

# CASO “PALACIO PEREIRA”. RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD, DEDUCIDO POR SOC. INMOBILIARIA “MAULLÍN LIMITADA”

1. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA. ROL N° 4309 / 2002. (\*)

Santiago, dieciocho de junio de dos mil cuatro.

Vistos:

*Don Raúl del Río Alfaro, Constructor Civil, en representación de Inmobiliaria Maullín Limitada, domiciliada en calle Terranova 265 de la Comuna de Providencia, ha formulado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de las disposiciones contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales. Expresa que ante el 7° Juzgado Civil de Santiago dedujo demanda en juicio ordinario en contra del Fisco de Chile, cobrando una indemnización de perjuicios por la privación del uso y goce del derecho de propiedad del inmueble denominado Palacio Pereira, ubicado en calle Huérfanos 1515 de la Comuna de Santiago y requiriendo que se declare la derogación tácita de aquellas disposiciones legales. Fundó su demanda en las restricciones a su derecho de dominio que le imponen tales normas y en la circunstancia de que los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 son inconstitucionales y habrían sido derogados tácitamente por la Constitución de 1980. El Fisco opuso la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal porque la declaración de que determinadas normas legales son inconstitucionales corresponde a la Corte Suprema reunida en Pleno, mediante el recurso de inaplicabilidad. La excepción dilatoria opuesta por el Fisco fue acogida por el Tribunal de la instancia y apelada, encontrándose la apelación pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Por su parte el Fisco de Chile, ante el 11° Juzgado Civil dedujo demanda en contra de la Inmobiliaria Maullín Limitada por obligación de hacer, a fin de que el Tribunal la condenara a reparar el daño sufrido por el inmueble de calle Huérfanos 1515 en virtud de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales. Este juicio se encuentra pendiente. A fojas 120 doña Silvia Morales Gana, abogado, procurador fiscal, en representación del Fisco contestó a fojas 120, sosteniendo la improcedencia del recurso de inaplicabilidad pues el estado ruinoso en que se encontraría el edificio se debería a la absoluta negligencia, abandono y falta de cuidado de la propietaria; por lo que la necesidad de repararlo y conservarlo se debería a su propio dolo; agrega que si bien el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho de propiedad, el derecho a usar y disponer de ella está sujeto a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; y precisamente esta función social es la que tiene aplicación en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288.*

---

\* Causa conocida como “ caso Palacio Pereira”, en la que se perseguía la inaplicabilidad por inconstitucional de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 en las causas Rol N° 961/ 2001 y N° 3761/ 2001 del 7° Juzgado Civil de Santiago.

## C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO: *Que la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 24, asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales; y en su inciso segundo establece que sólo la ley puede determinar el modo de adquirirla, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social;*

SEGUNDO: *Que, por otra parte, en este inciso segundo del N° 24 del artículo 19, la Constitución explica cuál es el alcance de la función social de la propiedad, y dice textualmente: Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;*

TERCERO: *Que la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, define los monumentos históricos en su artículo 9, de la siguiente manera: Son Monumentos Históricos los lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud o previo acuerdo del Consejo;*

CUARTO: *Que, además, el artículo 11 de la Ley 17.288, dispone que los Monumentos Históricos quedan bajo el control y la supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales y todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos, estará sujeto a su autorización previa. Los objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico no podrán ser removidos sin autorización del Consejo, el cual indicará la forma en que se debe proceder en cada caso; y el artículo 12 de la misma ley establece, en su inciso 1°, que Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas;*

QUINTO: *Que en la especie, debe determinarse si las disposiciones citadas en el motivo anterior están comprendidas en las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;*

SEXTO: *Que sobre el particular don Enrique Evans de la Cuadra, en su obra Los Derechos Constitucionales, tomo II, opina:« Ahora bien, la Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Ello sólo procede cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de ahorrantes, de afiliados previsionales, u otros, son muy valiosos y podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la*

*función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional. Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio. No puede transformarse el concepto de intereses generales de la Nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. Los intereses generales de la Nación expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden. Verificar la concurrencia de los elementos que hacen inobjetable una vinculación con los intereses generales de la Nación, implica apreciar, primero por el legislador y luego por los tribunales encargados de asegurar la supremacía constitucional, si existe una exigencia real y actual de la subsistencia, del desarrollo integral o del progreso de la Nación entera o un requerimiento de soberanía en lo económico, social o cultural. Para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil, como lo que señalamos al nombrar algunos bienes jurídicos no comprendidos en la concepción de intereses generales de la Nación, el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con limitaciones u obligaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes sólo por vía muy excepcional»;*

*SÉPTIMO: Que la Comisión Constituyente, en su sesión n° 157, para evitar el riesgo de que la amplitud de las limitaciones hiciera desaparecer los atributos del dominio, hizo referencia a que era indispensable establecer en la Constitución una mención a la esencia del derecho. Así, el señor Ovalle expresó: « La privación consiste en que una de las facultades que son de la esencia del derecho de propiedad no la ejerce su titular. Por lo tanto, afecta a la esencia del derecho cuando se dispone que otro use o goce por el dueño o que disponga por el dueño, porque se afecta un atributo esencial del derecho». Y agrega: « Desde el momento en que el legislador entrega a otro la facultad de ejercer los atributos de la propiedad por su dueño, lo está privando del derecho o de factores esenciales del mismo, lo cual hace ilusorio el derecho»;*

*OCTAVO: Que, en primer término, debe consignarse que la calidad de Monumento Histórico de un inmueble particular, que supone un interés público cultural en determinado momento, puede quedar comprendido en la causal de limitación del dominio establecida en el n° 24 del artículo 19 de la Constitución denominada interés general de la nación, pero los artículos 11 y 12 de la ley 17.288 vulneran la garantía del artículo 19 n° 24 de la Constitución, al privar al dueño del inmueble de los atributos que le son propios;*

