



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL DELITO DE DAÑOS A LOS MONUMENTOS NACIONALES DEL ARTICULO 38
DE LA LEY N° 17.288**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

CARLA ANDREA DONOSO RAVERA

PROFESOR GUÍA: DR. JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Santiago de Chile.

2018

ÍNDICE

Índice	ii
Resumen	v
Introducción	1
Capítulo I: Historia legislativa de la Ley 20.021 que crea nueva figura penal y sustituye la unidad en que se expresan las multas de la Ley 17.288	4
1.1 Antecedentes históricos	4
1.2 Breve reseña de la Historia de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales ..	5
1.2.1 Primer Trámite Constitucional en Cámara de Diputados	5
1.2.2 Segundo Trámite Constitucional: Senado	7
1.3 Historia de la Ley 20.021	8
1.3.1 Primer Trámite Constitucional: Senado	8
1.3.2 Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados	16
1.3.3 Tercer Trámite Constitucional: Senado	17
1.3.4 Cuarto Trámite Constitucional: Informe Comisión Mixta	18
1.3.5 Texto Definitivo Ley 20.021	19

2.	Capitulo II: Delito del Artículo 38° Ley 17.288.....	20
2.1	Tipicidad	20
2.1.1	Sujetos	20
a.	Sobre los propietarios de Monumentos Nacionales	20
b.	Responsabilidad penal de personas jurídicas	24
2.1.2	Objeto material y bien jurídico protegido	26
2.1.3	La conducta	31
a.	Dañar o afectar	31
b.	Acción	32
c.	Omisión	33
d.	El resultado causal.....	35
2.1.4	Circunstancias Típicas y los llamados Elementos Subjetivos	38
2.2	Antijuricidad	38
2.2.1	Legítima Defensa	39
2.2.2	Estado de necesidad justificante	39
2.2.3	Ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, cargo u oficio	40
2.3	Culpabilidad.....	42
2.3.1	Error de tipo	43
3.	Capitulo III: Formas especiales de comisión del delito.....	48
3.1	Iter Criminis	48
3.2	Autoría y Participación	49

3.3	Concursos.....	49
3.4	Penalidad.....	50
4.	Capítulo IV: Proyectos de Ley	52
	Bibliografía.....	67

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo la realización de un análisis jurídico sobre la aplicación del delito contemplado en el artículo 38 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales. Esta memoria pretende aportar a la discusión y escaso tratamiento dogmático con el que cuentan, hasta el día de hoy, los delitos relativos a la protección del medio ambiente y al patrimonio cultural.

En concreto, se ahondará en los orígenes de la necesidad de legislar sobre la protección a los Monumentos Nacionales, la tramitación del proyecto de Ley N° 17.288, la tramitación del proyecto de Ley N° 20.021, los elementos de la tipicidad que contempla el delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288, a saber, sujeto, objeto material y bien jurídico protegido, la conducta, las circunstancias típicas y el elemento subjetivo del tipo; problemas de antijuricidad, en relación con la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el ejercicio legítimo de un derecho; así mismo se analizará la culpabilidad y las formas especiales de comisión del delito, iter criminis, autoría y participación, concursos y la penalidad. Por último, se hará una breve mención a los proyectos de ley más relevantes que se encuentran actualmente en tramitación en el congreso y que pretenden influir, de distintas maneras, en el delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288.

La metodología utilizada en el presente trabajo será el método dogmático, propio de las ciencias jurídicas.

INTRODUCCIÓN

La presente memoria forma parte del proceso para la obtención del título de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

La obra trata sobre un análisis jurídico del delito de daños a los Monumentos Nacionales contemplado en el artículo 38 de la Ley 17.288, si bien dicha ley contempla un segundo delito en el del artículo 38 bis, sobre apropiación y receptación indebida de Monumentos Nacionales, éste artículo no se analizará en el presente trabajo para efectos de lograr una mayor profundización respecto al delito de daños.

El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto Fondecyt Regular 2016 N° 1160343, titulado “Derecho Penal Ambiental: Sistematización y Desarrollo de las Dimensiones Internacionales, Comparadas y Nacionales de la Protección Penal al Medio Ambiente” dirigido por el profesor Jean Pierre Matus, académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesor guía de la presente memoria. El proyecto pretende brindar respuestas sobre cómo deben interpretarse y aplicarse los delitos ambientales, en específico el del artículo 38 de la Ley 17.288, para que respondan de manera efectiva a la necesidad de protección que presenta cada uno de ellos, y al mismo tiempo, que su aplicación sea funcional dentro del sistema administrativo de protección ambiental.

Es por esta razón que el presente trabajo parte de la premisa de que dentro del amplio concepto de Medio Ambiente se incluye también el de “patrimonio cultural de la nación”.

El artículo segundo de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (N°19.300) define el concepto de Medio Ambiente en su numeral 11° “Medio Ambiente: 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 o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Se desprende de la definición que dicho concepto no hace referencia tan solo a elementos naturales sino también sociales y culturales, en otras palabras se protege también aquellos elementos creados por el hombre.

La relación entre medio ambiente y patrimonio cultural es tal que la misma Ley N°19.300, ordena, en su art. 11 f), que deberán elaborar un Estudio de Impacto Ambiental los proyectos que produzcan “alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”. Esta realidad legal no es más que un correcto entendimiento de cómo son las cosas en el mundo real pues muchas expresiones culturales se encuentran íntimamente ligadas al medioambiente.

La Real Academia de la lengua Española define como “patrimonio” al “Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”, “cultural” por aquello “Perteneiente o relativo a la cultura” y cultura “Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”

Al respecto, para el abogado Rodrigo Mella Cáceres (2016, p.12) el patrimonio cultural es “patrimonio tangible e intangible es un recuerdo fiel de la identidad y las raíces de cada cultura, que a su vez resultan esenciales en la búsqueda de una nueva comprensión de las relaciones únicas existentes entre las dimensiones económicas, sociales y ecológicas de cada uno de nuestros caminos hacia el desarrollo. De esta forma, cualquier expresión de patrimonio cultural que represente la diversidad cultural y, asimismo, refleje nuestra diversidad ecológica, resulta digna de celebración, honor y protección legal”. Efectivamente, esa necesidad de protección legal es la que terminará por concretarse en la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, y como se lee en la Historia de la Ley (1970, p. 3) “La debida cautela de este patrimonio o "bienes culturales" es un deber ineludible del Estado. Su defensa representa un compromiso ético que cada Estado debe contraer como una forma de respeto hacia la cultura nacional, la cultura continental, la cultura universal”.

Es precisamente por esa razón que el presente trabajo consiste en una investigación sobre la correcta interpretación del derecho, y tiene por finalidad dar respuesta a la pregunta sobre cuál es el sentido y alcance del delito contemplado en el artículo 38 de la Ley 17.288 para que en la práctica no se vea frustrado el ineludible deber del Estado de brindar una efectiva protección a nuestros Monumentos Nacionales.

Para lograr este acometido se realizará un análisis jurídico y dogmático del delito en cuestión con aplicación de metodología propia de las ciencias jurídicas, es decir, el método dogmático, el cual pretende explicar el orden jurídico tal cual es, complementándolo y desarrollándolo.

CAPITULO I: HISTORIA LEGISLATIVA DE LA LEY 20.021 QUE CREA NUEVA FIGURA PENAL Y SUSTITUYE LA UNIDAD EN QUE SE EXPRESAN LAS MULTAS DE LA LEY 17.288

1.1 Antecedentes históricos

Desde los tiempos más antiguos el hombre ha dedicado enormes esfuerzos por plasmar su realidad en el mundo terrestre, preocupándose también por preservar las manifestaciones que sus antepasados hubiesen realizado. Tal como consta en el expediente de la Historia de la Ley 17.288 (1970, p.3), hoy en día estas preocupaciones “se han visto activadas y estimuladas por urgentes llamados de los altos organismos internacionales a favor de la protección de los testimonios históricos y artísticos del pasado, por campañas mundiales pro Monumentos”.

En América estas preocupaciones han sido discutidas en numerosas Conferencias y Congresos Internacionales conservación del patrimonio cultural de las naciones, tales como; la Séptima Conferencia Internacional Americana (Resoluciones XIII y XIV); Octava Conferencia Americana (Resolución XXXVII); Tercer Congreso Científico Panamericano; Segundo, Cuarto, Quinto y Séptimo Congresos Panamericano de Arquitectos (Temas 2, 7, 6, y 4, respectivamente); Segundo Congreso Internacional de Historia; Primera Congreso Interamericano de Municipios y Primer Congreso Histórico Mundial Municipal; Primera Conferencia de Ministros y Directores de las Repúblicas Americanas (Resolución IX); Quinta Conferencia Panamericana de Santiago celebrada en 1923.

En Chile, la legislación relativa a la protección del patrimonio cultural encuentra su causa directa en la V Conferencia Panamericana celebrada en Santiago en 1923, la cual recomendó a los estados asistentes la promulgación de leyes que protejan el legado cultural de cada país. Fue así, como en el año 1925 se promulga el Decreto N°3.500 del Ministerio de Educación e Instrucción Pública el cual designó una Comisión Gubernativa que tenía

principalmente la labor de proponer al Gobierno la dictación de normas conducentes a la vigilancia y protección de los monumentos históricos nacionales¹. De esta forma, de acuerdo a lo transcrito en la Historia de la Ley N° 17.288 (1970, p.6), y “cumpliendo con este mandato, la Comisión estudió y redactó un proyecto de ley que se formalizó en el Decreto-Ley de fecha 17 de octubre de 1925 (N° 651), cuyo artículo transitorio establece que: “mientras se dicta el Reglamento de la presente Ley, el Consejo de Monumentos Nacionales se regirá por las normas que establece el Decreto N°3.500 de 19 de junio del presente año, que designó la Comisión Gubernativa de Monumentos Históricos”. De esta forma entonces, el Consejo de Monumentos Nacionales tendría la labor de vigilar y conservar dichos monumentos históricos².

1.2 Breve reseña de la Historia de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales

1.2.1 Primer Trámite Constitucional en Cámara de Diputados

Con fecha 18 de Marzo de 1969, el entonces presidente de la república Eduardo Frei Montalva, da inicio a un Proyecto de Ley que establece la Protección sobre el Patrimonio Histórico Nacional.

No obstante los esfuerzos legislativos plasmados en el Decreto N°3.500 del Ministerio de Educación e Instrucción Pública de 1925, el entonces presidente Frei estimó que dicho decreto adolecía de importantes vacíos legales y ciertas disposiciones requerían una urgente actualización, dentro de ellos, el hecho de que el decreto no regulaba los recursos con los que contaría el Consejo para su funcionamiento, como tampoco delimitaba de forma clara sus facultades, de tal manera que, y con el objeto de entregar al Consejo una legislación más acabada que contribuya a la consecución de su importante misión, es que estimó necesaria la aprobación de este nuevo proyecto de ley que define las atribuciones del Consejo, contempla recursos y refuerza la ayuda que le deben de brindar a éste las autoridades civiles, militares y municipales.

¹ Dicho decreto no pretendía en lo absoluto ser legislación permanente para la protección de los Monumentos Nacionales, sino más bien fue el primer atisbo de preocupación del Gobierno de Chile por proteger los Monumentos Nacionales.

² El Consejo se rige aún por las normas contenidas en el Decreto-Ley mencionado

El Mensaje, en su Título X, contemplaba la creación de una nueva figura penal: “Artículo 38º- Los particulares que destruyan u ocasionen perjuicios en los Monumentos Nacionales o en los objetos o piezas que se conserven en ellos o en los Museos, sufrirán las penas que se establecen en los artículos 485 y 486 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afecte, para la reparación de los daños materiales que hubieren causado en los aludidos Monumentos o piezas”.

El primer Informe de la Comisión de Educación Pública presentado ante la Cámara de Diputados (1970, p.19) define lo que se ha denominado el patrimonio histórico-cultural de los pueblos de la siguiente manera “el pasado que surge en el presente y se proyecta hacia el porvenir mediante la materialidad de expresiones monumentales de diversa índole, bien sea arquitectónica, etnológica, arqueológica o artística, en conjunción indisoluble de tiempo, hombre, civilización y progreso”. Luego, esta Comisión se refiere al deterioro paulatino que a causa del descuido se les ha ocasionado a dichos elementos nacionales, sin embargo destaca la conciencia internacional que se ha ido generando con el tiempo, tendiente a implementar medidas de protección a los Monumentos para su preservación y defensa.

Finalmente el Informe señala que el principal objetivo del proyecto de ley es adaptar las disposiciones legales vigentes relativas a la conservación del patrimonio histórico nacional a las condiciones sociales, económicas y culturales actuales, a fin de otorgar a la legislación un mayor grado de autonomía, agilidad y eficacia a su aplicación.

La comisión de Hacienda no realiza ningún cambio al artículo que contempla la creación del nuevo delito y luego durante la Discusión en Sala en la Cámara de Diputados se centró básicamente en lo relativo a las consideraciones dispuestas en los artículos 2º, 12º, 14º, 18º, 25º, 30º, 36º, 43º y 45º, sin considerar en lo absoluto en el debate al delito que El Mensaje creaba en el artículo 38º, manteniéndose en el texto definitivo exactamente la misma redacción que se estableció en el proyecto inicial.

1.2.2 Segundo Trámite Constitucional: Senado

Se discutieron, básicamente las materias comprendidas en los artículos 2, 7, 12, 22, 24, 25 y 39, aprobándose las modificaciones propuestas y pasando así el proyecto de ley al tercer trámite constitucional.

Durante la tramitación en el Tercer Trámite Constitucional en Cámara de Diputados y luego en Trámite de Insistencia Rechazo de Modificaciones se discutió en los mismos términos que en el periodo anterior ya mencionado sin hacer modificaciones ni referencias al artículo 38 del proyecto de ley y aprobando, previa insistencia de la Cámara del Senado, las modificaciones propuestas por estos respecto al artículo 25 del proyecto.

Luego, en el quinto trámite se observa un veto presidencial que formula observaciones a la redacción del artículo 2, 25, y la inclusión de seis nuevos artículos; sobre la habilitación de trabajos y reconstrucción de la casa en que nació Gabriela Mistral, imposiciones de profesores y funcionarios dependiente del Ministerio de Educación, modificaciones al inciso 1° del artículo 32 de la Ley 16.617, facultades del Presidente de la Republica para realizar donación al gobierno de Venezuela de una réplica del monumento a Andrés Bello, sobre la Tesorería General de la Republica y autorización a la Caja de Previsión de Mariana Mercante para transferir al Fisco inmueble destinado al funcionamiento del Museo del Mar. Luego de la respectiva discusión legislativa se aprueban las modificaciones a los artículos propuestas por el Presidente de la Republica con fecha 7 de enero de 1970.

Se publica la Ley 17.288 en el Diario Oficial con fecha 27 de enero de 1970, conteniendo en su Título X la siguiente disposición:

“TITULO X

Artículo 38°- Los particulares que destruyan u ocasionen perjuicios en los Monumentos Nacionales o en los objetos o piezas que se conserven en ellos o en los Museos, sufrirán las penas que se establecen en los artículos 485 y 486 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afecte, para la reparación de los daños materiales que hubieren causado en los aludidos Monumentos o piezas.”

1.3 Historia de la Ley 20.021

Esta sección se basa fundamentalmente en lo transcrito en la Historia de la Ley 20.021 que modifica la ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, con el objeto de crear una nueva figura penal y sustituir la unidad en que se expresan sus multas, que fue construida por la Biblioteca del Congreso Nacional a partir de la información proporcionada por el Sistema de Tramitación de Proyectos del Congreso Nacional Biblioteca del Congreso Nacional. Dicho proyecto fue moción del entonces Honorable Senador don Sergio Bitar Chacra, presentado con fecha 12 de Junio de 2001.

Cabe mencionar que si bien durante toda la tramitación del proyecto de ley la discusión se centró básicamente en la modificación de multas administrativas contempladas en la Ley N° 17.288, antes determinadas en sueldos vitales, y que con el proyecto se busca unificarlas en unidades tributarias mensuales, subiendo así considerablemente el monto por concepto de multa, el presente trabajo no analizará la implicancia de dichas modificaciones, pues este se centra en la protección penal que busca brindarle el presente proyecto a los Monumentos Nacionales a través de la modificación del actual artículo 38° y la incorporación de una nueva figura penal consagrada en el artículo 38° bis del proyecto de ley.

1.3.1 Primer Trámite Constitucional: Senado

A través de la moción parlamentaria el Honorable Senador Bitar, el 12 de junio de 2001 se inicia la tramitación en el parlamento de un proyecto de ley que busca modificar la Ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales, con el objeto de crear una nueva figura penal y sustituir la unidad en que se expresan sus multas.

