



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



“DECLARAR MONUMENTO NACIONAL A UN INMUEBLE
¿AFECTA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE
PROPIEDAD?”

NOMBRE: NATHALIA ORELLANA SABUGO

Valparaíso, 13 Abril 2011

TABLA DE CONTENIDOS

	Páginas
Hipótesis.....	3
Introducción.	5
Capítulo I: El derecho de propiedad, ¿queda limitado por la Ley 17.288?.....	7
1. Nociones del concepto de propiedad y sus características.....	7
2. Regulación constitucional del derecho de propiedad.....	10
2.1. Función Social de la Propiedad.....	13
3. Obligaciones impuestas al derecho de propiedad por la Ley 17.288.....	16
3.1. ¿Afectación a las facultades del dominio por la presente ley?.....	17
3.2. ¿Procede indemnización al propietario de un inmueble patrimonial por las limitaciones que impone la Ley 17.288?.....	19
3.3 Fallo que declaró inconstitucionales los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288.....	22
Capítulo II: Observaciones a la Ley 17.288.....	28
1. Regulación de los monumentos nacionales.....	28
2. Observaciones a la Ley 17.288.....	28
2.1 Concepto de patrimonio cultural y monumento nacional.....	29
2.2 Para quién se conserva y qué se conserva.....	32
2.3 Labor de conservación de los monumentos nacionales particulares.....	34
2.4 Rol activo del Estado.....	37

2.4.1 Respecto de los incentivos y mecanismos de compensación propuestos por la Cámara Chilena de la Construcción, son los siguientes.....	38
2.4.2 Declaratoria de monumentos nacionales.....	41
2.4.3 Procedimiento de declaración de monumento nacional.....	43
Conclusiones.....	45
Bibliografía.....	49

HIPÓTESIS

La declaración de monumento nacional fundada en la Ley 17.288 ¿constituye una carga pública grave y anormal para su propietario?

Explicación de la Hipótesis:

En nuestro país existen muchas construcciones que son parte de nuestra cultura histórica, pero que, sin embargo, los dueños de esas propiedades antiguas y valiosas prefieren venderlas antes que conservarlas. La respuesta es simple y clara: todos queremos conservar los edificios, jardines, pueblos y documentos que son reflejo de nuestra historia, pero eso tiene un costo, la mayoría de las veces muy elevado. Precisamente para poder conservar esas propiedades y así verlas perdurar en el tiempo, particulares que ven a diario casas que les parecen grandiosas y que forman parte de su barrio, solicitan su declaratoria como monumento nacional al Consejo de Monumentos Nacionales. No obstante ello, tal declaratoria no ayuda a conservar dichos inmuebles, sino más bien perjudica a los propietarios de los monumentos.

En primer lugar, la sola declaración de monumento nacional no hace que un inmueble sea conservado debidamente, debido a que esa labor corresponde exclusivamente a su dueño, en virtud de lo prescrito por la propia ley que regula esta materia, sin recibir por ello algún subsidio que ayude a los costos de su mantención. Además, dicha normativa obliga a su propietario a no transformarlo, destruirlo o repararlo, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas. Esto constituye una carga económica muy pesada que sólo debe asumir el dueño de dicho inmueble.

Es decir, cada vez que es declarado como monumento nacional un inmueble particular, su dueño siente reducida las facultades de usar, gozar y disponer de dicho bien, sin recibir un beneficio por ello, ya sea: algún tipo de subsidios o compensación. Vale decir, si las obligaciones que establece la Ley de Monumentos Nacionales son limitaciones y obligaciones que generan externalidades positivas para la sociedad, y no se limita a corregir sólo externalidades negativas, debe entenderse como obligaciones y limitaciones de una ley expropiatoria, estableciéndose la correspondiente indemnización o

compensación a su propietario. Si no prescribe lo anterior, la norma debe ser declarada inconstitucional.

