial 10 de diciembre de 2008; D.E. N° 3.432 de 14 de noviembre de 2008, publicado en Diario Oficial el 21 de noviembre de 2008; y, D.S. N° 285 de 20 julio de 2010. Información obtenida en la página web del CMN.

<sup>186</sup> Por ejemplo, inmueble ubicado en calle Covadonga 237, San Bernardo y Palacio de la Ex Nunciatura Apostólica, que fue demolido. Información obtenida en la página web del CMN.

<sup>187</sup> Por ejemplo, un sector del Palacio Rivas, D.S. N° 779 de 10 de noviembre de 1992.

<sup>188</sup> D.S. N° 798 de 4 de noviembre de 1985, que desafecta Predio San Enrique en el Valle del Arrayán.

<sup>189</sup> D.S. N° 177 de 14 de mayo de 1986, que desafecta Portal Edwards y D.S. N° 1.133 de 7 de noviembre de 1986 que desafecta Iglesia de Quilquico de Chiloé.

<sup>190</sup> D.S. N° 3374, de 7 de octubre de 1991, que desafecta Fundación Orchard.

<sup>191</sup> D.E. N° 285, publicado en el Diario Oficial el 20 de julio de 2010, que desafecta puente sobre Río Claro.

blecimiento de limitaciones al uso y goce ya estudiado, en cuanto a lo que básicamente se requiere es de una autorización del CMN para la demolición de un monumento. Sin embargo, los rasgos especiales de esta limitación, como son la forma de sopesar otros intereses colectivos en juego, como la seguridad de los transeúntes y la posibilidad de interponer una acción de reparación destinada a la reconstrucción de los inmuebles demolidos, hacen que sea meritoria su revisión independiente. Un caso interesante se planteó a propósito de la construcción de un proyecto caminero concesionado, en que se desafectaron diversos monumentos ubicados en la ciudad del El Melón (iglesia, casa parroquial, liceo y hogar de ancianos), por cuanto se debía construir un cruce que, por dificultades técnicas, no podía localizarse en otro lugar.<sup>192</sup> Se privilegió así, la construcción de un camino por sobre la protección de un monumento. Otro caso interesante, claramente relacionado con el conflicto entre dos intereses colectivos, se plantea en aquellos casos en que compite, por una parte, la idea de proteger monumentos de interés para el acervo cultural de una nación y, por otra, el interés de resguardar la integridad y seguridad de las personas ante el riesgo de derrumbe. Así, en 2008 se desafectó en la ciudad de Valdivia una casa histórica por estimarse que el inmueble se encontraba en tal mal estado y en imposibilidad de ser reparado, citándose como antecedente un informe técnico de la municipalidad ratificado por el CMN.<sup>193</sup> Lo mismo en el año 2010, en que se desafectó un puente carretero dañado producto del terremoto de febrero del mismo año, sin que se mencionara en todo caso informe técnico alguno, sino sólo la solicitud expresa del Ministerio de Obras Públicas.<sup>194</sup> Por último, en un caso reciente, se presentó la problemática que surge al concederse por parte de una municipalidad un permiso de construcción que implica la demolición de un bien, y, por otra, la posibilidad que tendría el CMN de evitar dicha demolición mediante

---

<sup>192</sup> D.E. N° 441, de 27 de diciembre de 1999, que señaló: “(...) el sector a desafectar no altera el conjunto arquitectónico en su estética y funcionalidad, además, es necesario posibilitar la construcción de un atravesio a desnivel en dicho lugar, que permita el cruce seguro de vehículos, el que debe emplazarse en el lugar proyectado, dado que por dificultades técnicas no puede ser reubicado en otro lugar”.

<sup>193</sup> Desafección de la Casa Opitz, D.E. N° 3.131 de 16 octubre 2008, publicado en Diario Oficial el 10 de diciembre de 2008.