*NOVENO: Que, en efecto, de las normas legales referidas en el fundamento cuarto aparece que restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado Monumento Histórico desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le*

*impide además su destrucción. Igualmente, la norma del artículo 12 precitado entrega al Consejo de Monumentos Nacionales la facultad para determinar las normas a que debe sujetarse cualquier obra, ya sea de conservación, reparación o transformación de todo inmueble monumental, lo que en realidad se traduce en una privación de los atributos de uso, goce y disposición;*

*DÉCIMO: Que hace aún más patente la inconstitucionalidad de las disposiciones reclamadas, si ellas se comparan con las preexistentes en la legislación anterior a la ley 17.288, esto es, las normas del Decreto Ley 651, de 1925, dictado bajo el imperio de la Constitución Política de la República de ese año, que garantizaba en su artículo 10 N° 10 la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. En efecto, dicha legislación establecía en su artículo 8°, al tratar de los monumentos históricos, que cuando así se declarase uno como tal, quedará sujeto, en su conservación, reparación y vigilancia, al Consejo de Monumentos Nacionales, lo que se relaciona con las facultades del referido Consejo que, en el artículo 5° de dicha normativa, establecía que son atribuciones y deberes de él: 2° Indicar al Gobierno los trabajos de restauración, reparación y conservación que sea necesario ejecutar en los monumentos históricos, presentar el presupuesto de su costo, dirigir estos trabajos y fiscalizar la inversión de los fondos que para ellos se les concedan, lo que demuestra que para el legislador de 1925 resultaba evidente que al propietario del inmueble no se le podía agregar la carga de la restauración, reparación y conservación de un monumento histórico, responsabilidad que tenía que ser asumida por el Estado, pues de lo contrario ello atentaba contra el derecho de propiedad del dueño que ya tenía severas limitaciones por el solo hecho de ser declarado Monumento Histórico un inmueble de su dominio;*

*UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, siendo contrarios al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política los preceptos denunciados, procede dar lugar al recurso de inaplicabilidad deducido, siendo innecesario pronunciarse sobre los demás preceptos constitucionales que el recurso dice infringidos;*

*DUODÉCIMO: Que, en atención a lo razonado, este tribunal no comparte la opinión de la señora Fiscal Judicial en orden a desestimar el recurso en estudio. Y, Visto además lo dispuesto en los Artículos 19 N° 24 y 80 de la Constitución Política de la República; artículo 96 N°1 del Código Orgánico de Tribunales; artículos 11 y 12 de la Ley 17.288; y Auto acordado de la Excm. Corte Suprema de 22 de marzo de 1932, se resuelve:*

*HA LUGAR AL RECURSO DE INAPLICABILIDAD deducido en lo principal de fojas 7 por la Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda. y, por consiguiente, se declaran inaplicables, por inconstitucionales, los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 en las causas rol N°961-2001 del Undécimo Juzgado Civil de Santiago, caratulados Fisco de Chile con Inmobiliaria Maullín Ltda. y rol N° 3761-2001 del Séptimo Juzgado Civil de Santiago, caratulados Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile.*

*Acordada contra el voto del Presidente señor Libedinsky y de los Ministros señores Chaigneau, Marín y señorita Morales quienes fueron de parecer de rechazar el recurso de inaplicabilidad de acuerdo con los siguientes razonamientos: 1°.- Que si bien el recurso de inaplicabilidad previsto en el artículo 80 de la Constitución Política de la República requiere que exista una gestión pendiente que se siga ante otro tribunal o en la misma Corte, en la que pueda tener efectos el resultado del recurso, éste es, en estricto rigor, autónomo respecto del juicio en que se plantea; 2°.- Que dicho*

*recurso debe referirse necesariamente a una cuestión de derecho preexistente al juicio, en la que él debe centrarse exclusivamente y que consiste en definir si entre uno o más preceptos de la Carta Política vigente y ciertas normas legales ordinarias aplicables en ese pleito hay contradicción, en términos tales que ambas no puedan coexistir, por contraponerse si se hacen efectivas en una situación determinada; 3°.- Que, en estas circunstancias, al fallar el presente recurso de inaplicabilidad, corresponde sólo establecer si las normas contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288 pugnan definitiva y absolutamente con las garantías que aseguran los números 20 y 24 del artículo 19 de la Carta Política; 4°.- Que, en síntesis, la primera de esas disposiciones legales somete a los Monumentos Históricos al control y vigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales, estableciendo que todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos estará sujeto a su autorización previa y la segunda previene, a su vez, que si el Monumento Histórico fuese un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente y no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin obtener previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas; 5°.- Que las normas descritas no violentan la garantía de la igual repartición de las demás cargas públicas, que reconoce a todas las personas la parte final del inciso primero del N° 20 del artículo 19 de la Constitución Política, en la medida que la declaración de un inmueble como Monumento Histórico en la forma regulada en el artículo 9° de la citada ley N° 17.288 necesariamente debe afectar a ese preciso bien, de suerte que los efectos de esa declaración, estimados como un carga pública, no podrían repartirse entre personas ajenas a su dueño, tal como igualmente ocurre, verbi gratia, con las medidas que adopte o los trabajos que ejecute el Servicio Agrícola y Ganadero en el control obligatorio de una plaga a que se refieren los artículos 7° y 8° del decreto ley N°3557, de 1980 y que, por su naturaleza, alcanzan sólo a los propietarios, arrendadores o tenedores de los predios ubicados en la zona afectada y que pueden impetrar la indemnización de los perjuicios que experimenten; 6°.- Que, a su turno, los preceptos mencionados de la ley N° 17.288, tampoco desconocen las garantías que el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental concede al derecho de propiedad, desde el instante que en la función social de la propiedad y que permite a la ley imponer limitaciones y obligaciones al modo de usar, gozar y disponer de ella, se comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, al tenor de lo que prescribe el inciso segundo de dicha disposición constitucional, de modo que la declaración de un inmueble como Monumento Histórico no puede sino basarse en el interés general de la Nación de conservarlo como tal, en términos que las limitaciones que autorizan las normas impugnadas por el recurso de autos deben estimarse incluidas entre las restricciones que pueden derivar de la función social de la propiedad que sanciona el constituyente; 7°.- Que, siempre en el mismo sentido, debe recordarse que el inciso segundo del artículo N° 24 de la Constitución Política de la República, en lo pertinente, prescribe que: Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Por lo tanto, no es dable sostener que se produzca la contradicción pretendida por el recurrente, entre el citado artículo 19 N° 24 y las normas legales que cuestiona en su libelo, como quiera que, según se ha visto, el precepto constitucional se remite a la ley no sólo para el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad sino que, también, para la regulación de su uso, goce y disposición; 8°.- Que, en otro orden de ideas, resulta igualmente oportuno anotar que entre los deberes que la Carta Política asigna al Estado está el de fomentar la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación, según lo dice el inciso quinto del N° 10 de su artículo 19, objetivo al que se orientan las disposiciones de la Ley N° 17.288 que versan, entre otras materias relacionadas con esos intereses nacionales, sobre la protección y conservación de los bienes que pasan a ser monumentos históricos; y 9°.- Que, de acuerdo con lo expuesto, en concepto de quienes disienten,*