Debido a esto surge la siguiente pregunta: ¿la declaración de monumento nacional que se otorga a un inmueble de propiedad particular, constituye un agravio al derecho de propiedad de que gozan las personas consagrado en la Constitución Política de Chile, generando una carga pública, grave y anormal para su dueño que ve mermadas las facultades propias de este derecho y, por tanto, se debe declarar dichos artículos inconstitucionales? o, de lo contrario, ¿son esas limitaciones, que prescriben las disposiciones en cuestión, parte de la función social de la propiedad correspondiendo limitarla en atención a ello?

INTRODUCCIÓN

Existen inmuebles que tienen un valor agregado no sólo para su dueño, sino además, para toda la sociedad, apuntando a aquellos inmuebles que, por poseer un valor histórico y artístico, son declarados monumentos nacionales, en virtud de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales. El objeto de esta normativa es otorgar debida protección al patrimonio cultural de nuestro país. Para lo cual se establece deberes que debe cumplir el dueño de un inmueble patrimonial como: no poder destruirlo, ni transformarlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, salvo que cuente con la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales. Además, es de su cargo la mantención y restauración. Es fundamental que los propietarios cumplan con estas obligaciones, para mantener en buenas condiciones a los monumentos nacionales y, así, sean admirados por todos los que queremos ver reflejados en ellos la historia y tradición de nuestra nación.

Sin embargo, estas obligaciones generan problemas a los propietarios de los inmuebles patrimoniales. Sus dueños más que sentirse beneficiado se sienten perjudicado o, a lo menos, maniatado por la serie de restricciones que el galardón conlleva, generándole verdaderas cargas. Ellos ven, en esta declaración, mermadas las facultades propias de su derecho de propiedad. Deben soportar sólo los gastos que conlleva mantener constante y debidamente sus inmuebles para beneficio, no solo de ellos, sus propietarios, sino, para toda la sociedad. Este es un problema que surge por el rol pasivo que cumple el Estado, en representación de la ciudadanía, por las externalidades positivas que genera en la sociedad declarar un inmueble monumento nacional. Esto explica el sentimiento de desdicha que siente el propietario de un inmueble declarado monumento nacional, por llevarse una gran carga que debe soportar solo, pero un orgullo con la declaración que es compartida por todo. Dicho así, es necesario que sea la sociedad, representada por el Estado, quien asuma los costos de la conservación de los monumentos nacionales, ya que son prácticamente nulos, en materia de apoyo, los subsidios que entrega el Estado.

Lo anterior se explica por la antigüedad de esta ley que data, como fecha de publicación, del año 1970, derogando, así, la regulación que existía hasta entonces contenida en el Decreto Ley N° 651 de 1925. Esta ley se encuentra totalmente desfasada de los requerimientos actuales, no situándose a la altura de las circunstancias.

En los siguientes capítulos se realizará un análisis que consistirá, primero, en determinar si se vulnera las facultades del derecho de propiedad debido a las obligaciones impuesta a los propietarios de monumentos nacionales en virtud de los artículo 11 y 12 de la Ley N° 17.288 y, si correspondería declarar inconstitucional dichos artículos.

En segundo lugar, analizar la ley que regula esta materia, a través de una propuesta elaborada por la Cámara Chilena de la Construcción, en el año 2005. Los temas a tratar se deben a falencias que presenta la ley, como por ejemplo no establecer un concepto de patrimonio cultural, ya que de tener claro qué es el patrimonio cultural, se sabrá qué conservar y se hará de manera debida. También, procede estudiar el rol que cumple y debe cumplir la sociedad en esta materia y, por supuesto, los beneficios y otros mecanismos de compensación que deberían otorgarse a los propietarios de estos inmuebles patrimoniales como forma de reconocer el impacto que ello produce en la sociedad.

CAPÍTULO I:

El derecho de propiedad,

¿Queda limitado por la Ley 17.288?