<sup>194</sup> D.E. N° 285, publicado en el Diario Oficial el de 20 julio de 2010.

la correspondiente declaratoria del mismo como monumento.<sup>195</sup> Dichas situación se planteó en relación con el edificio de la ex Compañía de Tabacos de Chile en Valparaíso, en que la Contraloría resolvió que primaba el permiso de construcción concedido por la municipalidad por ser un acto administrativo previo a la declaratoria del CMN.<sup>196</sup>

Además de estos casos, en que se ha producido la desafección formal de un monumento, se han planteado numerosas situaciones en que los dueños de los mismos se oponen a la negativa del CMN de decretar su desafección o que simplemente proceden a demolerlos sin las autorizaciones establecidas por la LMN. Uno de los primeros casos en que se planteó la situación se produjo cuando un banco adquirió un inmueble que ya se encontraba en un estado desmejorado, la ex Casa Rivas, ex ferretería Montero, el cual dos años después fue declarada monumento histórico. Tras el fuerte terremoto de 1985 empeoró el estado del edificio, razón por la cual el banco solicitó a la municipalidad correspondiente una autorización para demolerlo, la cual, tras acoger la solicitud ofició al Ministerio de Educación para que dictara un decreto de desafección. Tras su dictación, el Ministerio envió el correspondiente decreto al Contralor, quien se abstuvo de tomar razón del mismo por no haberse consultado al CMN de acuerdo con la LMN. En vista de lo anterior, la misma municipalidad ordenó a través de una resolución la reparación total del edificio, bajo asesoría de un profesional calificado y en un corto plazo de 30 días y previo permiso municipal. El banco recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, solicitando que se declarara la arbitrariedad de la mencionada resolución, por considerar que perturbaba el dominio. Si bien el recurso fue acogido por la Corte de Apelaciones, el fundamento de su resolución se centró en que carecía

---

<sup>195</sup> D.E. N° 3.432 de 14 de noviembre de 2008, publicado en Diario Oficial el 21 de noviembre de 2008.

<sup>196</sup> Dictamen N° 49.531, de 22 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República señalo: “Si este decreto [que declara a un inmueble como monumento nacional] es posterior al permiso de edificación, impone al propietario limitaciones y prohibiciones que afectan los derechos que éste autoriza a ejercer en forma pura y simple, lo que se traduce en dejar sin efecto un acto administrativo anterior en una forma no prevista en la ley, infringiendo los artículos 53, 61 y 52 de la ley N° 19.880, sobre invalidación, revocación e irretroactividad de los actos, y el art. 5° de la ley N° 18.575, por lo que debe dejarse sin efecto el decreto que declara monumento nacional el inmueble, rigiendo el permiso de edificación, que no puede ser alterado retroactivamente por un acto administrativo posterior”.

de racionalidad la imposición de una obligación de reparación cuando había existido una resolución previa de la misma autoridad que señalaba que no se podía recuperar el inmueble. En relación con la propiedad, se mencionó que naturalmente no se le había privado del bien, pero tampoco que se le había perturbado. Es decir, pareciera que la Corte consideró la idea de perturbación como falta de intervención de tercero, más que como la imposición de la realización de acciones positivas al dueño de un bien declarado monumento. No obstante ello, consideró que las facultades del dominio se encontraban amenazadas, pues “le impone una carga patrimonial de reparación total del inmueble, conmina al propietario a efectuar obras en breve lapso y anuncia el mal o perjuicio que debe sufrir en caso de omisión al expresar que será objeto de denuncias ante el juzgado de policía local respectivo, lo cual importaría, de llevarse a cabo, la pérdida de bienes de su patrimonio para satisfacer las multas”.<sup>197</sup> Claramente, el incumplimiento de la normativa acarrea posiblemente la imposición de multas que menoscaban patrimonialmente al infractor, pero la pregunta pertinente apunta a definir si la obligación de reparar el inmueble constituye o no un deber respecto de la propiedad reconocido por el legislador. Este fallo fue comentado por Bulnes, quien consideró que efectivamente se imponía una limitación que más bien privaba del derecho al dueño del monumento, en tanto el dueño del mismo vería afectada su facultad de goce y disposición, la cual más bien estaría, a juicio de la autora, en el CMN.<sup>198</sup>

Otros dos casos relacionados con la demolición de monumentos se han desarrollado bajo el amparo de la normativa medioambiental. Lo anterior no es casualidad, sino que se debe a la existencia de la acción de reparación, la cual permite que aquellos monumentos demolidos sean reconstruidos por quien les causó el daño. En estos casos, el Fisco ha interpuesto las respectivas acciones y se ha reconocido la reparación del medio ambiente mediante la reconstrucción de los inmuebles con sus características de arquitectura

---

<sup>197</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de mayo de 1990, rol N° 430-1989 (considerando 7° en relación con la perturbación del derecho de propiedad), y que contiene en todo caso voto disidente por estimar que había actuado la municipalidad razonablemente en tanto el CMN había decretado la reparación del inmueble y no su demolición, siendo esta decisión la que podría haberse reprochado, y no la de la municipalidad. Confirmada por la Corte Suprema, 25 de junio de 1990, rol N° 15699 de 1990, con voto en contra de uno de sus integrantes.