*los asuntos específicamente controvertidos en los juicios en que se ha formulado la presente solicitud de inaplicabilidad, no pueden ni deben ser objeto de pronunciamiento alguno en el presente recurso que conduzca a influir en su resultado, porque el conocimiento y decisión de esas cuestiones, en todo caso, son de competencia exclusiva de los tribunales ante los cuales se entablaron las respectivas acciones.*

*Regístrese, agréguese copia autorizada de esta resolución a los procesos traídos a la vista y, hecho, devuélvaselos a sus tribunales de origen.*

*Redacción del Ministro señor Espejo y de la disidencia, del Ministro señor Marín y de la Ministra señorita Morales. N°4309-2002.*

## 2. COMENTARIOS SOBRE EL FALLO.

PAOLA GONZÁLEZ CARVAJAL<sup>1</sup>

### a.- Introducción

A continuación se analizará el fallo de la Excelentísima Corte Suprema, recaído en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N°4.309 del año 2002, en contra de las disposiciones contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales interpuesto por la Inmobiliaria Maullín Limitada, respecto del inmueble denominado Palacio Pereira, ubicado en calle Huérfanos 1515 de la Comuna de Santiago, declarado Monumento Histórico. Los recurrentes requirieron que se declare la derogación tácita de aquellas disposiciones legales, fundamentando el recurso en las restricciones a su derecho de dominio impuestas por las normas mencionadas, señalando que los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 serían inconstitucionales y habrían sido derogados tácitamente por la Constitución de 1980. El Fisco, por su parte, sostuvo la improcedencia del recurso de inaplicabilidad pues, a su juicio, el estado ruinoso en que se encontraría el edificio se debería a la absoluta negligencia, abandono y falta de cuidado de la propietaria, por lo que la necesidad de repararlo y conservarlo se debería a su propio dolo. Agrega que, si bien el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho de propiedad, el derecho a usar y disponer de ella está sujeto a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social y, precisamente, esta función social es la que tiene aplicación en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288. Conociendo el recurso, la Corte Suprema precisa que, en la especie, debe determinarse si las disposiciones citadas están comprendidas en las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. De este modo, con fecha 18 de junio de 2004, concluye que los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 serían contrarios al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política y da lugar al recurso de inaplicabilidad deducido, por consiguiente, declara inaplicables, por inconstitucionales,

---

<sup>1</sup> Arqueóloga-Abogada, Estudio Jurídico "Oyarzún & Ugarte", Consejera del Consejo de Monumentos Nacionales.

los referidos artículos de la Ley 17.288 en las causas rol N°961-2001 del Undécimo Juzgado Civil de Santiago, caratulados Fisco de Chile con Inmobiliaria Maullín Ltda. y rol N° 3761-2001 del Séptimo Juzgado Civil de Santiago, caratulados Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile.

Consideramos de la mayor gravedad el fallo recién descrito cuyos alcances y consecuencias pueden perjudicar grandemente el patrimonio cultural histórico de Chile, afectando con ello también la herencia cultural de las generaciones futuras. Es por ello que urge un análisis profundo de sus argumentos así como de su tesis central relativa a que la protección del patrimonio cultural de nuestro país no forma parte de los “intereses generales de la Nación”. Comprobaremos que esta tesis no ha sido uniformemente aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema y pugna ostensiblemente con instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile, que cuentan con rango constitucional, de acuerdo a la modificación constitucional del año 1989 (artículo 5, inciso 2° de la Constitución Política de la República), así como con prescripciones específicas contenidas en Recomendaciones de UNESCO, que debiesen ser consideradas seriamente por los Estados miembros de la ONU. Esperamos que el presente trabajo aporte a la discusión de un tema de gran relevancia para la protección efectiva de nuestro patrimonio cultural, así como a la detección de áreas en que la actual legislación sobre monumentos nacionales vigente puede ser mejorada.

#### b.- Definición de Monumento Histórico

Según lo establece el artículo 9 de la Ley N°17.288 son Monumentos Históricos “*los lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo*”<sup>2</sup>. De esta disposición se desprende que pueden ser monumentos históricos tanto los bienes muebles como inmuebles. Los inmuebles incluyen tanto sitios eriazos como construcciones o ruinas. En segundo término, es irrelevante quién sea el propietario de la cosa, la norma sólo exige que sea un bien susceptible de apropiación humana.