1. Nociones del concepto de propiedad y sus características.

El concepto de propiedad se encuentra en la ley, específicamente en el Código Civil. Es ella la encargada de dar una definición, mientras que la Constitución sólo la contempla como un derecho que goza de garantía. La propiedad está definida en nuestra legislación, en el artículo 582 del Código Civil, como “el derecho real sobre una cosa corporal para usar, gozar y disponer de ella, arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

Tradicionalmente, la doctrina ha manifestado que éste es el derecho más amplio que tiene una persona sobre una cosa, es decir, el derecho de propiedad se tiene sobre todo aquello susceptible de apreciación pecuniaria ya sean objetos materiales o inmateriales y, como señala el concepto legal, la persona que tenga este derecho puede usarlo a su manera, siempre y cuando no atente a la Ley o derecho ajeno. Esto es muy distinto de lo que ocurre con los demás derechos reales que sólo otorgan poderes limitados sobre la cosa, autorizando sólo un aprovechamiento parcial (Alessandri, 2005: p. 35). Se refieren al dominio como un señorío absoluto que tiene un sujeto sobre una cosa.

La propiedad existe para satisfacer las necesidades humanas de carácter económico. “Reconócese *como poder* para que el individuo obtenga con el ejercicio de esta atribución los medios materiales que le permitan cubrir sus necesidades y desarrollar su vida humana” (Alessandri, 2005: p. 35).

Siguiendo el criterio tradicional, se señala que este derecho tiene tres características: absoluto, exclusivo y perpetuo. Así tenemos;

-Cuando se señala que el derecho de propiedad es *absoluto* se quiere decir que su titular “puede *ejercitar* sobre la cosa *todas las facultades posibles* de ejercer sobre un bien”, además “de tener sobre ella un *poder soberano* para usar, gozar y disponer de la misma” (Revetria, 1977: p. 57).

-Con el carácter *exclusivo* del dominio *su dueño es el único* que puede usar la cosa, así como gozar de ella y disponer libremente de la misma, sin que nadie pueda, sin su consentimiento, también hacerlo, debido a que es el único titular de este derecho.

-el dominio es *perpetuo* en el sentido que se mantiene el derecho de propiedad mientras exista el bien objeto de ese derecho. Una vez destruido o consumando, por supuesto que también se extingue este atributo (Cea Egaña, 2003: p. 542).

Estos atributos esenciales sólo los puede ejecutar válidamente el propietario del bien a través de actos de administración y actos de enajenación, de acuerdo a su interés personal.

De acuerdo al punto de vista tradicional, establecer que “los poderes absolutos del propietarios no tienen límites, es un error” (Novoa, 1989: p. 40). El Código Civil cuando define a la propiedad, señala que ella puede ser usada por su dueño de la manera que él disponga más apropiada, pero con un límite, que no sea contrario a la ley o derecho ajeno. En efecto, el art. 582 dice que este derecho real faculta para gozar y disponer arbitrariamente de la cosa; *no siendo contra ley o contra derecho ajeno*. Esto quiere decir que reconoce el poder soberano del propietario, pero dentro de los límites naturales del dominio: la ley y el derecho ajeno.

Este límite debe ser entendido “como que el propietarios debe evitar toda intromisión suya en el derecho de otro” (Novoa, 1989: p. 40). Lo que se busca es evitar que el derecho de propiedad que tiene un propietario no colisione con el derecho de otro.

Importante es aclarar la diferencia entre límite y limitaciones a la propiedad. El límite no constituye una carga al derecho de propiedad, “no significa una reducción de las amplísimas facultades que él concede. Los límites más importantes a la propiedad se refieren a los inmuebles y se expresan a través de las reglas sobre relaciones de vecindad” (Novoa, 1989: p. 40 y 41). En cambio, las limitaciones al dominio si constituyen

restricciones a sus facultades, pero es en razón de la función social que ella debe cumplir. “Las limitaciones más importantes son aquellas que provienen del derecho público en razón de exigencias que el Estado y la sociedad formulan en medida creciente a los individuos, por la vía de alterar y circunscribir el contenido del derecho de propiedad privada” (Novoa, 1989: p. 57).