<sup>198</sup> BULNES, cit. (n. 101), p. 42.

y construcción originales. En el primero de ellos se planteó la acción de reparación en el caso de la demolición, con autorización de la municipalidad pero no del CMN, de la conocida como “Casa de Huéspedes”, ubicada en un área declarada zona típica de la ciudad de Antofagasta. En este caso, la Corte Suprema explicitó la relevancia del estatuto medioambiental en relación con los monumentos. Estimó que “se desprende que es aplicable en este caso la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, toda vez que la ley N° 17.288 no contempla una normativa especial en lo que se refiere a la responsabilidad civil de quienes infringen sus disposiciones, sino únicamente sanciones de carácter penal o administrativo”.<sup>199</sup> Adicionalmente se ratificó que la realización de actividades en una zona que se considera como típica requeriría de un estudio de impacto ambiental, aun cuando sea para la demolición del bien sometido al estudio.<sup>200</sup>

En un segundo caso, esta vez de desmantelamiento de un inmueble histórico, la ex casa de los Jóvenes, antiguo convento anexado a la Iglesia Corazón de Jesús en La Serena, la Corte Suprema se refirió en forma particular a un tema de relevancia del ejercicio de las acciones de reparación ambiental respecto de monumentos nacionales: lo que debe entenderse por daño significativo. En el caso en comento se había producido “el desmantelamiento del edificio [que] implicó la extracción de parte del piso de madera, corte de vigas del entresuelo, retiro parcial de los revestimientos de las tabiquerías, cielos falsos interiores, estructura de cubierta de zinc, puertas y ventanas de madera”. La Corte Suprema estimó que, de acuerdo a la prueba del proceso, el requerimiento de daño significativo requerido al amparo del artículo 2° de la LGBMA no se cumplía. Para sustentar dicha conclusión citó un texto de Rafael Fuenzalida, que señalaba que: “La exigencia de que los efectos sobre el medio ambiente tengan carácter significativo

---

<sup>199</sup> Corte Suprema, 30 de agosto de 2006, rol N° 1911-2004 (considerando 6°). También se estimó de aplicación supletoria el Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Ver análisis de este aspecto en POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, “Aspectos vinculados a la protección del patrimonio cultural a través del ejercicio de la acción ambiental de la Ley N° 19.300, sobre Bases del Medioambiente”, *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 16, 2006.

<sup>200</sup> En efecto, señala que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10 letra p) y 11 letra f) de la LGBMA, se deben someter al sistema de evaluación de impacto ambiental las zonas de protección oficial en las cuales se espera alterar un monumento o sitio de valor, en este caso, por su relevancia histórica, dentro de las cuales se considera a las zonas típicas (considerando 8°).

restringe el ámbito del daño ambiental. La palabra significativo conlleva la idea de una cierta valoración negativa mínima para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentre por debajo de ese *mínimum* no constituyen daño ambiental, aunque comparten un cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes. Debido, por otra parte, a que la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños infligidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan al respecto los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva”.<sup>201</sup> Por su parte, el voto disidente hizo aplicación de la presunción de responsabilidad establecida en el artículo 52 de la LGBMA, de forma que, al no haberse requerido para el desmantelamiento la autorización del CMN y de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo, se debía dar por establecida la responsabilidad.<sup>202</sup> En relación con la consideración de lo que debe entenderse por daño ambiental para los efectos de lo dispuesto por la ley N° 19.300, el voto disidente tomó en cuenta elementos como la posibilidad de que se produzcan afectos adversos para la salud, especies o hábitats, la magnitud y cantidad del daño, su duración, probabilidad y el valor ambiental del recurso, entre otros.<sup>203</sup>

En un último caso, el dueño de un inmueble ubicado en una zona típica recurrió de protección a fin de que se impugnara la decisión del CMN de no desafectar su propiedad ubicada en la zona típica del Pueblo de Lo Espejo, a pesar de haber sido demolido. El inmueble en cuestión había sido demolido tras los daños sufridos por un terremoto, teniéndose presente que el director de Obras Municipales había recomendado la demolición del mismo. El

---

<sup>201</sup> Corte Suprema, 20 de noviembre de 2014, rol N° 21327-2014 (considerando 12°, citando a VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho Ambiental. Presente y pasado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2010, p. 318).