En palabras del Senador Bitar, este proyecto tiene por antecedente directo el mandato constitucional del artículo 19 N°10 inciso 5 que dice; “Corresponderá al Estado, así mismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica

y tecnológica, la creación artística y protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”. Y en opinión del Senador, el entonces actual texto de la Ley N° 17.288 no generaba un efecto de prevención general debido a que no contenía penas lo suficientemente represivas, y por ende, nuestro patrimonio cultural quedaba desvalido de una real y efectiva protección.

La falta de protección eficaz brindada a los Monumentos Nacionales quedó demostrada, dice el Senador, en el entonces reciente descubrimiento, ocurrido en Arica en el cual un pescador recolectó sin control alguno más de 1.200 piezas que permitirían reconstruir el valioso pasado precolombino, desde comienzos de la era cristiana hasta la llegada del imperio inca, piezas que inicialmente fueron valuadas en la suma de 5 mil millones de pesos. Destaca el Senador, que este caso lamentablemente no se aparta de la realidad de nuestro país, sobre todo de las zonas nortinas, ya que en Chile no se le otorga la importancia debida al daño patrimonial/cultural que reviste situaciones como ésta, por cuanto las demandas que se hicieron ante los tribunales no tuvieron efecto.

Debido a esto, es que, según lo transcrito en la Historia de la Ley N°20.021 (2005), el proyecto que consta de un artículo único, persigue dos propósitos que apuntan a cautelar la eficacia punitiva de la Ley N° 17.288:

a) aumentar las multas existentes, para lo cual se cambia su formulación en sueldos vitales por unidades tributarias mensuales, y

b) mejorar los tipos penales referidos a esta materia, para castigar más eficazmente tanto la destrucción, alteración o extracción de restos pertenecientes a monumentos nacionales, como el tráfico de ellos (p.8).

El inicial proyecto pretendía sustituir el artículo 38 de la Ley de Monumentos Nacionales por el siguiente:

“38°. Los que destruyan total o parcialmente un Monumento Nacional, u ocasionen perjuicios en él o en sus partes y piezas, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cien Unidades Tributarias Mensuales.

En las mismas penas incurrirán aquellos que sin contar con las autorizaciones legales, alteran un Monumento Nacional o extraigan partes o piezas de él.

Si los hechos descritos precedentemente se realizan con el fin de apropiarse o comercializar las especies sustraídas, la pena se elevará en un grado y la multa será de 200 unidades tributarias mensuales. Igual pena se aplicará a los que promuevan, organicen, financien o dirijan la comisión de los delitos, contemplados en los incisos anteriores".

El 12 Noviembre de 2001, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento emitieron su Primer Informe a la Cámara del Senado sobre el presente proyecto de ley y declara que comparte los propósitos perseguidos por el proyecto (sobre todo en cuanto al reforzamiento de la protección penal de los sitios arqueológicos, antropológicos y paleontológicos) y lo aprobó por unanimidad. Sin embargo, esta comisión quiso dejar constancia de una situación, que en la práctica, pareciera ser un gran impedimento para el eficaz cuidado de los Monumentos Nacionales: ocurre que, quien sea propietario de un monumento histórico debe conservarlo íntegramente, no pudiendo destruirlo, transformarlo o repararlo, sin previa autorización del Consejo. Por su parte, se destaca en la Historia de la Ley (2005, pp. 9 y 10) la falta de recursos y/o subvención para el adecuado mantenimiento de dichos monumentos por parte del Consejo Nacional de Monumentos, vuelve muy difícil brindarles la necesaria protección legal a aquellos bienes que sean propiedad de particulares.

Ahora bien, el Ministerio de Justicia, participante de la Comisión y representado por el Jefe de la División Jurídica el señor Francisco Maldonado y por el abogado de esa Cartera el señor Fernando Londoño, en cuanto al primer inciso del delito del artículo 38 del Proyecto de Ley 20.021 durante la discusión particular del Primer Informe proponen cambiar su redacción y sustituir la palabra “destrucción” por otra menos ambigua; “daño”. Esto se debe básicamente a que la palabra daños cuenta con una elaboración doctrinaria más acabada, desarrollada desde los inicios de nuestro Código Penal, regulado actualmente en los artículos 484 y siguientes del mismo código. El profesor Garrido-Montt (2008, p. 430) define tal concepto como “Tanto la

destrucción material y el deterioro físico del bien ajeno, como la pérdida de su valor de uso o de disposición constituyen daños sancionados por el tipo penal”. De tal forma, se pretende evitar vacíos interpretativos al momento de aplicar el artículo con su redacción original propuesta.

El Ministerio de Justicia consideró también que el verbo rector “ocasionar perjuicios”, descrito como segunda forma de comisión del delito, describe el resultado de la conducta y no las características de la misma, resultando dudosa su constitucionalidad toda vez que nuestra carta fundamental garantiza que nadie podrá ser condenado por una ley que no describa expresamente en su texto legal la conducta que se castiga (artículo 19 N°3)³. Además, dicho efecto es abarcado por el concepto de “daño”, resultando redundante su inclusión en el texto. Y por tal motivo, el Ministerio de Justicia propuso suprimir dicho verbo.

En el segundo inciso dicho ministerio propuso suprimir la figura de “alteración” sin causar daños, ya que esta es una hipótesis que se aleja sustancialmente de la gravedad de las penas que contempla esta figura delictiva, infringiéndose así el principio de proporcionalidad. Creyó conveniente utilizar, en cambio, “extracción de partes o piezas del monumento” y finalizar con una referencia a la afectación de la integridad del Monumento Nacional. Se muestra en la Historia de la Ley (2005, p. 15) que se destacó que “en estos casos, la unidad física que constituye el Monumento Nacional no siempre se corresponde con una unidad orgánica, que es la base del objeto material en el delito de daños. Por ello se requiere mantener referencias a los casos en que la conducta es ejecutada sobre partes, piezas o fracciones del monumento, insistiendo en la necesidad de contemplar un elemento normativo que limite la penalización, como es la “integridad del monumento” ”.

Por último, respecto del inciso tercero de la propuesta, el Ministerio de Justicia advirtió que la “apropiación”, hipótesis agravada, describe tan sólo un estado de tentativa del delito, sin incluir en el tipo el resto de las etapas de ejecución del mismo. De este modo, y aplicándose la

³ Sin embargo, esta opinión pareciera ser del todo improcedente, puesto que nuestro ordenamiento jurídico penal contempla numerosos delitos que para su consumación requieren la realización de un resultado, sin ir más lejos, se encuentra el clásico ejemplo del homicidio simple que incluye en su redacción “*el que mate a otro*” por lo que el delito solamente se verá consumado una vez que la acción que despliega el sujeto tenga como consecuencia directa la muerte del ofendido. Esta cuestión se retomará más adelante respecto a la causalidad entre la conducta desplegada y el resultado.

figura de apropiación común consideradas en el Código Penal, se generarían ciertas incoherencias, por cuanto, se castigaría la tentativa de hurto o robo de Monumentos Nacionales, con una pena similar o superior a la que se aplica por el delito consumado común. Sin embargo, destaca que esto se condice con el hecho de que si bien los delitos de apropiación común son castigados según el valor material del objeto, en el caso de los Monumentos Nacionales no se castiga en base al valor del monumento, cosa que resulta muchas veces difícil de cuantificar, sino que en base al “ánimo apropiatorio” del sujeto expresado en conductas de daño, pero sólo si este ánimo concurre conjuntamente con una intencionalidad destructiva. Así, concurrendo el ánimo apropiatorio y una intencionalidad destructiva del sujeto, éste recibirá una sanción igual o superior a la aplicable al delito consumado.

Dicen también los representantes del Ministerio, respecto del ánimo apropiatorio, que éste incluye en su alcance el “propósito de comercializar”.

Por último, respecto a “los que promuevan, organicen, financien o dirijan” este tipo de actos, se los pretende sancionar como partícipes no materiales del hecho, más conocidos como “autores intelectuales”. Sin embargo el Ministerio de Justicia estimó que la palabra promover podría llevar a hipótesis desvinculadas con el delito en concreto, pues dice que induce a otras alternativas como la apología de estos delitos, las que en general no son punibles en Chile. Es por esto que recomendó suprimir dicha expresión⁴. De esta manera, se permite la penalidad de los autores intelectuales siempre y cuando estos tengan conocimiento e intención de la

⁴ Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico demuestra todo lo contrario, toda vez que contiene varios delitos que incluyen dichas expresiones, como lo es el caso del delito del artículo 367 del Código Penal donde se utilizan las expresiones promover o facilitar, las que hacen referencia a que el agente incite a un menor de edad a que se prostituya o que se mantenga el ejercicio de la prostitución ya iniciado por el menor. Matus y Ramírez (2017) se refieren a dicha conducta y explican que “Especificando estas ideas respecto del antiguo delito de favorecimiento de la prostitución o corrupción de menores, Etcheberry ha señalado que promover significaría “tomar la iniciativa en determinar a otro”, quedando en ello comprendida la instigación, o “tomar la iniciativa en una acción”; en tanto que facilitar importaría “una conducta menos activa que la anterior” que “supone ya solamente una modalidad de cooperación en una iniciativa ajena” ” (p. 225).

Otro ejemplo es la Ley 20.000 que en su artículo 3° castiga a quienes induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas. Teniendo en consideración que; nuestro ordenamiento incluye en varias hipótesis en las que se castiga la participación del autor intelectual del delito, y que basta doctrina ha sido escrita al respecto, es que es posible castigar a quienes “los que promuevan, organicen, financien o dirijan” el delito de daños contra un Monumento Nacional puesto que esta redacción no demuestra más que el interés de legislador en ampliar este delito no solo a quienes lo cometan “de propia mano” sino también a aquellos autores intelectuales que inciten a la comisión del mismo y deseen causar daño al monumento.

realización del delito y efectúen actos positivos en miras a la consumación del mismo. Así se podrá, por ejemplo, castigar al sujeto que compró y entregó las latas de espray al segundo sujeto quien rayó de propia mano el monumento, con el mismo grado de participación, siempre y cuando el primero haya actuado a sabiendas y con el mismo propósito que el segundo sujeto, esto es, dañar el Monumento Nacional en cuestión.

Ahora bien, la intervención del Consejo de Monumentos Nacionales, invitados en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recomendó la inclusión de la “receptación” como conducta comisiva de este delito, todo en cuanto el tráfico de Monumentos Nacionales no castiga solo a los autores del daño, hurto o robo, sino también a los reducidos y compradores de las especies (artículo 456 bis Código Penal). Así mismo respaldó, la idea de terminar con la referencia a los artículos 485 y 486 del Código Penal, sugiriendo ampliar la pena privativa de libertad hasta presidio menor en su grado máximo.

Por otro lado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento aprobó e incorporó todas las indicaciones que hizo el Ministerio de Justicia respecto del artículo 38, de igual forma que aquellas propuestas para el artículo 38 bis, suprimiendo la expresión “los que promuevan, organicen, financien o dirijan” e incluyendo en su punibilidad a los receptores. Finalmente se expandió en un grado la pena en el último inciso de dicho artículo.

De esta forma, el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento pasó a discusión en la Cámara del Senado, instancia en que el proyecto se discutió en general y en particular a la vez.

Durante la Discusión en Sala de la Cámara del Senado, el Senador Bitar presenta el proyecto de ley haciendo hincapié en que ayudaría al desarrollo del país en el futuro, en cuanto este avanza hacia el fortalecimiento del turismo y la arqueología. Sin embargo, el señor Valdés criticó duramente la organización y funcionamiento del Consejo Nacional de Monumentos, en cuanto considera que ésta es una institución sumamente centralizada y que no posee consejos regionales o provinciales en los lugares del país donde más se necesita protección para este tipo de monumentos. Señalo además, diversos casos en los que los Monumentos Nacionales se

encuentran totalmente desvalidos de protección; derrumbándose, incendiándose o simplemente encontrándose completamente abandonados, básicamente por la falta de recursos con la que cuenta dicho Consejo. Critica también, que los propietarios de dichos monumentos no puedan alterarlos de forma alguna sin una autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales.

Por su parte, el Senador Fernández, sostuvo que con una ley que simplemente eleve las multas y la duración de las penas privativas de libertad no se solucionará el problema principal, y a su vez, no se impedirá la comisión de dichos delitos, puesto que está empíricamente comprobado que las leyes que simplemente aumentan la penalidad no producen el efecto de inhibir las conductas delictivas correspondientes. Se refirió además, a la proporcionalidad que debiese existir entre este delito y otros semejantes (defecto que también hizo presente el Ministerio de Justicia), y que en el proyecto se debiesen incluir un conjunto de medidas tendientes a evitar la comisión de esta clase de delitos antes que castigarlos “exageradamente”.

El Senador Urenda recomienda introducir a la redacción legal el término “a sabiendas”, dado que no existe un registro de Monumentos Nacionales.

Luego prosiguió el debate parlamentario centrándose principalmente en la falta de recursos del Consejo, las trabas legales que existen para proteger dichos monumentos, diversos casos que ejemplifican el mal estado en el que se encuentran varios Monumentos Nacionales del país, y en definitiva, críticas a la inexistencia de una política pública que se haga responsable del problema y que presente soluciones eficaces. No obstante de todas las críticas que se realizaron al sistema de conservación y protección de estos monumentos, pareciera ser posible afirmar que todos los Senadores se encontraban de acuerdo en que es realmente importante aprobar el proyecto en debate donde se incorporan delitos inexistentes, tales como el tráfico ilícito y la destrucción de los Monumentos Nacionales y los sitios donde se ubican. Sin embargo, se decidió no aprobar de inmediato el proyecto y solicitar un nuevo informe de éste a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Por su parte, la Comisión fue de la opinión que, respecto a las modificaciones sugeridas por los honorables senadores, resultaba innecesario incluir la exigencia expresa del dolo en el

tipo con la expresión “a sabiendas”, puesto que esto se desprende del artículo 10 N°13 de nuestro Código Penal. En cuanto a modificar el primer inciso de manera que se castigue la destrucción de monumento nacional y en un segundo inciso castigar el daño a dichos bienes⁵, la Comisión considero forzosa y artificial dicha distinción, y que el concepto de daño ha recibido un tratamiento doctrinario homogéneo y por lo tanto es preferible remitirse sólo a éste, además, que de esa forma se generaría una incoherencia al momento de aplicar las penas, por lo que resuelve no considerar dicha modificación. Por último, decidió mantener separados de la “apropiación” la “extracción de partes o piezas” ya que las conductas descritas en el artículo 38 bis fundamentan su agravante en el ánimo de lucro que debe concurrir en el sujeto. En consecuencia, la Comisión reitera su primer informe y propone al Senado la aprobación del mismo y luego, la Cámara Alta del congreso aprueba general y particularmente el proyecto de ley. Consta en la Historia de la Ley 20.021 (2005, p. 44) que:

“9.- Sustitúyese el artículo 38, por el siguiente:

“Artículo 38.- El que causare daño en un monumento nacional, provocando su destrucción total o parcial, o extrajere de él partes o piezas, afectando su integridad, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales.”.

10.- Incorpórase el siguiente artículo 38 bis, nuevo:

“Artículo 38 bis.- La apropiación de un monumento nacional, constitutiva de los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación, se castigará con pena de multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales, además de la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo a las normas generales.

Tratándose del hurto, si no fuere posible determinar el valor del monumento nacional, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, además de la multa aludida en el inciso precedente.” ”.

⁵ Pareciera ser que en el primer inciso alude a la destrucción total, mientras que en el segundo, bajo el concepto de daño, se refieren a formas de destrucción parcial

1.3.2 Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados

Con fecha 11 Agosto del 2004 se inicia la discusión en la Cámara Baja del Parlamento sobre proyecto de ley que busca modificar la Ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales, con el objeto de crear una nueva figura penal y sustituir la unidad en que se expresan sus multas, presentado en primera instancia en la Cámara Alta del Congreso por moción parlamentaria del Honorable Senador Sergio Bitar Chacra.

Respecto al artículo 38 propuesto por esta Comisión, el Diputado señor Bustos estimó que las expresiones contenidas en este artículo, en lo relativo a lo que expresa la frase “provocando su destrucción total o parcial”, reduciría el concepto de daño solamente a la destrucción del bien, siendo recomendable hablar de daño total o parcial, eliminando la referencia a la destrucción.

A su vez, el Ministerio de Justicia estimó que, en estricto rigor, la extracción de partes o piezas sería una forma de afectar la integridad de un Monumento Nacional, considerando que bastaba aludir al concepto de daño que afectase de cualquier forma la integridad de un Monumento Nacional.