Por otra parte, el elemento esencial de un monumento histórico radica en la calidad de la cosa misma, el interés histórico o artístico a ella incorporado por personajes o sucesos acaecidos y la antigüedad del bien. Debemos precisar, eso sí, que no todo bien histórico es Monumento, dado que para revestir esa calidad requiere ser declarado como tal, de acuerdo al procedimiento señalado por la Ley N°17.288, en el cual participa el Consejo de Monumentos Nacionales y que finaliza con la dictación de un decreto supremo.

Es importante señalar que el concepto de importancia *histórica* requerido para la declaración de Monumento Histórico tiene un sentido amplio, abarcando la historia militar, civil, religiosa, constitucional, artística, literaria, científica, arquitectónica y económica del país. De acuerdo a lo señalado por el artículo 11 de la Ley N°17.288 “*los Monumentos Históricos quedan bajo el control y la supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales y todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos, estará sujeto a su autorización previa. Los objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico no podrán ser removidos sin autorización*”

<sup>2</sup> Este artículo hace referencia al Consejo de Monumentos Nacionales, órgano técnico que está encargado de la declaración de monumentos en nuestro país.

*del Consejo, el cual indicará la forma en que se debe proceder en cada caso.*” En tanto, el artículo 12 inciso 1° señala: “*Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas*”.

Pues bien, con el objeto de aportar mayores antecedentes al tema que nos ocupa, esto es, el análisis del fallo de la Corte Suprema de fecha 18 de junio de 2004, que declara inconstitucionales los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, en la causa relativa al Palacio Pereira, a continuación se comentarán dos casos relativos a conflictos surgidos por la declaración de monumentos históricos y las restricciones impuestas al propietario del inmueble, quedando de manifiesto que nuestra jurisprudencia no ha sido uniforme al abordar esta materia.

### c.- Conflictos legales suscitados por la declaración de Monumento Histórico y la aplicación de restricciones administrativas sobre tales inmuebles

La aplicación de los mencionados artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 ha ocasionado bastante discusión jurisprudencial y doctrinaria. Específicamente, la declaración de monumento histórico de los inmuebles de la Bolsa de Comercio de Santiago y de la ex-Casa Rivas o Ferretería Montero, respectivamente, dieron origen a sendos recursos de protección por parte de los propietarios de dichos inmuebles, quienes consideraron gravemente afectado su derecho de propiedad, al punto de comprometer, a su juicio, atributos esenciales del dominio, al hacerse efectivas las restricciones administrativas, ya mencionadas, por parte del Consejo de Monumentos Nacionales.

En efecto, la declaración de Monumento Histórico del inmueble de la Bolsa de Comercio de Santiago, mediante el D.S. N°3705 del Ministerio de Educación, motivó la interposición de un recurso de protección que sostenía que las disposiciones de la Ley N°17.288 estaban en contradicción con el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República (CPR). Afirmando al respecto, que no se habría pagado ninguna indemnización por expropiación, por cuanto la Ley N°17.288 sería inconstitucional, específicamente los artículos 1, 9, 11, 12 y 15 de la citada Ley.

La Corte de Apelaciones no dio lugar al recurso y la Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia, concluyendo que la actual Constitución no ha derogado tácitamente precepto legal alguno de la Ley 17.288 por lo que no puede tacharse de ilegal ni arbitrario el Decreto N°3705 del Ministerio de Educación. En cuanto a los artículos de la Ley 17.288 considerados como inconstitucionales por la recurrente, la Corte estimó que los poderes que estos preceptos otorgan a la autoridad, y las limitaciones y obligaciones que imponen al propietario, no importan en manera alguna una privación de los atributos y facultades esenciales del dominio, sobre todo si no se despoja al dueño de su uso, goce y disposición. Sólo se legisla acerca ***del modo de ejercer dichas facultades, pudiendo el propietario habitar, ocupar o emplear el inmueble para fines sociales o propios de su giro social***, como ocurre precisamente con la Bolsa de Comercio de Santiago. El tribunal funda el artículo 12 en la función social del dominio, concretamente en el interés general de la Nación por proteger el patrimonio cultural. Con respecto al artículo 15, la Corte consideró que no se priva al dueño de la facultad de disponer de su propiedad, ya que sólo se regula su ejercicio, se lo sujeta a un procedimiento para hacer uso de dicha entidad. La Corte Suprema, luego de fallar la



apelación con los argumentos antedichos, **rechazó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad** interpuesto por la Bolsa de Comercio de Santiago.

En cuanto a la contienda jurídica suscitada por la declaración de monumento histórico del inmueble situado en Avenida Liberador Bernardo O'Higgins, conocido como ex-Casa Rivas o Ferretería Montero, la situación es un tanto más compleja. Luego de ser declarado monumento histórico el inmueble en cuestión sufrió graves daños producto del terremoto de 1985, razón por la cual su propietario (el banco BHIF) solicitó a la Municipalidad de Santiago la autorización para demolerlo. Esta solicitud fue denegada por la oposición del Consejo de Monumentos Nacionales, quien sostuvo que los daños sufridos por el inmueble debían ser reparados por su propietario.

El Intendente de Santiago y el Alcalde solicitaron al Consejo de Monumentos Nacionales que accediera a la desafectación del inmueble, persistiendo el Consejo en su posición original. El Presidente de la República de ese entonces prescindió de la opinión del Consejo y dictó el Decreto Supremo N°332 de 1988, por el que derogó el que le dio el carácter de monumento histórico al inmueble en referencia. La Contraloría General de la República no tomó razón de este Decreto por estimar que conforme a lo prevenido en la Ley 17.288, en particular en su artículo 12, para disponer de una medida de tal naturaleza era necesario el acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales.