<sup>202</sup> Corte Suprema, 20 de noviembre de 2014, rol N° 21327-2014 (considerando 10° del voto disidente).

<sup>203</sup> Corte Suprema, 20 de noviembre de 2014, rol N° 21327-2014 (considerando 9°). Algunos de los elementos mencionados son extractados del artículo de Verónica Delgado sobre responsabilidad ambiental en las carreteras. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXV, N° 1, 2012, pp. 47-76.

dueño del predio, tras presentar la solicitud al CMN de demolición, pero antes de obtener respuesta, procedió a demolerlo e interpuso un recurso de protección contra la resolución del CMN que se negaba a desafectar el inmueble. La Corte Suprema rechazó el recurso, confirmando la decisión del CMN, teniendo en cuenta que no podía el acto ilegal del particular, la demolición del inmueble, servir de antecedente para la desafectación.<sup>204</sup> Con posterioridad, el Fisco interpuso acción de reparación medioambiental, en virtud de la cual se ordenó la reconstrucción de la casa quinta demolida, “con las mismas características constructivas y arquitectónicas originales”.<sup>205</sup> Se aprecia así la forma en que las acciones medioambientales han favorecido la protección de los monumentos de forma concreta, permitiendo su reconstrucción.

## VII. REFLEXIONES FINALES

El valor histórico, social y cultural de los monumentos hace innegable la necesidad de conservarlos adecuadamente. Ello ha sido reconocido hace un buen tiempo en el ordenamiento jurídico nacional. Lo anterior se ha traducido en la imposición de deberes tanto a las autoridades públicas como a los particulares. En relación con estos últimos, ellos tienen un importante papel que jugar en la conservación de los monumentos, deber que se ha entendido como parte de aquellas limitaciones que se pueden imponer a la propiedad en virtud de su función social.

La casuística jurisprudencial que se ha presentado en este trabajo ofrece una sistematización que permite, por una parte, dar cuenta de aquellas áreas en las que se producen los mayores conflictos, y, por otra, plasmar la forma en que se han ido estructurando las posibles fórmulas de resolución. Las respuestas que pueden darse para buscar soluciones adecuadas para la protección de los monumentos deben tener presente la diversa naturaleza de los conflictos que ellas plantean. Algunos, habitualmente entendidos como resorte de lo público, miran directamente a la forma en que la comunidad valora ciertos intereses o derechos en un momento definido, imponiendo

---

<sup>204</sup> Corte Suprema, 21 de enero de 2013, rol N° 9077-2012 (considerando 7°).

<sup>205</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de noviembre de 2014, rol N° 6064-2014.



limitaciones a la propiedad privada. En este sentido, tanto las leyes, propiamente monumentales como medioambientales, como la jurisprudencia han sido bastante claras en señalar que la protección de los monumentos es de aquellas limitaciones que configuran el estatuto público de la propiedad. Otros conflictos, de naturaleza más bien privada, miran a la forma en que las afecciones en virtud de la imposición de limitaciones a los derechos pueden producir algún tipo de efecto para los particulares. Se encuentran pendientes aquellas elaboraciones, tanto desde la perspectiva de la responsabilidad como de la propiedad, que permitan responder adecuadamente a las preguntas que se plantean al momento de imponerse este tipo de limitaciones. Aun cuando la imposición de estas limitaciones no se indemnice por regla general, el derecho privado debería ser capaz de pronunciarse sobre aquellas afecciones dominicales que permitirían, eventualmente, el pago de una indemnización al afectado. Asimismo, mirado desde una perspectiva global, el derecho privado debe ser capaz de dialogar de forma adecuada y concreta con la noción de igualdad, reconocida reiteradamente a través de la jurisprudencia.