En el artículo 38 bis, según lo transcrito en la Historia de la Ley 20.021 (2005, p. 64), el Diputado señor Bustos junto con precisar que el hurto se castiga de acuerdo al valor de lo hurtado, estimó necesario agregar la usurpación como modo de apropiarse de un Monumento Nacional y se manifestó partidario de fijar una mayor amplitud a la escala de penas privativas de libertad que se indica en el inciso segundo. Así pues, se acordó por unanimidad en el inciso primero agregar, al tipo penal, las conductas constitutivas de usurpación, y en el inciso segundo extender el marco penal a presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Ahora bien, sobre la discusión en Sala de ésta Cámara, el señor Diputado Guzmán consideró que deben tomarse medidas de preservación de estos monumentos, en conjunto con elevar las penas para los delitos de daño contra estos. De esta forma, hace un llamado al Gobierno para que inicie, al menos, un proyecto de política pública que busque una verdadera solución al problema.

Por su parte, el señor Ortiz destaca la implementación de políticas públicas, que a su juicio, se ha ido implementando en el último tiempo con especial dedicación de los Presidentes Patricio Alwyin, Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Ricardo Lagos, enfatizando la labor de Sergio Bitar en su doble condición de ministro de Educación y presidente del Consejo de Monumentos Nacionales.

Se aprueba sin cambios el proyecto remitido por la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

1.3.3 Tercer Trámite Constitucional: Senado

En esta instancia, la Comisión manifestó su disconformidad con la modificación propuesta por los Diputados, en orden rebajar las multas asignadas a tales delitos.

De esta forma entonces, la Cámara de origen sustituye la oración “provocando su destrucción total o parcial, o extrajere de él partes o piezas afectando” por “o afectarse de cualquier modo”, con la intención de ampliar la figura penal y no reducir su aplicación solamente a destrucción material o extracción de sus partes o piezas.

En cuanto al artículo 38 bis del proyecto de ley, el Senado estuvo de acuerdo en la proposición de la Cámara de Diputados en orden a incorporar el término “usurpación” como modo de apropiación, pero desestimó darle mayor amplitud al marco penal de presidio menor, en cuanto lo consideró una señal poco disuasiva para la lograr la efectiva protección del patrimonio cultural nacional, sobre todo en aquellos casos que el delito es cometido por delincuentes primerizos, quienes suelen ser favorecidos por las atenuantes legales, por ende, en la mayoría de los casos, el juez opta por la aplicación de las penas mínimas que contempla la ley.

La reducción de multas propuesta por la Honorable Cámara de Diputados fue en su mayoría rechazada en esta instancia. Debido a esta diferencia sustancial que existió en el criterio

de la cuantía de las multas a aplicar entre ambas Cámaras, se resolvió llamar a constituir una Comisión Mixta para resolver dichas diferencias.

1.3.4 Cuarto Trámite Constitucional: Informe Comisión Mixta

En cuanto a la discusión parlamentaria por el artículo 38 bis que se debatía entre mantener una pena de presidio menor en su grado medio a máximo (propuesta Senado) o aumentar el alcance de dicha pena sustituyendo la palabra “medio” por “mínimo”, el Ejecutivo propuso a la Comisión Mixta aceptar lo propuesto por la Honorable Cámara de Diputados y otorgar al juez una mayor amplitud a la hora de determinar la pena aplicable. La Comisión Mixta decidió, por unanimidad de sus miembros, aprobar la proposición del Ejecutivo, asignando la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo al delito del artículo 38 bis del presente proyecto de ley.

Todos los acuerdos que fueron adoptados en esta instancia se hicieron de forma unánime por los miembros presentes en la Comisión Mixta.

Luego, y durante la discusión en sala en el Senado por el informe presentado, surgieron las siguientes opiniones: El señor Espina opinó que la penalidad establecida para el delito del artículo N° 38 era bastante alta. El Senador Ríos, en cambio, consideró que hubiera sido interesante aprovechar el actual proyecto para extender responsabilidades a las Municipalidades en esta materia. Éste anuncia que votará en contra del Informe por considerar que sanciona “algo desconocido” debido a la falta de información y regulación que existe sobre la materia y sobre el funcionamiento del Consejo Nacional de Monumentos. El señor Bitar en cambio, defiende el Proyecto argumentando que si bien las materias planteadas por el senador precedente son iniciativas exclusivas que corresponde al Ejecutivo realizar, y que por su parte esta iniciativa legislativa busca corregir las tremendas debilidades punitivas que presenta la actual Ley N° 17.288 y que urgen ser mejoradas. Para finalizar, cabe destacar la intervención que realiza el señor Zurita: “el artículo 12 de la Ley sobre Monumentos Nacionales dice: “Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo

debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo,...”. Es decir, si declaran Monumento Nacional mi casa, me la expropian sin pago. Por esta razón, votaré en contra”.

Terminada la discusión, se aprueba el Informe de la Comisión Mixta por treinta y cinco votos a favor, uno en contra y una abstención.

En la discusión en Sala de la Cámara de Diputados, se efectúa la votación mediante voto electrónico, aprobándose el Informe con noventa y cuatro votos a favor y ningún voto en contra ni abstenciones.

1.3.5 Texto definitivo de la Ley 20.021

Concluida así la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, moción del entonces Senador Sergio Bitar Chacra, con fecha 14 de junio de 2005, se publica el texto definitivo, a cargo del Ministerio de Educación, la nueva Ley 20.021 que Modifica la Ley 17.288, sobre Monumentos Nacionales, con el objeto de crear una nueva figura penal y sustituyendo además la unidad en que se expresan dichas multas. El texto aprobado en definitiva queda como sigue:

“Artículo 38.- El que causare daño en un monumento nacional, o afectare de cualquier modo su integridad, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 38 bis.- La apropiación de un monumento nacional, constitutiva de los delitos de usurpación, hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación, se castigará con pena de multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales, además de la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo a las normas generales.

Tratándose del hurto, si no fuere posible determinar el valor del monumento nacional, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, además de la multa aludida en el inciso precedente.”

CAPITULO II: DELITO DEL ARTÍCULO 38° LEY 17.288

4.1 Tipicidad

Según los profesores Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 183) “La afirmación de la tipicidad de una conducta significa traspasar el primer filtro o tamiz valorativo: el que permite concluir que la conducta de que se trata es un tipo injusto, es decir, que corresponde a la clase de mal descrita en la ley penal”.

4.1.1 Sujetos

El sujeto activo de este delito es indeterminado, pudiendo ser cometido por cualquier persona “el que”, constituyéndose de esta forma como un delito de clasificación común (versus los delitos especiales o los especiales impropios). Entonces debe considerarse como un *delito común*.

En cuanto al sujeto pasivo, es decir, el ofendido por este delito, se debe entender que éste corresponde a toda la nación de Chile, por ser los Monumentos Nacionales parte del Patrimonio Cultural de toda la Nación. Esta situación se condice con lo expresado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la Republica, el cual asegura “a todas las personas” el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación estableciendo como contrapartida de este derecho el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza.

a. Sobre los propietarios de Monumentos Nacionales

La Constitución Política de la Republica, en el numeral 24° del artículo 19, consagra el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Seguidamente, en el mismo artículo se reserva al legislador el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, entre cuyas causales taxativas

se comprende “la conservación del patrimonio ambiental” dentro del cual se incluye también, como ya hemos visto, el patrimonio sociocultural. A su vez, el artículo 19 N°26 de la CPR establece que dichos preceptos legales que regulen garantías constitucionales (el derecho a la propiedad) “no podrán afectar los derechos en su esencia”. En otras palabras, el derecho de propiedad que ostenta un individuo sobre un bien declarado Monumento Nacional no es absoluto ya que podrá ser objeto de limitaciones y obligaciones impuestas por ley, las cuales no pueden afectar la esencia del mismo.⁶

El artículo 12 de la Ley N°17.288 establece que pesa sobre el propietario de un bien inmueble declarado Monumento Nacional los deberes de conservarlo debidamente y de no destruirlo, no transformarlo, no repararlo y no hacer construcciones en los alrededores del monumento sin la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales.

Por lo tanto debe entenderse como un doble deber el que pesa sobre los propietarios de un bien inmueble declarado Monumento Nacional, a saber: el deber de conservarlo debidamente, y el de no intervenir en el monumento sin autorización previa del consejo. Esta particular situación en la cual se encuentran los propietarios de Monumentos Nacionales fue discutida en la tramitación de la Ley N° 20.021 y agregaron los legisladores que, tanto el Consejo Nacional de Monumentos como los particulares dueños de un bien declarado Monumento Nacional alegan la falta de recursos y/o subvención para el adecuado mantenimiento de dichos monumentos. A esto se le puede agregar también el posible argumento por parte de los particulares de que el Monumento, al Patrimonio Cultural de la Nación, es deber del Estado preocuparse y financiar su debida conservación. Así, en Historia de la Ley N° 20.021 (2005, p. 75) se lee: “Conozco muchos edificios que se han podido reacondicionar guardando su fachada. Incluso, aquí, en Valparaíso (...) si uno va hacia el puerto se encuentra en una

⁶ Claro está, que dichas limitaciones al derecho de propiedad han hecho surgir una serie de discusiones respecto de si aquellas afectan o no la esencia del derecho, en definitiva, sobre si estas limitaciones pueden considerarse constitucionales o no. En efecto, el profesor de Derecho Constitucional Arturo Fermandois Vöhringer, cuya opinión no ha sido mayormente acogida en las sentencias tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, considera que la Ley 17.288, en especial los artículos 11 y 12 de la misma, fallan el examen de constitucionalidad pues vulneran el derecho de igualdad ante las cargas públicas (art. 19 N° 20 CPR) y que estas sean proporcionales y razonables (p. 24). En la misma línea se ha suscitado polémica respecto la “función social”, como categoría constitucional limitante. Sin embargo, y a pesar de ser una discusión muy interesante, ésta no corresponde al objeto de estudio de la presente memoria.

bifurcación de una de las calles con un edificio precioso, redondo, del siglo antepasado (...). Pero está quemado, sus ventanas están negras y feas. Me imagino (...) que no lo han arreglado ni hecho nada, porque es muy caro. Efectivamente, por el hecho de ser antiguos no se pueden mantener en forma fácil los Monumentos Nacionales. Creo que hay una subvención del Estado, pero que es muy limitada. Tanto así que en el edificio que mencioné... no se ha hecho absolutamente nada”.

La falta de subvención para el adecuado mantenimiento del Monumento Nacional perjudica, a veces, de manera determinante, la eficacia de la protección legal respecto de aquellos bienes de propiedad de particulares. Básicamente lo que sucede es que un individuo recibe una carta en la cual se le avisa que su propiedad ha sido declarada Monumento Nacional e instantáneamente pesa sobre él una fuerte carga consistente en conservarlo debidamente y no modificarlo, sin autorización del Consejo⁷. Luego pesara sobre el propietario el deber (económico) de conservar debidamente un bien sobre el cual éste ya no posee plena propiedad. Se discutió en la mencionada Historia de la Ley la posibilidad de constituir una compensación económica en favor del propietario y compensar el efecto patrimonial que hoy produce la declaración de Monumento Nacional sobre un inmueble e incentive al propietario a cuidar el Patrimonio Cultural en la forma en que la actual legislación pretende. De hecho, el año 2016 se da inicio en el Congreso a un proyecto de ley que pretende establecer una compensación económica en favor del propietario dueño de un inmueble declarado Monumento Histórico y así morigerar las consecuencias de las limitaciones que sufre el derecho de propiedad del dueño⁸.

Otro caso es aquel contemplado en el artículo 31 inciso cuarto de la Ley N° 17.288 respecto de aquellos terrenos declarados Santuarios de la Naturaleza los cuales se definen como

⁷ Sería deseable la existencia de un procedimiento en el cual la persona dueña de un bien inmueble susceptible de ser declarado Monumento Nacional, pueda, previa declaración, expresar sus reparos o inconvenientes que dicha actuación administrativa le significaría. Por ejemplo, sería deseable que existiera una opción de venta del bien inmueble al mismo Estado o una indemnización que cubra todos aquellos aspectos del derecho de propiedad que le serán despojados.

⁸ Boletín 10630-24. La cuestión ha sido debatida a nivel jurisprudencial, existiendo un pronunciamiento de la Corte Suprema del año 2004 que declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 (rol 4309/2002), mientras en el Tribunal Constitucional parece haber llegado a la posición contraria, según se desprende de sus fallos posteriores a esa fecha; sentencia n° rol 1485-09 del año 2011 y sentencia n° rol 3086-16 del año 2017, entre otras.

“son santuarios de la naturaleza todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado”. Los propietarios de terrenos declarados santuarios de la naturaleza tienen el especial deber de “velar por su debida protección” y denunciar los daños causados por causas ajenas a su voluntad. Además, se agrega que “no se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural.” Por último se señala en el inciso final de dicho artículo que las infracciones a lo dispuesto en el presente artículo serán sancionadas con multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales. Si bien el artículo 12 admite la imposición de una pena corporal en caso de infracción a lo estipulado en el mismo “La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25°, 27° y 38° de esta ley”, el hecho de que el artículo 31 no incluya una pena corporal para la infracción de lo establecido en él mismo, no obsta del hecho que en cualquiera de los dos supuestos el dueño del Monumento Nacional pueda ser penado, también o únicamente, por el delito de daños del artículo 38 de la Ley 17.288.

En consecuencia, se desprende de la de la redacción del artículo 38 de la Ley sobre Monumentos Nacionales, que nada impide que el dueño de un Monumento Nacional sea el sujeto activo de este delito, pues el deber general de “no dañar” se ve reforzado por su deber extra de “conservarlo debidamente” mencionado en los artículos 12 y 31 de la Ley N°17.288. El hecho de que un individuo pueda ser, al mismo tiempo, sujeto activo del delito de daños de un Monumento Nacional y a su vez propietario del mismo bien resulta una situación por lo menos curiosa, sin embargo, esto es posible ya que el bien jurídico que esta figura delictual protege no es la propiedad privada (que de ser así el dueño es libre de hacer con su propiedad lo que desee, incluyendo dañarla y disponer de ella), sino que el bien jurídico que se protege es el Patrimonio Cultural de la Nación, el cual reviste un interés que se entiende público y superior a la propiedad privada.

b. Responsabilidad penal de personas jurídicas

La Ley de Monumentos Nacionales reconoce en varios de sus artículos supuestos de interacción entre personas jurídicas y Monumentos Nacionales, como por ejemplo el artículo 6 n°6 es deber del Consejo otorgar el permiso de excavación a personas naturales o jurídicas, el artículo 13 respecto a la prohibición para las personas naturales o jurídicas de realizar excavaciones científicas sin la previa autorización del Consejo, el artículo 26 respecto a la obligación de las personas naturales o jurídicas de denunciar al Gobernador Provincial el hallazgo ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico en la realización de excavaciones de cualquier tipo en cualquier parte del territorio nacional. Al reconocer dichos supuestos, es deber del legislador escoger un régimen de responsabilidad en caso de infracción a la ley, y el régimen por el cual se optó fue el de responsabilidad administrativa con multas pecuniarias. Ahora bien, cabe preguntarse si el régimen de responsabilidad establecido para estos casos, a saber multas administrativas, son suficientes y eficientes o bien si sería conveniente hacer extensible la responsabilidad penal para las personas jurídicas respecto a los daños que se causen a los Monumentos Nacionales a causa del despliegue de sus actividades empresariales. Sin embargo, el inciso 2° del artículo 58 del Código Procesal Penal establece que "la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales", negando así la posible responsabilidad penal que las personas jurídicas pudiesen tener respecto al delito de daños a Monumentos Nacionales.

Dicho lo anterior, resulta atinente recordar que, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del artículo 1 de la Ley N° 20.393, es posible responsabilizar penalmente a una persona jurídica por el delito del artículo 456 bis A del Código Penal, a saber "El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1°, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales". Por la redacción de dicho artículo nada obsta a que dentro de las "especies" a las cuales se éste refiere se comprendan también los Monumentos Nacionales, y por ende sería correcto entender que la persona jurídica que cometiere dicho delito respecto de un Monumento Nacional pueda ser responsable

penalmente por ello. Si bien esta situación cubre el espectro de protección contemplado por el artículo 38 bis de la Ley sobre Monumentos Nacionales, a saber la “apropiación de un monumento nacional, constitutiva de los delitos de usurpación, único hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación”, esto no resulta extensible al delito de daños a Monumentos Nacionales por tratarse de supuestos de hecho distintos a los mencionados.

Sin embargo cabe mencionar una situación la cual parece a lo menos paradójica: en la mayoría de los casos los daños causados a Monumentos Nacionales son consecuencia de actividades empresariales, como por ejemplo la construcción. Si bien antes de iniciar cualquier proyecto que pudiese afectar al Medio Ambiente debe realizarse una Declaración de Impacto Ambiental o un Estudio de Impacto Ambiental (cuyas finalidades son la prevención de daños al medio ambiente), según sea el caso, el daño que se ocasione al Medio Ambiente por el incumplimiento a éstos instrumentos importa sanciones administrativas y/o civiles, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda de acuerdo a la leyes. Por lo tanto, la empresa que con ocasión de su actividad empresarial ocasione daños a Monumentos Nacionales no podrá ser penalmente responsable por no ser admitida esta responsabilidad expresamente por ninguna disposición penal. Contrario a la situación descrita anteriormente en la cual, por remisión expresa de la ley penal, es posible perseguir penalmente a las personas jurídicas que cometan los delitos de robo, apropiación y receptación indebida de Monumentos Nacionales.