Así las cosas, el Director de Obras Municipales expidió la Resolución N° 2715 de 1989, que ordenaba al BHIF proceder a la reparación total del inmueble en el plazo de 30 días. El banco BHIF, en tanto, recurrió de protección en contra de esta Resolución por estimar que constituía un acto arbitrario e ilegal, que atentaba contra los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 N°2 inciso 2°, N°21, N°22 y N°24 de la CPR y 19 N°26 del mismo texto. El Director de Obras Municipales de Santiago señaló por su parte que obró de acuerdo al artículo 158 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que le autoriza para ordenar la demolición o reparación, en su caso, de los edificios ruinosos. Y, en la especie, únicamente pudo optar por la reparación, dada la manifiesta oposición del Consejo de Monumentos Nacionales a la demolición del inmueble.

El fallo del recurso señaló que el Director de Obras Municipales actuó dentro del marco de la ley, por lo que no sería ilegal su acto. Sin embargo, estimó la Corte que la Resolución N°2715 debe estimarse arbitraria e irracional porque el superior jerárquico del Director de Obras habría manifestado en la Resolución N°433 de 1988 que la recuperación del edificio era prácticamente imposible.

En cuanto a la posible violación del artículo 19 N°24 que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, **la sentencia rechaza que la Resolución recurrida haya privado o perturbado el derecho de dominio, pero sí estima que es un acto antijurídico que amenaza las facultades que el artículo 582 del Código Civil reconoce a este derecho.** Por cuanto *“impone una carga patrimonial-reparación total del inmueble-, conmina al propietario a efectuar las obras en breve lapso y le anuncia el mal o perjuicio que debe sufrir en caso de omisión...” “... Todo lo anterior conforma el peligro inminente de daño y afecta al goce, meramente conservatorio de la cosa que se compele a restaurar, con lo que queda de manifiesto el quebrantamiento del orden jurídico por causa del acto arbitrario”.*

El banco BHIF logró por la interposición del recurso que no se le agravara con la reparación del edificio, pero el fallo no se pronunció sobre su desafectación, ya que tal decisión era de la órbita de acción del Consejo de Monumentos Nacionales.

El análisis posterior de este fallo por la constitucionalista Luz Bulnes<sup>3</sup> inicia una interesante discusión sobre la verdadera naturaleza de las restricciones administrativas a que quedan sometidos los inmuebles declarados monumentos históricos. La autora mencionada señala al respecto que *“en la especie es evidente que al propietario no sólo se le ha limitado su dominio sino que también se le ha privado de atributos esenciales de él. En la práctica el Consejo de Monumentos Nacionales viene a decidir sobre el goce y disposición de los Monumentos Históricos, por lo que la amplitud de sus atribuciones afecta el derecho de propiedad del dueño del inmueble privándole de sus atributos esenciales, efecto que sólo puede producirse a través de una expropiación de estos atributos y no por la vía de entender que se trata sólo de una limitación del dominio”*. La autora sostiene que el Consejo de Monumentos Nacionales, por la vía de exigir una reparación del inmueble, en la práctica imposible de realizar, privó a los dueños del inmueble de la facultad de disposición, sin haber pagado ninguna indemnización por expropiación.

En opinión de la autora mencionada, la Ley 17.288 sería inconstitucional porque permite la declaración de Monumento Histórico, sin que se oiga a quien va a ser afectado con esta declaración, *“lo que significa en último término establecer una categoría especial de propietarios que sufren cargas patrimoniales sin que se les ponga en conocimiento la declaración del Consejo y sin que puedan oponerse o interponer recurso alguno contra esta declaración”*. Agrega también que la mencionada ley sería contraria al Artículo 19 N°3 de la CPR que establece la igual protección en el ejercicio de los derechos y que se violentaría también el artículo 19 N°2 de la CPR que prohíbe a la ley, y a la autoridad administrativa, establecer discriminaciones arbitrarias.

Nos hemos extendido latamente en estos casos de declaración de monumentos históricos recién expuestos dado que consideramos de gran interés ir comprendiendo el funcionamiento de las disposiciones legales relativas a la protección de monumentos nacionales en la práctica, de modo de identificar sus falencias o puntos conflictivos. No compartimos las apreciaciones de Luz Bulnes. Nos parece que detrás de cada interpretación existen también sesgos producto de las opciones ideológicas del intérprete. En este caso en particular, en las afirmaciones de Luz Bulnes queda de manifiesto que la importancia dada a la protección del derecho de propiedad individual excede con mucho la valoración del patrimonio cultural y la función social que debe cumplir la propiedad. Coincidimos en que debiera existir una mayor participación del propietario en el proceso de declaración de monumento histórico, y que tal declaración debiera conllevar algún tipo de beneficio al particular, por ejemplo, algún tipo de franquicia tributaria, y no únicamente limitaciones al dominio, como ocurre en la actualidad. No obstante, la autora en comentario olvida el bien jurídico protegido por la declaración de monumento histórico, esto es, el patrimonio cultural de la Nación.

Del examen de esta materia en Derecho Comparado, resulta de interés la experiencia de Ecuador. En efecto, aunque en Ecuador la intervención legislativa en esta materia es comparativamente reciente, sus autoridades han sido especialmente activas en desarrollar una detallada estructura legislativa de protección del patrimonio cultural de su país. En 1979 se dictó la “Ley de Conservación del Patrimonio Cultural”, ley que instauró la Dirección del Patrimonio Cultural de la Nación como un organismo dependiente del Ministerio de Educación. De acuerdo a lo señalado por Del Campo y Santibáñez<sup>4</sup>, esta Dirección actúa en colaboración con la Presidencia de la República, con la Municipalidad de Quito y con la

<sup>3</sup> Bulnes, LUZ *“Análisis de un fallo y su relación con la Ley 17.288 (Monumentos Nacionales)”* Revista de Derecho Público N°49, Santiago, 1991, p. 31.

<sup>4</sup> Del Campo y A. Santibáñez, *“Monumentos Nacionales. Legislación y análisis crítico”*. Memoria de Prueba. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 1993, Pp. 148.

Casa de la Cultura Ecuatoriana. Actualmente, el rol que cumplen los municipios es fundamental, ya que cada Municipalidad elabora su propio plan de desarrollo urbano, dirigido a la conservación y restauración de monumentos coloniales. Si los monumentos se encuentran en manos de particulares, el Estado les otorga franquicias tributarias consistentes en exenciones del 70% al 80% del impuesto territorial, siempre que las obras de conservación y restauración de los mismos lo ameriten.

#### d .- Caso Palacio Pereira.

El fallo de la Corte Suprema, causa Rol 4309 (2002) de fecha 18 de junio de 2004, que acoge el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, interpuesto por los propietarios del Palacio Pereira, trae nuevamente al tapete esta antigua discusión relativa al alcance del derecho de propiedad respecto a las restricciones administrativas tendientes a proteger el patrimonio cultural de nuestro país. Como se dijo en párrafos precedentes, la jurisprudencia ha sido vacilante y contradictoria, y en el caso que nos ocupa ha sentado un grave precedente que podría causar un gran daño al patrimonio histórico de Chile.

El fallo referido destaca en su Considerando Sexto las opiniones vertidas por don Enrique Evans de la Cuadra, en su obra *“Los Derechos Constitucionales”*, tomo II, indicando que la Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Aquellas sólo procederían cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Los sentenciadores enfatizan que todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de ahorrantes, de afiliados previsionales u otros, son muy valiosos y podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional.

Profundizando en esa línea argumental, el fallo en comento sostiene erróneamente que el patrimonio cultural histórico, expresado en los Monumentos Históricos amparados por la Ley 17.288, no forman parte de los “intereses generales de la Nación”, restringiendo injustificadamente este concepto. A este respecto el fallo expresa lo siguiente:

“Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, el derecho de uso, el de goce, el de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio. No puede transformarse el concepto de intereses generales de la Nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad.

**Los intereses generales de la Nación expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden.”**

Y agrega:

“Verificar la concurrencia de los elementos que hacen inobjetable una vinculación con los intereses generales de la Nación, implica apreciar, primero por el legislador y luego por los tribunales encargados de asegurar la supremacía constitucional, **si existe una exigencia real y actual de la subsistencia, del desarrollo integral o del progreso de la Nación entera o un requerimiento de soberanía en lo económico, social o cultural”.**

Concluye el fallo que para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil y que no formen parte de los “intereses generales de la Nación”, entre los cuales incluyen los vinculados a la protección del patrimonio cultural de la Nación, el legislador podrá adoptar otras medidas, y agrega: “*pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con limitaciones u obligaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes sólo por vía muy excepcional*”. En el Considerando Séptimo, en tanto, se hace mención a que la Comisión Constituyente, en su sesión N° 157, para evitar el riesgo de que la amplitud de las limitaciones al derecho de propiedad hiciera desaparecer los atributos del dominio, se consideró indispensable establecer en la Constitución una mención a la esencia del derecho. Así, el señor Ovalle expresó que “*la privación consiste en que una de las facultades que son de la esencia del derecho de propiedad no la ejerce su titular*”. Siguiendo este razonamiento, el fallo en comento sostiene que las restricciones impuestas al propietario de un monumento histórico afectan a la esencia del derecho, dado que disponen que otro use o goce por el dueño o que disponga por el dueño, lo cual hace ilusorio el derecho.

Asimismo, los sentenciadores razonan en el Considerando Octavo y Noveno, que los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado Monumento Histórico desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide además su destrucción, vulnerando con ello la garantía del artículo 19 n° 24 de la Constitución, al privar al dueño del inmueble de los atributos que le son propios. Al artículo 12, en tanto, se le cuestiona por entregar al Consejo de Monumentos Nacionales la facultad para determinar las normas a que debe sujetarse cualquier obra, ya sea de conservación, reparación o transformación de todo inmueble monumental, lo que, a juicio de los sentenciadores, se traduciría en una privación de los atributos de uso, goce y disposición. Finalmente, los sentenciadores destacan como una prueba más de la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, el tenor de las normas preexistentes a la actual Ley de Monumentos Nacionales, esto es, el Decreto Ley 651, de 1925, legislación que establecía, en su artículo 8, que la carga de restauración, reparación y conservación de un monumento histórico era de responsabilidad del Estado.

Pues bien, discrepamos completamente con el razonamiento de los jueces de la Corte Suprema que declararon la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 esgrimiendo que el bien jurídico protegido por estas disposiciones **no está incluido en los “intereses generales de la Nación”**, por cuanto no es posible que en atención a este bien jurídico

se restrinja el derecho de propiedad del propietario de un Monumento Histórico. En efecto, la acción de tutela del Estado sobre los monumentos se justifica por ser éstos obras irreproducibles que integran el patrimonio histórico y cultural de una Nación. La desaparición o destrucción de un monumento produce *“el empobrecimiento o menoscabo de una nación en su aspecto espiritual, como también en el cultural y económico, y, además socava el acervo cultural y los sentimientos del pueblo”*<sup>5</sup>.