La consecuencia lógica de esta situación es que se genera, inevitablemente, un desprecio por los Monumentos Nacionales, pues bien se sabe que el Derecho Penal es más eficaz en la prevención de la realización de ciertas conductas, por contemplar dentro de sus penas las privativas de libertad, que las sanciones civiles y/o administrativas que muchas veces resultan más convenientes de asumir por la empresa antes que la elaboración de planes para la prevención de daños. Es por esto que es recomendable incluir en la misma tipificación del delito del artículo 38 de la Ley sobre Monumentos Nacionales la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables penalmente por dichos supuestos.

4.1.2 Objeto material y bien jurídico protegido

El objeto material de un delito es la cosa o persona sobre quien recae la acción, que en este caso serían los Monumentos Nacionales. Este no se debe confundir con el objeto jurídico del delito que dice relación con el bien jurídico que sirve de fundamento para el delito.

Ahora bien, en el caso del delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288 el objeto material del delito con su elemento normativo del tipo coinciden: los Monumentos Nacionales.

Por elemento normativo del tipo, se entienden aquellas valoraciones jurídicas o culturales necesarias de los términos o palabras que se utilizan en el tipo penal para lograr una adecuada interpretación y aplicación del delito. En el caso presente, el elemento que requeriría de dicha valoración corresponde a “los Monumentos Nacionales”.

La Real Academia Española define un Monumento Nacional como una “Obra o edificio que por su importancia histórica o artística toma bajo su protección el Estado”. Sin embargo, y de acuerdo a lo estipulado en el artículo 20 del Código Civil, se prefiere la definición jurídica que otorga la Ley N°17.288 en su artículo primero, a saber “Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, 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. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley.” Con esta detallada enunciación que hace la ley del concepto normativo que presenta el artículo 38, se niega la posibilidad de brindarle a este precepto un alcance diferente al que establece la ley. No obstante, no todos los objetos nombrados en el artículo primero de la ley deberán ser considerados Monumentos Nacional, pues para que adquieran dicho título es necesario, en algunos casos, que sean declarados como tales previamente.

Así también lo entiende la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de acuerdo a lo que señala expresamente en su considerando undécimo de la Sentencia de la causa Rol N° 213-2012, a saber que:

“La sentencia dio por configurado el delito sancionado en el artículo 38 de la Ley 17.288, sin que se acreditara la calidad de Monumento Nacional del muro objeto del rayado, porque el muro objeto de la acción imputada no corresponde a ninguna de las calidades a que se refiere el artículo 1 de la ley citada, que define lo que es Monumento Nacional, no existiendo decreto alguno que haya dado la naturaleza de Monumento Histórico a la Central de Abastecimiento de la Armada” (Recurso de Apelación deducido por el abogado Dagoberto Pasten Pérez, en representación del adolescente H.S.V.S., 2012).

La ley diferencia cuatro categorías de Monumentos Nacionales. Esta distinción es relevante pues cada categoría presenta distintas formalidades mediante las cuales se adquiere la calificación de Monumento Nacional;

- Históricos/Artísticos: El artículo 9 de la Ley de Monumentos Nacionales define lo que ha de entenderse por Monumento Histórico y el artículo siguiente concede acción pública para solicitar al Consejo de Monumentos Nacionales que un bien mueble o inmueble pueda ser considerado Monumento Histórico, siempre y cuando se presente una solicitud por escrito al consejo en base a antecedentes revestidos de presumible seriedad.

- Zonas Típicas o Pintorescas: De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 29 y siguientes de la Ley sobre Monumentos Nacionales, cualquier persona o institución pública o privada, podrá solicitar al Consejo de Monumentos Nacionales que una determinada población o lugar sea declarada Zona Típica o Pintoresca. Se contempla el procedimiento; solicitud al consejo por escrito con las precisiones pertinentes.

- Arqueológico /paleontológico; De acuerdo al tenor del artículo 21 de la Ley N° 17.288 se entiende que son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio

nacional, así como también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren. Estos monumentos no necesitan declaración previa y será considerado Monumento Nacional por el solo ministerio de la Ley.

- Monumentos Públicos; Definidos en el artículo 17 de la Ley de Monumentos Nacionales como estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general los objetos destinados a permanecer en un sitio público y que se colocaren para perpetuar la memoria. Estos no requerirán declaración previa y serán considerados Monumentos Nacionales por el solo ministerio de la Ley.

No obstante, aquellos objetos que no se encuentren en la enunciación precedente podrán ser considerados Monumentos Nacionales previa declaración del Consejo. Como ejemplo ilustrador, se puede mencionar la reciente solicitud que hizo el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, Movilh, para instalar en Santiago una “Cápsula por la Igualdad y Diversidad” que contenga los derechos de la diversidad sexual y testimonios de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales que hoy son mayores de 60 años. Según lo que se informa en la página web oficial del organismo, para que dicha capsula sea considerada Monumento Nacional, el Movilh tuvo que ingresar una solicitud al Consejo de Monumentos Nacionales para que este examine su conveniencia y luego sea declarado como tal mediante Decreto Supremo.

El procedimiento de declaración de un Monumento Nacional se inicia, como bien se dijo, mediante solicitud que ingresa al Consejo, luego este, y en virtud de su deber consagrado en el artículo 6° N° 1 de la Ley 17.288, debe pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumento Nacional al objeto de la solicitud. Si existe acuerdo en el Consejo sobre este punto, éste solicita al Ministerio de Educación la dictación de un Decreto Supremo para que se declare Monumento Nacional al objeto en cuestión.

Ahora bien, respecto al bien jurídico protegido se entiende que éste corresponde a aquel derecho tutelado por la norma pero que no se desprende de la simple lectura literal del tipo penal, sino que, tal como lo afirma Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 191), es aquel que se

identifica con el objeto jurídico del mismo, a saber “en todos los delitos referidos existe un objeto jurídico, es decir, un objeto de tutela, un bien jurídico, que es el fundamento de la incriminación y que, por ellos, a diferencia del objeto material, no está comprendido en la descripción “ni podría estarlo, ya que, lejos de ser un elemento de ella, constituye su misma sustancia” ”.

Para descubrir cuál sería el bien jurídico protegido con el delito de daños contra los Monumentos Nacionales del artículo 38 de la Ley 17.288, primero se debe revisar cual fue la motivación o el fundamento de los legisladores para crear esta nueva figura penal. Como consta en la Historia de la Ley 20.021 (2005, p. 4), en el inicio de la moción parlamentaria del entonces senador Bitar destaca que la necesidad de la implementación de este, no tan nuevo delito, es el deber estatal contemplado en el mandato constitucional del artículo 19 N° 10 inciso 5, que señala "la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación". Así bien debe entenderse que el objeto material que protege este delito, los Monumentos Nacionales, pertenece al patrimonio cultural del Estado de Chile. Así las cosas, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución el Consejo de Monumentos Nacionales (2005, p. 18) se “Destacó que el bien jurídico protegido por el artículo 38 vigente, es la integridad de los monumentos nacionales, en vista de su relevancia como parte del patrimonio cultural del país, fundamentalmente respecto de conductas de destrucción o de perjuicio, cometidas por particulares”.

En este sentido, se debe entender que quienes dañen sitios o piezas arqueológicas, monumentos históricos o artísticos, no sólo atentan contra la propiedad ajena estatal o privada, en su caso, sino que dañan la historia y la cultura de Chile, al tratarse de daños contra los Monumentos Nacionales el bien tutelado cambia, ya no se trata de una afectación a la propiedad, sino que se entiende que se ha dañado el Patrimonio Cultural de una Nación el cual revisite interés que se entiende público y perteneciente a todos los ciudadanos del país. Este patrimonio constituye no sólo manifestaciones de la historia de la cultura chilena, sino que también representan la base de un desarrollo económico futuro abocado al turismo.

Por su parte, estos elementos patrimoniales o culturales, merecedores de protección estatal a causa de mandato constitucional, forman parte de lo que se entiende por Medio

Ambiente, y así lo ha entendido la Ley N° 19.300 que establece las bases generales del Medio Ambiente. Para ilustrar esto podemos mencionar algunas disposiciones de dicha ley que tratan el tema; en el artículo 2° de la ley define lo que se entenderá por Medio Ambiente “II) Medio Ambiente: 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 o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” incluye los elementos socioculturales dentro del amplio concepto de Medio Ambiente. Artículo 4° ultimo inciso “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” se reconoce como una competencia ambiental del Estado la protección de las tradiciones sociales y culturales de los pueblos (zonas típicas o pintorescas, protección de los cementerios, de ruinas arqueológicas, iglesias, en fin, un montón de monumentos que se entienden dentro de las tradiciones sociales y culturales de los pueblos). El artículo 11° establece las actividades enumeradas en el artículo 10° deberán someterse a un Estudio de Impacto Ambiental si generasen algunos de los siguientes efectos “f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.” Se debe recordar que toda alteración que se pretenda realizar a un Monumento Nacional debe contar con la previa autorización del Consejo de Monumentos Nacionales.

Si bien estas no son las únicas disposiciones de la Ley N° 19.300 que se remiten a la protección e inclusión, en el concepto de medio ambiente, de elementos pertenecientes al patrimonio cultural, con dichas referencias basta para aclarar el punto.

Además de la ya citada ley, otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico se refieren a la protección del patrimonio cultural dentro del ámbito de protección del Medio Ambiente, así como; la Ley Indígena, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, la Ley de Donaciones con

Fines Culturales, la Ley Pascua, la Ley sobre Ejercicio, Práctica y Difusión de las Artes y la Ley del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

En conclusión, si un sujeto es imputado por ocasionar daños al Ascensor Polanco (región de Valparaíso), el objeto material del delito será el mismo Ascensor Polanco y, en un análisis valorativo del objeto del delito, se entenderá que el sujeto habrá ocasionado un daño al Medio Ambiente por tratarse de un Monumento Nacional. En cambio, si el mismo sujeto hubiese ocasionado el mismo daño al ascensor de un edificio residencial corriente, el objeto material seguiría siendo el ascensor dañado, pero ya no se podría hablar de daño al Medio Ambiente, dado que el bien jurídico dañado sería la propiedad privada.

4.1.3 La conducta

a. Dañar o afectar

Según el artículo 38 de la Ley 17.288 la conducta necesaria para la configuración de este delito es “causar daño” o “afectar en cualquier modo su integridad”, englobando en dichas descripciones una serie de tipos comisivos. El verbo dañar es definido por la Real Academia de la Lengua Española como “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, “maltratar o echar a perder algo”, “menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente” y “producir alteración o mudanza en algo”. De las definiciones anteriores debiese entenderse entonces que dañar un objeto significa reducir el valor de este (no meramente en el sentido económico, sino que en un sentido amplio, incluyendo el valor científico, cultural y artístico) dejándolo en peor estado del que se encontraba antes del despliegue de la conducta del sujeto.

Por su parte, nuestra doctrina se ha pronunciado al respecto y el profesor Alfredo Etcheberry (1999, p.478) explica que la conducta de causar daños es “todo deterioro, menoscabo o alteración de una cosa que tenga por consecuencia su inutilización total o parcial o una disminución de valor... comete daños quien coge un anillo y lo lanza al mar; quien abre la jaula y deja volar al pájaro”. En definitiva, la acción de dañar es ejercer una acción sobre un objeto y que a consecuencia de esta el objeto en cuestión pierda parte o la totalidad de su substancia que

le brindaba valor y utilidad. En otras palabras, causar daño es dejar, a través de una acción, un objeto en peor estado al que se encontraba antes del despliegue de la acción.

Ahora bien, el concepto de daño tratado en el Código Penal en el artículo 484 supone la destrucción o menoscabo de un bien de propiedad ajena. En la Historia de la Ley 20.021 (2005, p. 14), los legisladores precisaron que ese es el concepto de daño que debe entenderse al interpretar el delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288, "... sin desvincular esta forma especial de comisión de los delitos de destrucción con las formas tradicionales que asume la conducta delictiva en estas hipótesis, contenidas fundamentalmente en el delito de daños regulado en los artículos 484 y siguientes del Código Penal". Al quedar esto claro, es necesario precisar que al referirse a propiedad ajena no se debe entender únicamente a la propiedad privada sino que se debe comprender también la propiedad que por su naturaleza se ha hecho común a todas las personas y los bienes nacionales de uso público (aquellos pertenecientes al patrimonio fiscal). Esto es porque sobre aquellos bienes que se reputan "comunes a todos" ninguna persona particular en concreto tiene un control exclusivo sobre el uso y disfrute del objeto (ejemplo de estos Monumentos Nacionales comunes a todas las personas serían aquellos que caen bajo la categoría de "Monumentos Nacionales Públicos" como lo son el busto de Bernardo O'Higgins en la región de Aisén del Gral. Carlos Ibáñez del Campo, la escultura del Milodón en Magallanes y de la Antártica Chilena, entre muchas otras). En otras palabras, para la configuración de este delito no es relevante si el Monumento Nacional es de propiedad privada o si es de aquellos que son comunes a todas las personas.

b. Acción

La conducta relativa al delito de daño a Monumentos Nacionales debe entenderse, primeramente, como una acción en la cual se requiere que el sujeto despliegue un movimiento, fuerza, estímulo o impulso que modifique el mundo externo (que no sea de aquellos que se quedan solamente en la psiquis del sujeto). Al considerar la acción como elemento constitutivo del hecho punible, podríamos concluir que el delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288 es un delito de acción pues este se realiza por un hacer contrario a una prohibición (no dañar Monumentos Nacionales).

c. Omisión

Los delitos de comisión por omisión según Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 198) se caracterizan por “la circunstancia de que la omisión –que no está expresada en el tipo penal en cuanto tal- es considerada apta para que le sea atribuida un resultado”, a simple vista podría considerarse que el delito del artículo 38 de la Ley 17.288 puede cometerse por omisión al no estar excluida ésta forma de comisión expresamente en la ley.

Sin embargo, en un primer análisis pareciera ser que la estructura del tipo del delito hace imposible su comisión por omisión todo cuanto se incluye en su redacción la conducta de “causar daño” y para esta, en vistas a lo establecido anteriormente por el profesor Etcheberry, resulta indispensable que el sujeto despliegue una fuerza en el mundo externo y que ésta recaiga sobre el objeto, el cual a consecuencia del movimiento corporal será modificado negativamente. El tipo penal describe un comportamiento corporal “causar daño”. A *contrario sensu*, el clásico ejemplo de comisión por omisión es la madre que deja morir a su hijo recién nacido por omitir su deber de alimentarlo. En este último caso es perfectamente imaginable dar muerte a alguien por omitir una conducta, sin embargo es inimaginable que una persona que no realice ningún movimiento pueda dañar un edificio o una estructura. Lo que puede saltar a la mente serían casos en que interviniesen terceros, pero esto se trataría de casos de coautoría u otras formas de participación pero de ninguna manera podrían ser consideradas como comisión por omisión.

Sin embargo, un análisis más profundo sobre la tipicidad del presente delito hace considerar ahora la frase “dañar o afectare de cualquier modo su integridad” en el sentido de que ésta engloba una serie de tipos comisivos, por lo que teóricamente debiese ser aceptada la comisión por omisión pues el legislador tomó una decisión consiente de no excluir modalidades o formas de afectar al Monumento Nacional ni describir taxativamente las conductas que configurarían la acción de dañar o afectar la integridad. Bajo esta segunda interpretación pareciera tener mayor similitud con el ejemplo precedente del homicidio, en el cual el legislador al utilizar la frase “el que mate a otro” permite innumerables las alternativas posibles de conducta para matar a otro. Los académicos Politoff, Matus y Ramírez (2014, pp. 21 y 22)

señalan que “El art. 391 N°2 contempla como tal únicamente el matar a otro, esto es, quitarle la vida, en la definición también parca de la Real Academia Española. Nada se indica en el texto legal que limite los medios... Así también es plenamente admisible el homicidio por omisión, siempre que se cumplan los requisitos impuestos para esta clase de delitos, a saber; producción y evitabilidad objetiva del resultado, posición de garante y su asunción, y equivalencia de la omisión con la acción típica.”.