El patrimonio cultural, expresado en sus monumentos nacionales, contribuye a construir una nación porque une en torno a valores y símbolos compartidos. La tarea de proteger el bien común patrimonial compromete a todos los miembros de un país y al mismo tiempo les enriquece y mejora su calidad de vida. La identidad de un pueblo debe enraizarse en el legado de sus antepasados, de lo contrario se condena a padecer una suerte de amnesia y disociación que atentará siempre contra su desarrollo en el futuro. Coincidimos con las ideas vertidas por Marta Cruz-Coke<sup>6</sup> quien señala que *“la tarea del patrimonio nos exige escuchar el pasado en lugar de olvidarlo. Escuchar, prestar atención a ese pasado que de mil formas nos rodea, que ha ido moldeando nuestro ser. Escuchar a ese pasado compartido, comunitario, donde aprendemos a saber quiénes somos, para qué estamos, hacia dónde vamos”*.

Ahora bien, el bien jurídico protegido por la Ley N° 17.288 comprende a los *monumentos nacionales*. Los que pueden ser definidos como *“bienes materiales que por su interés histórico, científico, artístico y en general, cultural, que ellos tienen, han sido sometidos -mediante un procedimiento establecido o por el solo ministerio de la ley- a la protección y tuición del Estado con el objeto de que sean conservados debidamente, imponiendo por tal motivo, a sus propietarios particulares ciertas limitaciones en su derecho de dominio”*.<sup>7</sup> A esta definición puede agregarse que es el Consejo de Monumentos Nacionales el organismo estatal encargado de hacer efectiva la protección y tutela estatal sobre dichos monumentos.

Es por ello que nos resulta completamente incomprensible que los sentenciadores concluyeran que el patrimonio histórico de nuestro país, expresado en sus Monumentos Históricos, no represente *“una exigencia real y actual de la subsistencia, del desarrollo integral o del progreso de la Nación entera o un requerimiento de soberanía en lo económico, social o cultural”*.

## e.- Regulación de la protección del Patrimonio Cultural Histórico en Convenios ratificados y vigentes en Chile e Instrumentos Internacionales

Se debe tener presente también, a este respecto, la existencia de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile los cuales han sido elevados a rango constitucional, de acuerdo al artículo 5 de la Constitución Política. Según C. Pinochet<sup>8</sup> al efectuar esta modificación la intención del constituyente fue *“elevar a rango constitucional*

<sup>5</sup> Revetria, Mafalda. Op. Cit. p.86.

<sup>6</sup> Cruz-Coke, Marta. “Discurso de la Directora de la DIBAM al ser instituido el Día del Patrimonio Cultural de Chile”. En: “Patrimonio Cultural. Revista de la DIBAM”, Año IV N°14, Santiago, mayo 1999. Página 22.

<sup>7</sup> Revetria, Mafalda. Op. Cit. p. 91.

<sup>8</sup> Pinochet, César: “Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”. En: “La Reforma Constitucional de 1989. Estudio Crítico”, Cuaderno de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N°13, Santiago, Chile, p. 7.

*las normas internacionales ratificadas o que puedan ser ratificadas por Chile en materia de derechos humanos y que los órganos del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial- deberán promoverlos, y lo que es más importante, respetarlos en la perspectiva de su nuevo estatus jurídico”.*

Pues bien, entre estos tratados, elevados a rango constitucional por la reforma de 1989, se encuentra la “Convención sobre protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”, de la UNESCO (París, 1972). Este Convenio protege al patrimonio cultural en sentido genérico y obliga al Estado de Chile y a sus órganos al pleno respeto y resguardo de estos bienes. La Convención señala que las obligaciones de los Estados partes consisten en identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

Los derechos culturales deben ser entendidos dentro del complejo marco de los derechos humanos, tanto económico-sociales como civiles y políticos, con las relaciones y dependencias que existen entre unos y otros. Existe una estrecha vinculación entre los derechos culturales y el derecho a la libertad individual, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la educación, etc. El Convenio mencionado versa sobre intereses culturales que han de ser considerados como derechos humanos, y los que obviamente forman parte de los “intereses generales de la Nación”. De igual modo, debe tenerse presente también que desde el período posterior a la Segunda Guerra Mundial ha surgido un importante cuerpo de material legal internacional, desarrollado fuera del ámbito de los tratados y costumbres reconocidos por el Derecho Internacional clásico. Ellas comprenden las decisiones de organizaciones internacionales a menudo adoptadas por simple mayoría, o en ciertos casos, por una mayoría especial.

Entre estos instrumentos internacionales destacan las Recomendaciones de la UNESCO, las cuales han sentado importantes principios destinados a resguardar el patrimonio cultural de los Estados miembros. Ellas resumen el conocimiento de connotados expertos y representan un número de principios generalmente aceptados y estandarizados sobre el tema que se está abordando. Ellos son seguidos, a menudo, por los legisladores y estudiosos nacionales, de modo que llegan a ser parte de los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas.

Las Recomendaciones de la UNESCO, lejos de ser ignoradas, constituyen un cuerpo significativo de principios legales y los Estados Miembros de la UNESCO tienen la obligación de considerarlos seriamente, e implementarlos hasta donde sea posible, e informar sobre las medidas que ellos han adoptado en conformidad a dichas Recomendaciones. Entre ellas, resulta de especial relevancia para el tema que nos ocupa, la “*Recomendación sobre la Conservación de los Bienes Culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro*”. Esta Recomendación fue aprobada en París el día 19 de noviembre de 1968. Ella destaca, en su Preámbulo, el hecho de que los monumentos, testimonios y vestigios del pasado prehistórico, protohistórico e histórico, así como muchas construcciones recientes que poseen una importancia artística, histórica o científica, están cada vez más amenazados por los trabajos públicos y privados que resultan del desenvolvimiento de la industria y la urbanización. Por lo que es deber de los gobiernos asegurar la protección y la conservación de la herencia cultural de la humanidad, sin por ello detener su desarrollo social y económico. Dicho en otros términos, es urgente armonizar la conservación de la herencia cultural con las transformaciones que reclama el desarrollo social y económico, por lo que debe existir un esfuerzo para que ambos requerimientos se cumplan.

La Recomendación señala que las disposiciones encaminadas a conservar o salvar los

bienes culturales puestos en peligro por obras públicas o privadas deberían ser preventivas y correctivas, dándose prioridad a las medidas necesarias para la conservación *in situ* de los bienes culturales que corran peligro como consecuencia de obras públicas o privadas, para mantener así la continuidad y las vinculaciones históricas de tales bienes.

f.- Argumentos de los Ministros disidentes en Recurso de Inaplicabilidad Rol N° 4309 (2002)

Volviendo al fallo de la Corte Suprema, los votos disidentes de los ministros Libedinsky, Chaigneau, Marín y Morales, coincidentemente con lo planteado, consideran que las restricciones impuestas por los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288 deben ser entendidas en el marco de la función social de la propiedad. En efecto, ellos sostienen que el fallo del recurso de inaplicabilidad en comento se circunscribe a establecer si las normas contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288 pugnan definitiva y absolutamente con las garantías que aseguran los números 20 y 24 del artículo 19 de la Carta Política. El artículo 11 de la Ley 17.288 somete a los Monumentos Históricos al control y vigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales, estableciendo que todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos estará sujeto a su autorización previa, y el artículo 12 previene, a su vez, que si el Monumento Histórico fuese un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente y no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin obtener previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas.

A juicio de los ministros disidentes las normas descritas no violentan la garantía de la igual repartición de las demás cargas públicas, que reconoce a todas las personas la parte final del inciso primero del N° 20 del artículo 19 de la Constitución Política, en la medida que la declaración de un inmueble como Monumento Histórico en la forma regulada en el artículo 9 de la Ley N° 17.288 necesariamente debe afectar a ese preciso bien, de suerte que los efectos de esa declaración, estimados como una carga pública, no podrían repartirse entre personas ajenas a su dueño.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado por los ministros disidentes, los preceptos mencionados de la Ley N° 17.288, tampoco desconocen las garantías que el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental concede al derecho de propiedad, desde el instante que es la función social de la propiedad la que permite a la ley imponer limitaciones y obligaciones al modo de usar, gozar y disponer de ella. En la función social de la propiedad se comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, de modo que la declaración de un inmueble como Monumento Histórico no puede sino basarse en el interés general de la Nación de conservarlo como tal. Por ello las limitaciones que autorizan las normas impugnadas por el recurso de autos deben estimarse incluidas entre las restricciones que pueden derivar de la función social de la propiedad que sanciona el constituyente. En el mismo sentido, concluyen que debe recordarse que el inciso 2° del artículo N° 24 de la Constitución Política de la República, en lo pertinente, prescribe que: *“sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su*

*función social*". Por lo tanto, no es dable sostener que se produzca la contradicción pretendida por el recurrente, entre el citado artículo 19 N° 24 y las normas legales que cuestiona en su libelo, como quiera que, según se ha visto, el precepto constitucional se remite a la ley no sólo para el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad sino que, también, para la regulación de su uso, goce y disposición. Añaden que, en otro orden de ideas, la Constitución Política asigna al Estado el deber de fomentar la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación, según lo dice el inciso 5° del N° 10 de su artículo 19, objetivo al que se orientan las disposiciones de la Ley N° 17.288 que versan, entre otras materias relacionadas con esos intereses nacionales, sobre la protección y conservación de los bienes que pasan a ser monumentos históricos.

#### g.- Conclusiones

Hemos intentado en el presente trabajo explorar la tesis sostenida por la Corte Suprema en el fallo referido, relativa a que la protección del patrimonio cultural histórico de nuestro país no formaría parte de los "intereses generales de la Nación", con el sentido y alcance que a este concepto da la Constitución Política de la República. Nos parece que tanto la Constitución Política (Artículo 19 N° 10, inciso 5°), así como la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de la UNESCO (París, 1972), elevada a rango constitucional por la modificación establecida por aplicación del artículo 5 de la mencionada Constitución, demuestran lo contrario. En efecto, la protección del Patrimonio Cultural Histórico de Chile sí representa una exigencia real y actual de la subsistencia, del desarrollo integral y del progreso de la Nación entera, así como un requerimiento de soberanía en lo social y cultural. Así lo han entendido también numerosos instrumentos internacionales elaborados por UNESCO y cuya obligatoriedad para los Estados miembros fue abordada precedentemente.

En otro orden de ideas, al contrario de lo estimado por los sentenciadores, nos parece que las restricciones impuestas al propietario de un inmueble declarado monumento histórico, no importan en manera alguna una privación de los atributos y facultades esenciales del dominio, sobre todo si no se despoja al dueño de su uso, goce y disposición. Resulta claro que los artículos cuestionados únicamente abordan el modo de ejercer dichas facultades, estando habilitado el propietario para habitar, ocupar o emplear el inmueble para fines sociales o propios de su giro social. Es decir, las disposiciones cuestionadas no privan al dueño de la facultad de disponer de su propiedad, sólo regulan su ejercicio, estableciendo un procedimiento para hacer uso del inmueble declarado Monumento Histórico.

Ahora bien, esto no quiere decir que la Ley N° 17.288 no pueda ser mejorada en términos de establecer alicientes a los propietarios de un inmueble declarado monumento histórico, a través de franquicias tributarias o mayor participación del Estado en esta materia, designándose al efecto mayores fondos públicos, pero, en ningún caso, las actuales falencias legislativas deben llevarnos a concluir que la protección del patrimonio cultural no forma parte de los intereses generales de la Nación, y excluir a estos propietarios de las limitaciones a su dominio requeridas en atención a la función social de la propiedad.