En cuanto a la comisión por omisión, el profesor Garrido-Montt (2008, p. 432) es de la opinión de que “El comportamiento prohibido consiste en causar un daño, lo que generalmente supone una actividad positiva del agente; no obstante es concebible la omisión en este delito, porque la expresión causar debe entenderse en sentido normativo. Puede provocarse un daño mediante un no hacer cuando el sujeto se encuentra en posición de garante respecto del bien”. Así bien, será necesario para configurar este delito por la forma de la comisión por omisión impropia que el individuo, ya sea por su cargo u oficio, tenga un deber para con el Monumento Nacional en cuestión, y a su vez que este mismo sujeto mediante un “no hacer” le produzca un daño al monumento sobre el cual recae su deber en el contexto en que hubiese tenido reales posibilidades de evitarlo.

Ahora bien como se comentó previamente, pesa sobre el propietario de un bien inmueble Monumento Nacional los deberes de; conservarlo debidamente, no destruirlo, no transformarlo, no repararlo y no hacer construcciones en los alrededores del monumento sin autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales. La fuente de ésta obligación es el artículo 12 de la Ley N°17.288, la cual también admite su punibilidad en caso de infracción “La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25°, 27° y 38° de esta ley”. Así las cosas, el propietario que a sabiendas del mal estado en el que se encuentra el monumento no pide autorización al consejo para repararlo y luego este se derrumba por causa del deterioro del mismo, podría imputársele el delito de daños en su forma de comisión por omisión, omitió el deber de conservar debidamente el monumento en un contexto en el que el sujeto tenía reales posibilidades de prever el daño y evitarlo y no lo hizo. Asimismo, el dueño de un inmueble declarado Monumento Nacional que, sin autorización previa del Consejo, lo destruya,

transforme o realice construcciones a sus alrededores podrá ser imputado por el delito del artículo 38 de la citada ley.

En cuanto a los propietarios de terrenos declarados Santuarios de la Naturaleza tienen el deber de “velar por su debida protección” y denunciar los daños causados por causas ajenas a su voluntad. Sin embargo, por la infracción a estas obligaciones el legislador excluye conscientemente la procedencia de la punibilidad penal al no hacer mención expresa a esta, como sí lo hace en el artículo 12 de la misma ley “La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25°, 27° y 38° de esta ley”. Es por esto que, el dueño de un terreno declarado santuario de la naturaleza que omita su deber de bríndele la debida protección y que por esto se produzcan daños al mismo, no podrá ser imputado por el delito de daños a Monumentos Nacionales sino que será objeto de la multa administrativa correspondiente.

Por último, pesa sobre las autoridades civiles, militares y carabineros el deber de conservación, cuidado y vigilancia respecto a las resoluciones que adopte el Consejo de Monumentos Nacionales. Si bien teóricamente podría admitirse la figura de comisión por omisión de daños respecto a dichos sujetos, resulta muy difícil de imaginar el caso de producción de daños sin la intervención de terceros.

d. El resultado causal

De la misma redacción legal, cuando la ley dice “causare daño o afectare de cualquier modo su integridad” se desprende que estamos frente a un delito de resultado. En las definiciones de daño que ya se expusieron se incluye la producción de un resultado derivado de la conducta, así, según la Real Academia de la lengua Española el daño para ser tal debe ocasionar sobre el objeto que lo recibe un menoscabo, perjuicio o detrimento, por su parte, el Código Penal estima que el resultado de la conducta debe ocasionar una destrucción o menoscabo (aquí se diferencia destrucción, entendido en el sentido de un daño a la totalidad del objeto, o menoscabo, que debiese entenderse, por el contrario, como un daño ocasionado a una

parte del objeto) y por último, la doctrina se refiere al menoscabo o detrimento, diferenciando también el daño producido sobre una parte o sobre la totalidad del objeto.

Ahora bien, este resultado en el contexto de este delito, se deberá entender que será constitutivo de daño cuando el monumento no solo pierda valor pecuniario, sino que pierda también valor histórico, artístico o científico.

Dicha idea se desprende de la frase “o afectare de cualquier modo su integridad”, recalcando que el daño que se produzca en el Monumento Nacional lo debe hacer perder valor/integridad, bien sea por concepto pecuniario, histórico, artístico o científico. El acento está entonces en la entereza del Monumento y no en la calidad de dicha afectación, pues la ley no hace mayores especificaciones al respecto. De tal manera, no sería posible cometer este delito contra un Monumento Nacional que se encuentre sumamente degradado y que no conserve valor alguno para la ciencia, la historia o el arte, puesto que la conducta desplegada no ocasionaría el resultado necesario, el cual es ocasionar perjuicios o menoscabo, ya que claramente no se puede ocasionar perjuicios sobre algo que no presente valor alguno. No obstante, esta hipótesis es difícil de imaginar pues un Monumento Nacional, por un lado, es protegido a nivel constitucional como un deber del Estado en cuanto estos forman parte del medio ambiente, y por otra parte, un Monumento Nacional en mal estado debiese guardar algún valor residual por el simple hecho de ser un bien tutelado por la Constitución (considerar que un Monumento Nacional siempre conservará valor histórico por el solo hecho de ser tal). Un claro ejemplo de esto es la actual situación de la Villa Carlos Cortés, más conocida como Villa San Luis de las Condes, la cual fue recientemente declarada Monumento Histórico no obstante su evidente estado de deterioro. Los valores identificados por el Ministerio de Educación para declarar dicho complejo como Monumento Histórico fueron; que se trata de un vestigio material del proceso de desalojo del que fueron víctimas cerca de 1000 familia, es una expresión material del desarrollo de una política pública original, dicho espacio es testimonio de un proyecto de urbanización y edificación que buscó planificar el crecimiento de la ciudad de manera orgánica y funcional, entre otros. Si bien muchas veces la tendencia es valorizar las cosas tan solo pecuniariamente, debe siempre tenerse en cuenta que los Monumentos Nacional revestirán también importante valor artístico, científico y/o histórico, tal como se ilustra en el reciente

ejemplo. Es por esto que le es prohibido a la inmobiliaria, dentro de otras consideraciones evidentemente, derribar la villa o construir a sus alrededores, aun cuando estos alegan que se trata de simples escombros.

Ahora bien, para que dicha modificación o daño pueda ser atribuible a la conducta desplegada por el sujeto, es necesario realizar un análisis de la causalidad, en el cual se pretende encontrar un vínculo entre la conducta del sujeto y el resultado típico. La causalidad se establecerá a través de la *conditio sine qua non*, o teoría de la equivalencia de las condiciones, que mira las distintas causas o condiciones como equivalentes y por ende igualmente necesarias para la producción del resultado, pero con el filtro de la imputación objetiva que, según Politoff, Matus y Ramirez (2004, p. 179), establece que “solo podrá imputarse objetivamente un resultado causado por una conducta humana... si dicha acción ha creado... para su objeto de protección un peligro jurídicamente desaprobado, y el peligro se ha materializado en el resultado típico”.

Así, por ejemplo, un muchacho que se dirige a una tienda de herramientas, compra un machete, luego toma un bus para llegar a Casas del Fundo Quilapilún y una vez en el lugar comienza a destruir a machetazos una de las paredes de una de las casa del recinto. En un primer análisis se podría determinar que la compra venta que realiza el joven en el local es una causa totalmente necesaria para la posterior destrucción del monumento, como también lo es el viaje en bus que realiza el joven para llegar al recinto. Sin embargo, este análisis es incompleto. Al aplicar el filtro de la imputación objetiva se eliminan todas las causas en las que la acción desplegada, consideradas por sí mismas, no pusieron en peligro la integridad del Monumento Nacional. Entonces, se concluye que la compra del machete y el viaje en bus no pasan este segundo filtro, pues no fueron estas las conductas las que pusieron en peligro la integridad de las Casas del Fundo Quilapilún, sino que únicamente fue la acción de “machetear” la pared la que creó el peligro jurídicamente desaprobado que se materializó en la destrucción de la pared de dicha casa Monumento Nacional, resultado típico del delito de daños del artículo 38 de la Ley 17.288. No obstante, si el sujeto que le vendió el machete al autor del daño conoce el objetivo de éste, podrá ser responsable también de dicho delito. Será responsable por coautoría o complicidad de acuerdo a diversos elementos como por ejemplo cuanto deseaba el vendedor

la realización del daño al Monumento Nacional o si hubo división del trabajo, en definitiva son cuestiones que se deben de solucionar de acuerdo a las reglas de participación en cada caso concreto.

4.1.4 Circunstancias típicas y los llamados elementos subjetivos

Son circunstancias que forman parte de la redacción del delito y que, cuando contemplan elementos subjetivos, contradicen la idea de un tipo penal puramente objetivo. Sin embargo la redacción del delito estudiado no presenta elementos de estas características, ya que aun cuando este requiere de dolo, ello no constituye un elemento subjetivo, como si lo sería la intención de hacer sarcasmo e irrisión en la figura penal de la injuria.

4.2 Antijuricidad

Una conducta será antijurídica cuando ésta se enmarque dentro de un tipo penal y a su vez ésta no se encuentre autorizada por la ley.

En el presente estudio estamos ante un delito de lesión, pues para su consumación se requiere una efectiva lesión o daño al bien jurídico protegido, el Monumento Nacional. De esta forma, sólo una vez que se constata que se produjo daño al Monumento es que se puede concluir la antijuricidad material de la conducta, esto es, la lesión efectiva del bien jurídico protegido.

Sin embargo, aún debe comprobarse que el daño producido no se encuentre autorizado por la ley (no amparado por una causal de justificación), la cual puede tener por fundamento; a) el consentimiento de la supuesta víctima, el cual no puede aplicarse a este delito porque; en concreto el daño que contempla éste no va dirigido a una persona humana que pueda declarar su consentimiento, aun cuando el objeto pertenezca a una persona en particular ésta no está facultada legalmente para realizar cambios en “su” Monumento Nacional sin la correspondiente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, y porque el Estado tiene el deber de asegurar a sus habitantes la conservación del medio ambiente por lo que no podría brindar su consentimiento para que éste se destruya o dañe, b) o bien la existencia de un interés

preponderante como lo son la mayoría de los casos que recoge el artículo 10° de nuestro Código Penal, si concurre una de estas causales no solo desaparece la antijuricidad formal de la conducta, sino también la material.

4.2.1 Legítima defensa

La causal de legítima defensa no puede ser alegada como causal de justificación para este delito, pues ella supone una reacción de parte de quien alega la causal contra un agresor que le haya ocasionado una agresión ilegítima, figura que no se encuentra en los supuestos de hecho que contempla este delito. Esta causal justifica el “daño” que se le ocasiona a una persona producto de una defensa que se supone legítima, no contra una cosa.

4.2.2 Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante supone un peligro apremiante para un bien jurídico que no se puede evitar de otra forma que no sea dañando otro de menor valor. Sin embargo este otro “bien jurídico de menor valor” no puede ser cualquiera, ya que la ley habla expresamente “la propiedad ajena” en el artículo 10° N°7 del Código Penal, y a su vez, en el artículo 145 del mismo, agrega la “inviolabilidad de la morada ajena” como bien susceptible de ponderación ante la inminencia de un mal grave.

En este sentido, no habría contradicción alguna en aceptar que el sentido de propiedad ajena que se requiere para la configuración de esta causal coincide con el sentido de propiedad ajena que incluye el artículo 484 al referirse al delito de daños. Por ende, al ser este el concepto de daño el que debe considerarse para efectos del delito del art. 38 de la Ley N° 17.288, es que se debiese entenderse posible la aplicación de la causal de estado de necesidad justificante en el delito de daños contra Monumentos Nacionales.

Sin embargo, cabe cuestionarse si el delito de daño a Monumentos Nacionales posee como único bien tutelado el de propiedad. Y en efecto, esto no es así. Sino por el contrario, ya que el bien tutelado por este delito es la protección al patrimonio cultural de la nación,

comprendido dentro del amplio ámbito del concepto de Medio Ambiente, y no el derecho a propiedad. Al tener esto en cuenta es que se pierde el principal fundamento de la causal del estado de necesidad justificante, puesto que ésta permite el daño a la propiedad ajena (bien de menor valor) y no de un bien jurídico distinto a ésta para evitar la producción de otro mal, como sería si se aplicase a un caso de daños a Monumento Nacional. De aplicarse esta causal para el delito en estudio estarían asimilándose la propiedad con el patrimonio cultural, cuestión que resulta a todas luces un grave error interpretativo y valorativo.

Así las cosas si un sujeto es imputado por el delito de daños del artículo 484 del Código Penal este, si concurren los elementos necesarios, podría alegarse haber estado actuando bajo la causal de justificación del artículo 10 n°7 del mismo código. No obstante si un sujeto es imputado por el delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288 dicha causal no podría alegarse al no ser el bien jurídico de menor que se daña la propiedad sino que el patrimonio cultural de la nación.

4.2.3 Ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, cargo u oficio

El artículo 10° N°10 del código contempla como causal de justificación aquellas que supone el ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de deber, generalmente deber derivado de funciones públicas. Por lo tanto, y según lo que establece la Ley N° 17.288 en su artículo 6° son atribuciones y deberes del consejo “N° 3.- Elaborar los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los Monumentos Nacionales y entregar los antecedentes a la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas y Transportes para la ejecución, de común acuerdo, de los trabajos correspondientes, sin perjuicio de las obras que el Consejo pudiera realizar por sí mismo o por intermedio de otro organismo y para cuyo financiamiento se consultaren o se recibieren fondos especiales del Presupuesto de la Nación o de otras fuentes.” De esta manera la misma ley autoriza y justifica a los trabajadores del Consejo de Monumentos Nacionales, la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y cualquier otro organismo al cual se le delegue la ejecución de trabajos, la modificación de los Monumentos Nacionales. Por lo tanto, estos funcionarios no podrían ser imputados por el delito de daños que contempla la misma ley, siempre y cuando aquellos; se

encuentren previamente autorizados por el Consejo, solamente respecto a los monumentos que se les señale, y limiten su actuación a los trabajos específicos que el consejo les designó. De realizarse la modificación de cualquier otra forma, ya sea sobre un monumento diverso al que se señaló o excederse en las facultades que les fueron concebidas, la causal de justificación no será aplicable. A su vez, dicha causal, por mandato expreso de la ley, se extiende también a autoridades civiles, militares y de carabineros, cuando su participación haya sido requerida por el Consejo para el cumplimiento de sus funciones y resoluciones.

Ahora bien, cuando se trate de una intervención a un Monumento Nacional hecha por un particular, éste solo actuará amparado por la causal de justificación cuando haya obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas. Esta disposición aplica expresamente; para las destrucciones, transformaciones o reparaciones de un Monumento Nacional inmueble de propiedad particular, para las excavaciones de carácter histórico, arqueológico, antropológico o paleontológico y para las construcciones en lugares o sitios eriazos. Es por esto que, en el controvertido supuesto de que un inmueble Monumento Nacional propiedad de un particular se encuentre en estado de deterioro, el particular aún actuando de buena fe, no podrá reparar el monumento sin autorización previa y expresa del Consejo, pues no estaría amparado por la presente causal de justificación. Situación similar es la que ilustra el Senador Valdés en la Historia de la Ley 20.021, en cuanto a la llamada Casa de Velasco, ubicada en Santiago, cuyo segundo piso fue prácticamente destruido por el terremoto de 1985, relata que “El funcionario encargado de su vigilancia me dijo: “¡No, la casa no puede ser reparada. Estoy esperando que se caiga, porque vendiendo el terreno nuestra institución obtendrá muchos recursos; y como es monumento nacional, no la puedo tocar, aunque esté en esas condiciones. Lo único que deseo es que vengan muchas lluvias y se acabe!” ” (2005, p. 26). Si bien puede ser que el procedimiento para obtener dicho permiso sea sumamente lento y muchas veces dicha autorización no se obtenga, este hecho no obsta a que legalmente se estaría cometiendo el ilícito del artículo 38 de la misma ley si se modificase de manera alguna el Monumento Nacional, por el simple hecho de no estar amparado por una causal justificante en el caso particular.

4.3 Culpabilidad

Para ser responsable por un delito se requiere, además de haber realizado una conducta típica, antijurídica y que no se encuentre amparada por una causal de justificación, que se le pueda realizar al autor de ésta un reproche culpabilidad, en el sentido que un sujeto que goza de libertad moral despliega una conducta ilícita en un contexto en el cual tenía posibilidades reales de actuar de otra manera. Respecto a esto se refieren los autores Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 246) y establecen que “la imputación subjetiva del suceso objetivo a quien lo realizó se fundamenta positivamente en dos elementos: el dolo (el sujeto sabía y quería lo que hacía) o la culpa (imprudencia, negligencia: el sujeto, que no quería el hecho, podía siquiera haberlo previsto y evitado)”. En este sentido se entiende que para determinar la culpabilidad se requiere de la realización de un juicio de reproche subjetivo el cual ayudará a dilucidar la participación subjetiva del hechor, en el sentido de si el sujeto al momento de desplegar su conducta conocía y deseaba la realización del resultado típico del delito que se le imputa (dolo) o bien dicho resultado se debe a un descuido o negligencia en la conducta desplegada por el individuo la cual ocasiona el resultado típico sin ser éste la motivación del despliegue de la conducta (culpa).

Si bien el tipo penal del artículo 38 de la Ley N° 17.288 no utiliza palabras que hagan requerir la concurrencia del dolo para la configuración del delito, así como “maliciosamente”, en la discusión legislativa se estimó como innecesaria dicha precisión en cuanto estimaron que “la exigencia de dolo en cualquier tipo penal se desprende de lo dispuesto por el numeral 13 del artículo 10° de nuestro Código Penal”. Por ende, se puede afirmar que para la configuración del presente delito se requiere de una conducta dolosa la cual es definida por los autores Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 255) como “actúa dolosamente el que conoce y quiere la realización del hecho típico”. De dicha conceptualización se desprenden dos elementos; el cognoscitivo y el volitivo. El primero corresponde al conocimiento que posee el autor de la conducta respecto a los elementos involucrados en ésta, a saber que se está realizando un hecho típico, lo cual para el delito en estudio significaría la conciencia del autor de saber que se está dañando un objeto que revista la calidad de Monumento Nacional. El segundo elemento corresponde a la intención del autor, el deseo, el querer dañar un Monumento Nacional.

Respecto a la imputación a título de culpa para el delito de daños a Monumentos Nacionales, ésta debe entenderse excluida por no incluirse su punibilidad expresamente en la tipificación del delito, y por no tratarse de un delito contra las personas (artículo 490 Código Penal).

Por último, acerca de si este delito podría configurarse con la concurrencia del dolo eventual se estima que esta posibilidad no está del todo excluida, pues el tipo penal no contiene un requerimiento más enfático en la concurrencia del dolo en la conducta, como hubiese sido si este incluyese la palabra “maliciosamente”. Debemos recordar que el dolo eventual es entendido como el supuesto en el que un sujeto no desea la realización del tipo punible directamente, sin embargo la entiende como una consecuencia muy posible de su actuar y no se abstiene de ejecutar la conducta. De reconocerse la ausencia de dolo directo y la presencia de dolo eventual en un caso concreto, este debe significar la aplicación de una pena menor por ser el dolo eventual un reproche menos intenso a la conducta.

4.3.1 Error de tipo

Como se estableció anteriormente para que la conducta del sujeto sea calificada de dolosa, se requiere la concurrencia del elemento cognoscitivo, es decir, que éste actúe a sabiendas de estar realizando un hecho típico y reconociendo los elementos del tipo. Sin embargo, ¿qué sucede cuando el autor alega no haber conocido la calidad de Monumento Nacional del objeto dañado? Este es el caso de los llamados error de tipo los que son entendidos por los autores Politoff, Matus y Ramirez (2004, p. 256) como “Este desconocimiento o falsa representación de los elementos del tipo penal que se realiza se llama error de tipo: el que dispara contra lo que cree es una pieza de caza mayor y mata a otro cazador disfrazado al efecto, no actúa dolosamente, ya que un elemento de la descripción típica es que se mate a otro, esto es, a una persona, y sobre ese elemento el autor padece un error de tipo”. Entonces, debe entenderse que quien desconoce las circunstancias concretas de su acción actúa “involuntariamente” es decir, sin dolo respecto del delito en cuestión.

En el caso del delito del artículo 38 de la Ley 17.288, se requiere para la configuración de la culpabilidad del autor del delito que éste actué dolosamente, es decir, que reconozca intelectualmente los elementos normativos del tipo; la calidad de Monumento Nacional que reviste al objeto dañado. Es necesario que el sujeto que despliega la conducta dañosa realice un ejercicio intelectual semejante al de una persona corriente (profano) que le dé cuenta que el objeto a ser dañado es un Monumento Nacional. Sin embargo dicho ejercicio no debe significar un esfuerzo sobrehumano para el sujeto pues no se espera de él que conozca todos los detalles de la realidad, sino solamente los rasgos esenciales de ésta. Es por esto que se debe entender que no es necesario que quien despliega la conducta dañosa sepa que tal o cual objeto se encuentra dentro del listado de Monumentos Nacionales llevado por el Consejo de Monumentos Nacionales, sino que se requiere que el sujeto reconozca del objeto una esencia particular, especial y distinguible que le brinde cierta importancia y que lo haga diferenciable del resto de los lugares u objetos corrientes. Como bien se dijo, este reconocimiento no debe ser consecuencia de un minucioso examen intelectual del objeto sino que debe simplemente “saltar a la vista” (como por ejemplo, el sujeto que es imputado del delito de violación impropia no necesita saber su fecha de nacimiento sino que basta con saber que se accede carnalmente a una niña notoriamente impúber), lo que significa que dicha esencia puede ser reconocida por un profano pues él vive en el “mundo real” y es capaz de saber que ciertos lugares u objetos son importantes para la ciencia, la historia o el arte sin necesariamente ser consciente de que técnicamente se trata de un Monumento Nacional. De ahí que las particularidades de la vida del sujeto, como las características personales del autor y las posibilidades de integración en la sociedad que le han sido dadas, serán relevantes al momento de realizar el reproche de culpabilidad.

Y es de esta forma como lo han entendido las cortes de nuestro país, como por ejemplo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 3 de enero de 2007, causa Rol N° 1543/2006, en su Considerando 6) se establece que:

“En cuanto a la participación, se ha argumentado una ausencia de dolo, lo que no se probó... Así, en el escrito de apelación se dice que el sentenciado es un profesional, ingeniero jubilado, por lo que no pudo ignorar que estos monumentos, atendida su naturaleza, se encuentran protegidos, más aún cuando todos los medios de comunicación

han difundido extensamente las consecuencias que han traído otras acciones de este tipo, como la acontecida no hace mucho tiempo a un chileno en Perú.”

Por ende, si un sujeto es capaz, o debiera ser capaz si actúa como un profano, de reconocer intelectualmente la naturaleza de un lugar o cosa calificado de Monumento Nacional no podrá alegar en su defensa tal desconocimiento para fundamentar la ausencia de dolo en su conducta. Y por el contrario, quien actúa con error de tipo, a saber no reconociendo intelectualmente los elementos de la naturaleza que distinguen y destacan a los Monumentos Nacionales del resto de las cosas, actúa sin dolo y por ende es impune. Este último sería el caso por ejemplo de un joven que ha vivido toda su corta vida trabajando como agricultor junto a su padre en lo alto de las montañas y que por primera vez viaja fuera de este lugar a la ciudad de Santiago y en el barrio Independencia daña el Consultorio N° 2 (Monumento Histórico). Lo más probable es que en este caso el examen de culpabilidad arroje que el joven actuó con error de tipo ya que no fue capaz de reconocer los elementos del edificio que lo hacían detentar una esencia y/o naturaleza destacable y que para pudiese haber llegado a dicha conclusión el joven debería haber realizado grandes esfuerzos intelectuales e investigativos cuestión que se entiende como no exigible. De llegarse a la conclusión que se actuó sin dolo respecto al delito de daños a los Monumentos Nacionales, esto no significa que el sujeto no pueda ser imputado por el delito de carácter residual del artículo 484 del Código Penal “Incurrir en delito de daños y están sujetos a las penas de este párrafo, los que en la propiedad ajena causaren alguno que no se halle comprendido en el párrafo anterior”.

Del hecho de que solo algunos elementos de la vida real interesen o sean relevantes para la configuración de un delito se sigue que se hable de *error esencial* y *error accidental* o *irrelevante*. Solamente el primero, que se refiere a uno de los elementos del tipo penal, permite la exclusión del *dolo* (cree que daña un edificio corriente, pero daña un Monumento Histórico), y el error sobre aquellos elementos que el legislador no ha considerado en la descripción típica del delito es irrelevante y por ende no justifica la exclusión del dolo. Sin embargo, como bien dicen los profesores Politoff, Matus y Ramirez (2004, p. 256) “esto no significa que en todos los casos quien actúa en *error de tipo* será impune, pues si el resultado era previsible y evitable -y bastaba para ello con "abrir un poco más los ojos"- el carácter *vencible* de este error permite

la imputación del resultado a título *culposo*, en los casos que la ley admite estas figuras (lo que sucede particularmente en los *delitos contra las personas*)". El error vencible, es decir previsible, excluye el dolo y deja subsistente la culpa, sin embargo el error invencible, como es lógico de pensar, excluye tanto el dolo como la culpa. Sin embargo en el caso del delito de daño a Monumentos Nacionales ocurre que, en el caso de un error vencible el individuo no podrá ser penado a título de culpa por no incluirse su penalidad expresamente en la redacción del delito y por no tratarse un delito contra las personas.

Este escenario resulta paradójico si se tienen en cuenta las siguientes situaciones; primero, que en muchos casos los sujetos que dañan un Monumento Nacional alegan haber incurrido en un error de tipo por no saber que el objeto o lugar dañado era precisamente un Monumento Nacional, y segundo, la mayoría de las veces los Monumentos Nacionales resultan dañados por imprudencias y negligencias más que por casos en los que el sujeto actúe con dolo. Ambas situaciones representan ámbitos que no son punibles por el delito del artículo 38 de la Ley 17.288 precisamente por tratarse de situaciones en las que la culpabilidad del sujeto se funda, o bien podría fundarse, en la culpa y no en el dolo. Es por esta razón que resultaría recomendable que se incluyera expresamente en la redacción del delito de daños a los Monumentos Nacionales del artículo 38 de la Ley 17.288 la culpa como medio admisible para cometer dicho delito, de esta forma se ampliará el ámbito de protección del presente delito y por consiguiente resultaría en una protección al patrimonio cultural más eficiente y cercana a la realidad.

Además, los Monumentos Nacionales presentan una cierta particularidad en cuanto a su conocimiento pues su calidad de "Monumento Nacional" no es algo que pueda ser percibido simplemente por los sentidos, en lo esencial es solamente comprensible intelectualmente, y como bien dice Welzel (1960, p. 68) "de una escritura pública se pueden sólo percibir (por los sentidos) el papel y el texto escrito. En cambio, sólo intelectualmente se comprende que aquí se trata de una escritura pública, esto es, de un documento que está destinado a servir de prueba de su contenido. Para el dolo de la falsificación documentaria no es suficiente que el hechor haya advertido las propiedades perceptibles por los sentidos de un documento, sino que tiene que haber estado, además, consciente de su importancia probatoria". Ésta situación se condice con

lo ya expuesto, toda vez que el ejercicio intelectual que debe realizarse para configurar el dolo en el delito de daños a los Monumentos Nacionales es respecto a su especial esencia que lo destaca y distingue del común de los lugares y/u objetos y no respecto de las características físicas que se puedan percibir por los sentidos. Recordamos nuevamente el caso de la Villa San Luis de Las Condes que si bien se encuentra en un estado de deterioro físico notable, su importancia no recae en este hecho sino que en la importancia histórica que dicha complejo habitacional representa, y es precisamente dicha importancia histórica la que debe ser reconocida intelectualmente para la configuración del dolo en este caso.

Ahora bien, en cuanto al error de prohibición, se establece que este es un error que recae en el sentido jurídico del actuar, en su carácter ilícito, en definitiva es un error en el cual se tiene por lícito el daño o afectación a la integridad a un Monumento Nacional. Se entenderá que el error de prohibición podrá exculpar al individuo cuando este error era inevitable, o mejor dicho excusable, puesto que si el sujeto no tenía como enterarse (ya sea por falta de información u algún otro argumento) no puede establecerse que el sujeto era libre, y por ende, no podía actuar de otra forma. Este sería el caso, por ejemplo, de un joven recién contratado para custodiar cierto Monumento Nacional, y éste creyendo estar autorizado, modifica partes de dicho monumento. Este caso y otros sobre error en el alcance de los deberes y derechos ejercidos configuran problemas de error de prohibición. No obstante, basta la existencia de una capacidad potencial de conocer la prohibición para que el error sea inexcusable, situación que no puede configurar a una exculpación pero podría ser considerada como una atenuante.

Por último, cabe referirse a los llamados error en la persona o en el objeto, en los cuales aquellos detalles de la identidad de la persona o del objeto resultan totalmente irrelevantes para la configuración del dolo. Sin embargo no podría argumentarse la existencia de este tipo de error respecto al delito de daños a los Monumentos Nacionales, toda vez que un error en la identidad del objeto, en este caso, significaría un error en los elementos normativos del delito el cual constituye básicamente la esencia del mismo. No puede considerarse como irrelevante la calidad de Monumento Nacional de un lugar u objeto.

CAPITULO III: FORMAS ESPECIALES DE COMISIÓN DEL DELITO

7.1 *Iter criminis*

El artículo 7° del Código Penal en el inciso segundo establece que estamos ante la tentativa de un delito “cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento” como “, da inicio al principio de ejecución, pero aunque se lo proponga, el resultado punible (daño) no se produce.

Podría existir tentativa absolutamente idónea de este delito cuando se pretender rayar un Monumento Nacional con un spray al cual ya no le queda contenido, y por ende, el monumento no resulta rayado.

Un caso en que un sujeto sí podría ser condenado por tentativa del delito de daño contra Monumentos Nacionales de la Ley 17.288 sería aquel en el que el sujeto ejecuta actos directos idóneos para causar el resultado, como pegarle patadas a la muralla de unas ruinas declaradas Monumento Nacional, y pegarle, además, con un bate para derribarla, pero en ese preciso instante es sorprendido por un carabinero que custodiaba el lugar y por ende el malhechor huye, sin haber causado impacto alguno en el monumento (esto claramente sin contar el sujeto con causal de justificación).

La frustración para este delito también es posible por tratarse de un delito de resultado. Este sería el caso, por ejemplo, de un sujeto que deja una bomba dentro del Museo de Bellas Artes pero segundos antes de la explosión un guardia de seguridad del recinto se percata de esto y desactiva la bomba. En este caso el resultado se hubiese concretado si todos los hechos seguían según el plan del malhechor, sin embargo este no se pudo concretar por una causa externa a su voluntad.

La proposición y la conspiración, entendidos como actos preparatorios colectivos punibles, serán tales solamente cuando representen una voluntad manifiesta de cometer el delito y se encuentren establecidos en una ley especial, por lo que no resultan aplicables al caso en estudio.

7.2 Autoría y participación

Este delito no presenta mayores complicaciones en cuanto al problema del concurso de distintas personas en el delito, por lo tanto, se deben aplicar las reglas del artículo 14° al 17° inclusive del Código Penal sin mayores precisiones doctrinarias previas y consideración a los hechos que se presenten para cada caso en particular.

Aun establecido esto, se podría dar el caso en que un funcionario previamente autorizado por el Consejo de Monumentos Nacionales para realizar una modificación sobre un monumento haga participe de dicha tarea a una persona externa, a la cual el consejo no ha autorizado y desconoce su participación. En este caso para penar por este artículo a dicho participe sería necesario que el funcionario estuviese actuando fuera de su causal de justificación y solo así podría extenderse la punibilidad al “invitado” del hecho.

7.3 Concursos

Tratándose del delito de daños a un Monumento Nacional de un delito, dentro de su propia descripción, que supone, conceptual y necesariamente, varios elementos del supuesto de hecho contenido en el delito del artículo 484 del Código Penal, pues se trata de una relación especie-género, en la cual debe descartarse la posibilidad de considerar como autor de varios delitos de daños a quien ha realizado la conducta descrita en el artículo 38 de la Ley 17.288. Esto por tratarse de un caso de especialidad, en el cual ante un concurso aparente de leyes debe optarse por la aplicación del delito especial ante el general pues se adapta mejor a las circunstancias del caso. El concurso aparente de leyes justifica su aplicación en dos criterios de justicia material; el principio non bis in idem y el principio de insignificancia.

7.4 Penalidad

La penalidad contemplada para este delito es de presidio menor en sus grados medio (541 días a 3 años) a máximo (3 años y un día a 5 años), además de una multa que puede variar entre 50 UTM a 200 UTM. La primera se deberá determinar de acuerdo a los artículos 50° a 61° del Código Penal, y la segunda de acuerdo al artículo 25° incisos 6to y 8vo. En el caso de este delito es aplicable lo estipulado al final del inciso 6° del referido artículo, en cuanto este contempla una multa mucho mayor a la referencia establecida para los crímenes, sin embargo su pena privativa de libertad de mayor grado no excede de cinco años. Esto es posible por expresa referencia de la ley, pues este delito se considera de alta gravedad por tratarse en último término, de un delito que afecta un bien jurídico que importa a todas las personas, el Medio Ambiente.

Ahora bien, en cuanto a las reglas generales relativas a la aplicación de atenuantes, individualización exacta de la cuantía de la pena dentro del grado y la multa son perfectamente aplicables a este delito de daños contra Monumentos Nacionales de la Ley N° 17.288, sin necesidad de hacer distinción o precisión alguna.

En lo respectivo a las agravantes se considera que todas son aplicables a este delito. Cabe analizar, no obstante, el numeral 13° del artículo 12 del Código Penal, en cuanto podría presentar ciertas dificultades interpretativas a simple vista. Si bien es cierto que la agravante no podrá aplicarse al momento de determinar la pena cuando esta constituya por si misma el delito o cuando esta es de tal manera inherente al delito, esto en realidad no sucede al aplicar el numeral mencionado al delito de daños a Monumentos Nacionales, pues dicha agravante se refiere a una especial intención de ofensa a la autoridad pública que se expresa en el acto delictual del sujeto, y el delito de daños si bien se genera contra bienes culturales o naturales que representan un especial interés de protección para el estado, lo que se castiga es el daño al monumento en concreto y no la intencionalidad o motivación interna del sujeto. Ahora bien, esta agravante de todas maneras podría aplicarse a un caso de daño a Monumento Nacional si por ejemplo, tras hacer explotar el Museo de Bellas Artes los malhechores dejaran escrito en las paredes ruinosas del edificio frases que atenten efectivamente contra la autoridad pública, como por ejemplo

“¡Abajo el Gobierno y muerte a sus políticos, viva la Anarquía pronto acabaremos con su sistema!”.

En cuanto a la procedencia las penas sustitutivas contempladas en la Ley N°18.216 para los condenados por el delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288 es correcto afirmar que, atendiendo solamente al requisito de penalidad que se establece para cada pena sustitutiva, procede; la remisión condicional de la pena efectivamente impuesta por la sentencia que no excedan de tres años, la reclusión parcial, libertad vigilada solo cuando la pena impuesta sea mayor a dos años y menor a tres, la libertad vigilada intensiva cuando la pena impuesta sea mayor a tres años y menor a cinco, la expulsión cuando el condenado fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país y que se le impusiere una pena igual o inferior a cinco años. La pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad no puede sustituir a la pena que impone el delito de daños a Monumentos Nacionales ya que su mínimo es de 541 días y la pena sustitutiva mencionada requiere de una pena impuesta igual o menor de trescientos días.

CAPÍTULO IV: PROYECTOS DE LEY

La presente sección pretende presentar algunos de los proyectos de ley más relevantes que actualmente se encuentran en tramitación en el congreso y que influyen, o pretenden influir, sustancialmente en la configuración del delito de daños a los Monumentos Nacionales contemplado en el artículo 38 de la Ley N° 17.288. Si bien existen más proyectos de ley que guardan relación con el delito objeto del estudio, estos no han sido incorporados en la presente sección por considerarse irrelevantes a las temáticas tratadas en la presente memoria.

i) El año 2016 el diputado Sergio Gahona, a través de moción parlamentaria, da inicio a la tramitación de un proyecto de ley que busca modificar la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, estableciendo el derecho a compensación económica en favor del propietario dueño de un inmueble declarado Monumento Histórico, y en definitiva, morigerar las consecuencias de las limitaciones que sufre el dueño de un bien declarado Monumento Nacional en su derecho de propiedad respecto a éste. Este proyecto aún se encuentra en la etapa de primer trámite constitucional en la cámara de diputados

ii) El 6 de septiembre del año 2006 se origina en la cámara del senado, a través de una moción de los entonces senadores Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Jaime Naranjo Ortiz, el proyecto de ley que buscaba modificar la Ley N° 17.288 estableciendo la categoría de Monumentos Nacionales Inmateriales;

"Serán considerados también monumentos nacionales de carácter inmaterial las tradiciones y expresiones orales, las artes del espectáculo (como la música tradicional, la danza y el teatro), los usos sociales rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, así como las técnicas artesanales tradicionales, todos de acuerdo a la definición que hace de ellos la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)".

Sin embargo dicho proyecto fue archivado el año 2010 tras pasar cuatro años dormido en el congreso, no realizándose más trámite que la moción parlamentaria.

iii) En abril del año 2008 el entonces senador Alejandro Navarro dio origen a un proyecto de ley que pretendía, entre otras cosas, que respecto a los delitos de los artículos 38 y 38 bis de la Ley N° 17.288 no fueran aplicables las atenuantes calificadas. Sin embargo dicho proyecto fue archivado el año 2014 tras no haberse tramitado más allá que la moción del senador Navarro.

iv) El 30 de julio del año 2008 se da origen en la Cámara de Diputados, a través de moción parlamentaria, a un proyecto de ley que pretende modificar el artículo 38 de la Ley N° 17.288 aplicando penas accesorias y pago por daños a Monumentos Nacionales que se ocasionen en contexto de movilizaciones sociales y/o producidos por menores de edad.

v) “Artículo único: Agréguese al artículo 38 de la ley 17.288 sobre monumentos nacionales los siguientes incisos como segundo; tercero y cuarto con el siguiente texto:

Inciso 2°: "A su vez, si los daños se produjeran con ocasión de una manifestación pública o por cualquier otro medio que implique aglomeración de personas, se aplicarán como accesoria la pena de trabajos comunitarios que deberá determinar el tribunal competente en materia civil.

Inciso 3°: "Si de entre los autores se encontraran menores de edad, sin perjuicios de las penas que le correspondieran, serán responsables de los daños causados sus representantes legales, quienes deberán pagar la multa respectiva avaluada por el juez competente.

Inciso 4°: Si con ocasión de una marcha organizada se destruyeran monumentos nacionales o estos se vieran dañados, deberán concurrir a la reparación de éstos el organismo solicitante de (a manifestación, el que a su vez no podrá obtener nuevas autorizaciones para la realización de actos masivos, por el sector trayecto cuyos monumentos se vieron destruidos o dañados."

El propuesto segundo inciso fue objeto de un informe de la Corte Suprema por incidir claramente de manera errónea en la organización orgánica y atribuciones que ostentan los

tribunales de justicia de nuestro país, a saber, le pretende entregar a un tribunal civil facultades para imponer penas accesorias cuestión que es claramente competencia de tribunales con competencia en lo criminal. En cuanto al propuesto inciso cuarto se considera que se aleja de la naturaleza del delito y el bien jurídico que pretende proteger, incorporando situaciones externas, que si bien podrían ser consideradas como agravantes en las determinación de la pena, no dicen relación con la esencia del delito y no forman parte de la conducta esencial que se requiere para dañar el bien jurídico protegido.

Con fecha 16 de septiembre de 2008 la Corte Suprema emite oficio N°5223, previa solicitud de la Cámara de Diputados, en el cual se refiere sobre las temáticas del proyecto de ley que deberán ser objeto de informe de la corte. Dice la Corte Suprema que El único precepto de la iniciativa que debe ser objeto de informe es el nuevo inciso segundo que se incorpora al artículo 38 de la Ley N° 17.288 por incidir en la organización o atribuciones de los tribunales de justicia. Desde la presentación de dicho oficio l proyecto de ley no ha avanzado más en su trámite legislativo, encontrándose aun en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

vi) Otro proyecto sobre el cual cabe referirse es aquel iniciado a través de moción parlamentaria año 2014 por el diputado Sergio Gahona, en el cual se busca modificar el Código Penal para sancionar a quienes atenten contra Monumentos Nacionales o sitios declarados Patrimonio de la Humanidad. En tal sentido dicho proyecto pretende no solo castigar con penas corporales y pecuniarias a quienes atenten contra Monumentos Nacionales o sitios declarados Patrimonio de la Humanidad, sino que pretende agregar penas de orden comunitario para garantizar la máxima reparación de los daños causados. Se lee en la moción:

“Artículo Único: Incorpórese un nuevo artículo 486 bis en el Código Penal, norma de la siguiente manera: “El que dañe Monumentos Nacionales o sitios declarados Patrimonio de la Humanidad o que encuentren sujetos a protección a partir de su valor cultural y/o turístico, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales. Asimismo el responsable deberá colaborar sustancialmente en la reparación completa de los daños””.

Sin embargo lo más interesante de este proyecto de ley, que aún se encuentra en la etapa de Primer Trámite Constitucional es que, de aprobarse surgirían muchas interrogantes respecto al delito del artículo 38 de la Ley N°17.288 y respecto al nuevo artículo 486 bis en el Código Penal ¿pueden dos normas de distintos cuerpos legales castigar “la misma conducta” con penas diferentes? ¿Significaría la incorporación de este nuevo artículo una derogación tacita del delito de daños a los Monumentos Nacionales contemplado en la Ley N° 17.288? ¿O un concurso de leyes? ¿Cuáles son aquellos bienes que “se encuentran sujetos a protección a partir de su valor cultural y/o artístico”? ¿Es realmente necesaria, para la efectiva protección del patrimonio cultural de la nación, la tipificación de este “nuevo” delito en el Código Penal? ¿No basta con los artículos 38 y 38 bis de la Ley de Monumentos Nacionales para proteger dichos bienes? ¿Debe hacer este nuevo delito referencia a los Monumentos Nacionales teniendo en cuenta que el daño a los mismos ya se encuentra contemplado en una ley especial? Pareciera ser que las respuestas a dichos cuestionamientos legales apuntan a la falta de necesidad y conveniencia de la creación de este nuevo artículo en el Código Penal, porque ya existe un delito especial que contiene la misma conducta en su esencia y porque la redacción de este nuevo artículo y la descripción de la conducta se consideran desafortunados. Si bien se estima loable la intención del legislador en cuanto a incorporar la obligación de reparar el mal causado de daños contra Monumentos Nacionales, esto podría más fácilmente ser agregado en la tipificación del ya existente delito del artículo 38 de la Ley N°17.288.

vii) Con fecha 25 de octubre del año 2017 se presenta un proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Girardi, De Urresti, Navarro, Ossandón y Quinteros, que modifica el Código Penal y otros cuerpos legales, en lo relativo a los delitos contra el Medio Ambiente. El presente Proyecto de Ley sobre Delitos Contra el Medio Ambiente en su artículo tercero estipula “Agréguese el artículo 38 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, los siguientes incisos segundo a cuarto:

"Si el daño al Monumento Nacional consistiere en uno de carácter ambiental no susceptible de reparación, hubiere afectado gravemente la salud de la población o fuere producto de la reiteración o reincidencia de dos o más infracciones calificadas como graves por la Superintendencia del Medio Ambiente, dentro de un mismo año calendario, la pena

a imponer será de presidio menor en su grado máximo y multa de 50 a 3.000 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes.

Si el daño a que se refiere el inciso anterior se causare por mera negligencia o imprudencia, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 2.000 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes.

Se impondrá el grado superior de las penas previstas en los dos incisos anteriores si el daño se causa por quienes ejecuten un proyecto o actividad que, debiéndose someter al sistema de evaluación ambiental, no ha obtenido la correspondiente resolución de calificación ambiental o la ha obtenido mediante cohecho, falsedad o engaño”.

De la lectura de la redacción del proyecto de ley se desprende que los supuestos descritos se refieren a actos cometidos no solo por personas naturales, sino que se incluye a la posible responsabilidad de las personas jurídicas, toda vez que las hipótesis que éste describe son, generalmente, propias de personas jurídicas; “reiteración o reincidencia de dos o más infracciones calificadas como graves por la Superintendencia del Medio Ambiente” ó “si el daño se causa por quienes ejecuten un proyecto o actividad que, debiéndose someter al sistema de evaluación ambiental” . Esta situación es de suma relevancia y atingencia a los problemas de aplicación que presenta hoy en día el delito de daño a Monumentos Nacionales, pues no es aplicable a personas jurídicas. Sin embargo se estima que si la presente interpretación es correcta, sería aconsejable una directa mención a la responsabilidad de las personas jurídicas en este delito, y de esta manera, evitar las previsibles discusiones en cuanto a la admisibilidad de la responsabilidad de empresas.

En cuanto al propuesto segundo inciso del proyecto de ley se considera, por un lado, que la frase “carácter ambiental no susceptible de reparación” es redundante, toda vez que se entiende que todo daño producido a un Monumento Nacional significa, por el solo hecho de ser este tal, un daño de carácter ambiental y, por general, no susceptible de reparación. Podría interpretarse tal frase en el sentido que ésta apunta a la destrucción del Monumento Nacional, sin embargo, se debe recordar que en la discusión parlamentaria que se dio con ocasión de la

Ley N° 20.021 se llegó a la conclusión que la palabra “dañar” incluía dentro de su amplia semántica el concepto de destrucción y que la utilización de ambos verbos solo contribuiría a confusiones interpretativas innecesarias. Es por esto que se considera que la introducción de la frase “daño al monumento nacional consistiere en uno de carácter ambiental no susceptible de reparación” es innecesaria, a menos que esta haga referencia a una situación distinta a la recién planteada, cosa que debiesen precisar los parlamentarios en la tramitación del proyecto.

Por otro lado, resulta interesante la introducción de la frase “hubiere afectado gravemente la salud de la población o fuere producto de la reiteración o reincidencia de dos o más infracciones calificadas como graves por la Superintendencia del Medio Ambiente”. Esta situación es totalmente imaginable dentro de las hipótesis de daño a Monumentos Nacionales, como lo sería por ejemplo la quema de pastizales pertenecientes a un Santuario de la Naturaleza que colinde con un asentamiento humano, desenterrar cadáveres de un enterratorio declarado Monumento Nacional y dejarlos expuestos al aire libre, etc. La introducción de dicha frase significaría asimismo, una protección al medio ambiente en un sentido más amplio, puesto ya no se estaría protegiendo únicamente la conservación del patrimonio cultural de la nación, sino que además la salud pública y la autoridad de los actos emanados de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En cuanto al tercer inciso que se pretende incorporar al texto del delito del artículo 38 de la Ley N° 17.288, alegra que el legislador desee extender la punibilidad de la conducta e incorporar la culpa como conducta que admite responsabilidad penal. Se habló ya sobre la importancia y necesidad de agregar al tipo penal la culpabilidad a título de culpa toda vez que la mayoría de los casos en los que se dañan Monumentos Nacionales resultan de negligencia e imprudencias. Sin embargo, la extensión de dicha responsabilidad se hace solamente respecto al primer inciso que pretende agregar el proyecto, y no respecto a la conducta ya descrita en el actual delito de daños a Monumentos Nacionales.

Por último, en cuanto al inciso cuarto que incluye hipótesis de daños en proyectos que debiendo haber sido sometidos a una evaluación de impacto ambiental este no fue realizado, se estima meritorio el esfuerzo del legislador de buscar una coherencia y cohesión de todos los

preceptos pertenecientes al derecho medioambiental y de tal forma expandir las hipótesis punibles del delito en estudio a otras que si bien no estaban consideradas antes, hacen perfecto sentido que se incluyan toda vez que se entiende que el sistema de evaluación ambiental es una de las piedras angulares del derecho ambiental y por ende su inobservancia, en el caso que se presenta, debe ser perseguido criminalmente y reforzar de esta forma el cumplimiento de dicho procedimiento.

Este proyecto se encuentra en el primer trámite constitucional ante el Senado.

CONCLUSIÓN

Como se señaló en el principio, la presente memoria se enmarca en el proyecto “Derecho Penal Ambiental: Sistematización y Desarrollo de las Dimensiones Internacionales, Comparadas y Nacionales de la Protección Penal al Medio Ambiente” que tiene por objetivo indicar cómo deben interpretarse los delitos ambientales, en específico el delito de daños a Monumentos Nacionales establecido en el artículo 38 de la Ley N° 17.288, para que respondan de manera efectiva a la necesidad de protección que estos presentan. De esta manera es que el presente trabajo parte de la premisa de que los Monumentos Nacionales, como parte de lo que entendemos por Patrimonio Cultural de la Nación, son incluidos dentro del amplio concepto de Medio Ambiente, cosa que ha sido comprobada a lo largo de todo el trabajo principalmente por referencias expresas a la ley, tal como; Ley N° 19.300 arts. 2, 4, 11, 11 f), Ley N° 17.288 art. 31, Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente art. 3 p). Dichas leyes se encuentran en coherencia con la normativa internacional que ha propuesto, en diversas ocasiones (Séptima Conferencia Internacional Americana (Resoluciones XIII y XIV); Octava Conferencia (Resolución XXXVII) ;Tercer Congreso Científico Panamericano II, IV, V y VII; Congresos Panamericanos de Arquitectos (Temas 2, 7, 6 y4, respectivamente) ; II Congreso Internacional de Historia; Primer Congreso Interamericano de Municipios y Primer Congreso Histórico Municipal; Primera Conferencia de Ministros y Directores de las Repúblicas Americanas (Resolución IX)), la inclusión de la protección legal del patrimonio cultural dentro de las legislaciones nacionales.

Teniendo por cierta la premisa anterior es que se pasa a analizar la correcta interpretación que deben hacer los jueces y/o juristas para la aplicación del delito de daño a Monumentos Nacionales.

En cuanto al origen de la necesidad de legislar sobre la protección para los Monumentos Nacionales se establece que tiene su causa directa en la V Conferencia Panamericana celebrada en Santiago en 1923. Sin embargo no será hasta 1970 que se promulgará la Ley 17.288 que contemplará por primera vez una figura penal que protege a los Monumentos Nacionales de los perjuicios que se le pudieren cometer, sin embargo en la práctica no pareciera existir

antecedentes que den cuenta de que los jueces hayan subsumido conductas dentro de este tipo penal. Ya en el 2005 con la Ley 20.021 se modifica el antiguo y olvidado delito con el fin de establecer castigos más severos y se crean los actuales artículos 38 y 38 bis de la Ley 17.288.

En el capítulo segundo de la presente obra se realiza un examen de tipicidad del delito, de la antijuricidad y de la culpabilidad, y se concluye respecto al primero que;

En cuanto al sujeto, en general, se establece que el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, y el sujeto pasivo, víctima del delito, es toda la nación chilena.

En particular, respecto a los propietarios de bienes declarados Monumentos Nacionales se concluye que estos no ostentan un derecho puro y total respecto a los bienes en cuestión, sino que debido a la función social que representan los Monumentos Nacionales el derecho de propiedad de estos individuos es limitado y sujeto a específicas obligaciones, tal como se establece en el artículo 12 y 31 de la Ley N° 17.288. Ahora bien, al ser el bien jurídico protegido por el delito de daños a Monumentos Nacionales el Patrimonio Cultural de la Nación y no la mera propiedad, se estima que es totalmente posible que un mismo individuo sea, a la misma vez, propietario y sujeto activo del delito de daños respecto a un mismo bien declarado Monumento Nacional. Se discute la conveniencia de establecer una indemnización o subvención para los dueños de Monumentos Nacionales y de esta forma morigerar las consecuencias de las limitaciones que sufre su derecho de propiedad y al mismo tiempo incentivar al sujeto para que cuide el monumento de una forma más que diligente. Pareciera ser ésta una forma eficiente de dar solución al problema sobre la mantención de los monumentos, en miras a los escasos recursos económicos con los que cuenta el Consejo de Monumentos Nacionales, pues la compensación económica vendrá a reforzar e incentivar el cumplimiento del deber de “debido cuidado” que se tiene respecto a los monumentos, sin embargo pareciera ser que la falta de discusión y posibles soluciones respecto a esta problemática se debe a la falta de interés político que lamentablemente aún se tiene respecto a la protección de nuestro patrimonio cultural. Dicha solución sería más acorde con el propósito de la legislación actual, el cual es la protección y conservación del patrimonio cultural, y no la persecución criminal por daños que solo

significaría un indeseable aumento en la población penal actual y no se evitarían los irremediables daños a nuestro legado histórico, científico y artístico.

Respecto a la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas por el delito de daño a Monumentos Nacionales se concluye que, por aplicación del inciso 2° del artículo 58 del Código Procesal Penal, las personas jurídicas no pueden ser el sujeto activo de este delito. Sin embargo, por remisión al inciso primero del artículo 1 de la Ley N° 20.393, es posible responsabilizar penalmente a una persona jurídica por el delito del artículo 456 bis A del Código Penal, el cual, al tratarse de la misma conducta que el delito del artículo 38 bis de la Ley N° 17.288 y ser el objeto de este una especie específica respecto a las especies en general de las cuales trata el artículo 456 bis del código, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se extiende al delito de apropiación indebida y receptación de Monumentos Nacionales. Sin embargo dicha extensión no alcanza a cubrir los supuestos de hecho contemplados para el delito de daños a Monumentos Nacionales, situación que es del todo penosa ya que la mayoría de los casos los daños producidos a los Monumentos Nacionales son consecuencia directa de las actividades empresariales. Se concluye que es recomendable incluir en la misma tipificación del delito del artículo 38 de la Ley sobre Monumentos Nacionales la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables penalmente por dichos supuestos.

El objeto material del delito son los Monumentos Nacionales, los cuales no son más que los descritos en el artículo primero de la Ley 17.288, como bien lo han entendido las cortes de nuestro país. A su vez, dependiendo en cuál de las cuatro categorías que establece la ley es posible calificar al monumento, distinto será el procedimiento para la declaración del bien como Monumento Nacional. El bien jurídico protegido es el Medioambiente, específicamente el Patrimonio Cultural. Se confirma la premisa planteada al inicio del trabajo.

En cuanto a la conducta se establece que ésta bien puede ser “dañar” o “afectar en cualquier modo su integridad”. Se debe entender que la ley establece “dos posibles conductas” mediante las cuales se puede cometer el delito, sin embargo analizando la semántica de ambos verbos y el tratamiento doctrinario que han recibido se debe concluir que estas dos acciones en realidad se refieren a lo mismo, pues la acción de dañar no es más que hacer que un objeto

reduzca su valor (económico, científico, cultural y/o artístico), en otras palabras consiste en producir un menoscabo, o sea afectar su integridad en cualquier modo. Se concluye, asimismo, que para la configuración de este delito no es relevante si el Monumento Nacional es de propiedad privada o si es de aquellos que son comunes a todas las personas.

En cuanto a la comisión por omisión se concluye que esta podría aceptarse por la redacción “o afectar en cualquier modo su integridad” al no estar limitados los modos de afectar la integridad del monumento, aceptándose entonces la producción de un daño mediante un no hacer. Además se establece que solo podrán cometer este delito por omisión aquellas personas que tengan un especial deber de cuidado sobre el monumento en cuestión. Así, será imputable el delito de daños por omisión a los propietarios de un inmueble Monumento Nacional que, a sabiendas del mal estado en el que se encuentra el monumento, no pidiera autorización al consejo para repararlo y no evitase su daño. Asimismo podrá cometer el delito por omisión el propietario de un inmueble Monumento Nacional que, sin autorización previa del Consejo, lo destruya, transforme o realice construcciones a sus alrededores. Distinto es el caso de los propietarios de un bien declarado Santuario de la Naturaleza, toda vez que la ley no contempla expresamente la admisibilidad de la responsabilidad penal para los casos de infracción a los deberes específicos que estos tienen para con sus Monumentos Nacionales. Recomendable sería extender la responsabilidad para estos casos toda vez que al tratarse, generalmente de grandes extensiones de terreno, fácil es que se descuide su cuidado y se ocasionen daños. En cuanto a las autoridades civiles, militares y carabineros en la teoría se admite la comisión por omisión, sin embargo en la práctica es difícil imaginar un caso en el cual mediante un no actuar de dichas autoridades se produzca daño al monumento respectivo.

Se establece que el presente delito es un delito de resultado, y para que este se entienda por configurado no solo se deberá atender a la pérdida de valor pecuniario, sino también debe atenderse a la afectación a su valor histórico, artístico o científico.

En cuanto a la aplicación de la causal de estado de necesidad justificante, art. 10 n°7 del Código Penal, se concluye que resulta dudosa su procedencia pues el bien jurídico protegido no es solamente la propiedad privada sino que principalmente es el patrimonio cultural de la nación.

De aplicarse esta causal para el delito en estudio estarían asimilándose la propiedad con el patrimonio cultural, cuestión que resulta a todas luces un grave error interpretativo y valorativo.

En cuanto a la causal del artículo 10° N°10 del código, ejercicio legítimo de un derecho, se establece que los trabajadores del Consejo de Monumentos Nacionales, la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas y Transportes que modifiquen los Monumentos Nacionales estarán amparados por esta causal solo cuando actúen autorizados previamente por el consejo y solo de la forma en que estos lo autoricen. La causal de justificación legal no será aplicable cuando dichos trabajadores se excedieren de las facultades que les fueron concebidas. El propietario de un inmueble Monumento Nacional actuará amparado bajo este numeral cuando, previo a la intervención (destrucción, transformación o reparación) del Monumento Nacional se haya obtenido autorización del Consejo de Monumentos Nacionales para realizar sobre él dicha intervención.

En cuanto a la culpabilidad, se concluye que para este delito se requiere que el autor actué con dolo, y no se admite la imputación a título de culpa por no ser este un delito que atente contra las personas (art. 490 del Código Penal) y por no incluirse su punibilidad a título de culpa expresamente en la tipificación del delito. Se acepta la concurrencia del dolo eventual para la configuración del delito. Finalmente, en cuanto a la concurrencia del error de tipo se concluye que para que al sujeto le sea imputado el delito de daños a Monumentos Nacionales no es necesario que el individuo sepa a ciencia cierta que el objeto es Monumento Nacional, sino que se requiere que el sujeto reconozca del objeto una esencia particular, especial y distinguible que le brinde cierto valor agregado respecto del corriente de los objetos mundanos, esta especial naturaleza debe “saltar a la vista” del individuo que requiere la realización de un ejercicio intelectual semejante al de un profano. Es por esto que las particularidades de la vida del sujeto serán relevantes al momento de determinar si el sujeto efectivamente actuó con error de tipo o no. De ser aceptada la concurrencia del error de tipo, de todas formas el sujeto podrá ser imputado por el delito del artículo 484 del Código Penal. Agregar de forma expresa en el tipo penal la admisibilidad de responsabilidad penal a título de culpa vuelve a cobrar relevancia bajo éste título, ya que de tratarse de un error de tipo vencible (previsible, para el cual basta con abrir un poco más los ojos para darse cuenta) se excluye el dolo pero subsiste la responsabilidad por

culpa. En cuanto al error de prohibición se concluye basta la existencia de una capacidad potencial de conocer la prohibición para que el error sea inexcusable, situación que no puede configurar a una exculpación pero podría ser considerada como una atenuante.

Ahora bien, en el capítulo tercero de la presente memoria se analiza el iter criminis, los supuestos de autoría y participación, los concursos y la penalidad del delito, respecto a lo primero se concluye que no se presentan mayores complicaciones para la aplicación de este delito como frustrado o tentado, según sea el caso.

En cuanto a la autoría y participación tampoco se presentan mayores complicaciones para la aplicación de las reglas generales al respecto.

En cuanto al régimen concursal se concluye que la relación que presenta el delito de daños a Monumentos Nacionales con el del artículo 484 del Código Penal es una de especie-género, por lo que debe descartarse la opción de un concurso real, esto por tratarse de un caso de especialidad en el cual debe optarse por la aplicación del delito especial ante el general.

Por último, en cuanto a la penalidad contemplada para el delito en estudio es de presidio menor en sus grados medio (541 días a 3 años) a máximo (3 años y un día a 5 años), además de una multa que puede variar entre 50 UTM a 200 UTM. Se concluye que todas las atenuantes y agravantes contenidas en el Código Penal son aplicables al delito. En cuanto a la concurrencia de las penas sustitutivas contempladas en la Ley N° 18.216 se concluye que proceden (si en el caso concreto se cumplen todos los requisitos para la procedencia de la sustitución de la pena); la remisión condicional si la pena efectivamente impuesta no excede de tres años, la reclusión parcial, libertad vigilada solo cuando la pena impuesta sea mayor a dos años y menor a tres, la libertad vigilada intensiva cuando la pena impuesta sea mayor a tres años y menor a cinco, la expulsión cuando el condenado fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país y que se le impusiere una pena igual o inferior a cinco años. Se concluye que la pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad no puede sustituir a la pena que impone el delito de daños a Monumentos Nacionales ya que su mínimo es de 541 días y la pena sustitutiva mencionada requiere de una pena impuesta igual o menor de treientos días.

Finalmente el cuarto y último capítulo de la presente obra trata sobre los proyectos de ley más relevantes, que actualmente se encuentran en tramitación en el congreso, y que pretenden influir de manera sustancial en la configuración del delito de daños del artículo 38 de la Ley N° 17.288. Sin embargo, la mayoría de estos no han pasado aún de la etapa de primer trámite constitucional, algunos incluso ya fueron archivados, esto debido a que lamentablemente, nuestros legisladores no le brindan la importancia que merece la protección de nuestro patrimonio cultural, desvalorizando las grandes riquezas históricas y culturales que guarnecen nuestra nación, y porque aún no existe conciencia sobre la importancia que representan dichos elementos patrimoniales para una industria del turismo que hasta el día de hoy no ha sido explotada suficientemente, de forma responsable y sustentable claramente.

Dichos proyectos de ley tocan temáticas como; la posibilidad de establecer una compensación económica a favor de los propietarios de Monumentos Históricos, establecer la categoría de Monumentos Nacionales Inmateriales, la posibilidad de no hacer aplicables a este delito las atenuantes calificadas, aplicación de penas accesorias y el pago por daños producidos a Monumentos Nacionales que se ocasionen en contexto de movilizaciones sociales y/o producidos por menores de edad.

En cuanto al proyecto de ley presentado el año 2014 por el diputado Sergio Gahona que pretende incorporar un nuevo delito al Código Penal para sancionar a quienes atenten contra Monumentos Nacionales o sitios declarados Patrimonio de la Humanidad. De continuar en tramitación dicho proyecto de ley los legisladores tendrán que resolver numerosas interrogantes como por ejemplo ¿pueden dos normas de distintos cuerpos legales castigar “la misma conducta” con penas diferentes? ¿Es realmente necesaria, para la efectiva protección del patrimonio cultural de la nación, la tipificación de este “nuevo” delito en el Código Penal?

Por último, respecto al proyecto de ley presentado el 25 de octubre del año 2017 por los senadores Girardi, De Urresti, Navarro, Ossandón que busca modificar el Código Penal y otros cuerpos legales, en lo relativo a los delitos contra el Medio Ambiente, se estima que respecto a las frases “reiteración o reincidencia de dos o más infracciones calificadas como graves por la

Superintendencia del Medio Ambiente” ó “si el daño se causa por quienes ejecuten un proyecto o actividad que, debiéndose someter al sistema de evaluación ambiental” es necesaria una aclaración respecto a si estos supuestos incluyen o no la responsabilidad de las personas jurídicas, y de ser afirmativo, sería preferible una mención expresa en la ley a esta situación para evitar futuras interpretaciones incorrectas. Alegra también que el legislador desee extender la punibilidad de la conducta e incorporar la culpa como conducta que admite responsabilidad penal, sin embargo la extensión de dicha responsabilidad se hace solamente respecto al primer inciso que pretende agregar el proyecto, y no respecto a la conducta ya descrita en el actual delito de daños a Monumentos Nacionales. Es recomendable extender la punibilidad a título de culpa a todo el delito, incluyendo la conducta ya descrita en el artículo 38 de la Ley N° 17.288.

En conclusión, se presenta en esta memoria la correcta forma de interpretación y aplicación del delito de daños a Monumentos Nacionales contemplado en el artículo 38 de la Ley N° 17.288, pretendiendo servir de guía para la labor de jueces y abogados y profundizar más en el estudio los delitos ambientales que hasta el día de hoy no cuentan con un tratamiento dogmático suficiente.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (4 de febrero de 1970). Historia de la Ley N° 17.288. *Historia de la Ley N° 17.288 legisla sobre monumentos nacionales; modifica las leyes 16.617 y 16.719; deroga el decreto ley 651, de 17 de octubre de 1925*. Santiago, Región Metropolitana, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (14 de junio de 2005). Historia de la Ley N°20.021. *Historia de la Ley N°20.021 Modifica la ley N° 17.288, sobre monumentos nacionales, con el objeto de crear una nueva figura penal y sustituir la unidad en que se expresan sus multas*. Valparaíso, Región de Valparaíso, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional.

ETCHEBERRY, A. (1999) *Derecho Penal Parte Especial Tomo III* (Reimpresión Tercera ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile

FERMANDOIS, ARTURO (2004) *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*. Recuperado de http://www.fermandois.cl/publicaciones/sentencias-destacadas/2004_Inaplicabilidad%20de%20la%20Ley%20de%20Monumentos%20Nacionales.pdf

GARRIDO, M. (2008). *Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV*. (3° edición). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

MATUS J. y RAMÍREZ M. (2014). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tomo I*. (3ª edición). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile

MATUS J., y RAMÍREZ M. (2017). *Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial*. Santiago de Chile. Editorial Tirant lo Blanch

MELLA, R. (2016). *Aspectos legales de la protección del patrimonio cultural*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.

POLITOFF S., MATUS J., y RAMÍREZ M. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. (2ª ed.) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Recurso de Apelación del abogado Dagoberto Pasten Pérez, Defensor Penal Público, en representación del adolescente H.S.V.S., en contra de la sentencia de 8 de febrero 2012, dictada por el Juzgado de Garantía de Valparaíso, (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO, 20 de marzo de 2012)

Recuperado de <http://www.movilh.cl/capsula/>. 14 de marzo de 2018

Recurso de Apelación del Ministerio Público contra sentencia de 7 de diciembre de 2006, dictada por Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO, 3 de enero de 2007)

WELZEL, HANS (1960), *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 7ª edición. Berlín, Alemania