Tradicionalmente se contempla al dominio como absoluto e ilimitado. Sin embargo, al ser considerado ya no como derecho del individuo, pasa a convertirse en una función social. Esta evolución en su concepción permite que el dominio sea un derecho con limitaciones en razón de su utilidad social. Las primeras limitaciones al dominio, con el cual fue cambiando el concepto de derecho de propiedad, responde a una exigencia de seguridad y de salubridad públicas las que, recogidas por la ley, permiten a la autoridad imponer al propietario ciertas obligaciones que debe cumplir, con lo cual restringe su propiedad (Novoa, 1989: p. 51).

Por su parte Revetria, señala que “la propiedad ha dejado de ser en la actualidad un derecho privativo del propietario para convertirse en un derecho que debe cumplir una función social” (1977: p. 57).

Por tanto, debe ser considerado el dominio no como derecho absoluto. El jurista francés León Duguit, sostiene que la propiedad no es un derecho, sino una función social. Así, explica él que el propietario, el titular de un derecho de propiedad, tiene, una función social que cumplir y sólo en la medida que cumpla dicha función, sus actos de propietario son protegidos. Pero si no la cumple o la cumple mal, es legítima la intervención de las autoridades con el fin de constreñirlo a cumplir sus funciones sociales de propietario. Entonces, para él el contenido de la propiedad consiste en que el propietario tiene la facultad de emplear los bienes que detenta en la satisfacción de necesidades individuales y, por otro lado, también tiene la facultad de emplear sus bienes en la satisfacción de las necesidades comunes, de la colectividad. Sin embargo, la propiedad no es una función social, pero tiene una función social (1912: p.21).

2. Regulación constitucional del derecho de propiedad.

El derecho de propiedad está consagrado en la Constitución Política de la República, en el artículo 19 que establece los derechos y deberes constitucionales y, entre ellos, el derecho de propiedad en su N° 24.

Nuestra Constitución Política, garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, facultando a la ley para establece el modo de adquirirla y, algo más relevante, señala que la ley es la única que puede regular el modo de usar, de gozar y de disponer de la propiedad. Es decir, sólo la ley puede establecer los mecanismos para adquirir la propiedad. Se le encarga a ella con el objeto de cuidar, de prever que sea ella, y no una autoridad de inferior jerarquía al legislador, quien deba regular esto.

Se reconoce como facultades del dominio las de uso, de goce y de disposición. Entonces, si el uso es la facultad que consiste en servirse de una cosa según su propia naturaleza, la ley puede regular la forma de servirse del objeto de propiedad. También puede regular el modo cómo se perciben los frutos naturales o civiles de la propiedad, que es el contenido de la facultad de goce. Además de regular cómo un particular dispone física o jurídicamente de su propiedad. Un ejemplo de esto sería las obligaciones que establece la Ley 17.288 a los propietarios de inmuebles patrimoniales que consiste en conservarlos debidamente y para ello no destruirlos, no realizar construcción alguna en sus alrededores, sino cuenta con la debida autorización. Esto constituye una regulación legal del modo de disponer físicamente de un bien determinado.

Sin embargo, la misma Constitución autorizó imponer obligaciones y limitaciones al ejercicio de la propiedad, pero en virtud de un mandato general dictado para un número indeterminado de casos. Por consiguiente, no pueden ser objeto de disposiciones particulares ni de resoluciones dictadas por otras autoridades públicas.

La redacción del N° 24 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, se debe a que hoy en día se concibe a los derechos subjetivos ya no como absolutos y en contraposición, a veces, con los derechos de otros o los intereses o el bienestar social, sino, más bien, como derechos relativizados y en armonía con esos otros derechos o intereses y, sobre todo, en armonía con el interés general de la sociedad. Es así como muchas Constituciones Políticas

del mundo, por ejemplo la Constitución alemana, la española y la nuestra, contemplan un derecho de propiedad distinto de aquellos contenidos en los códigos decimonónicos.

Autores como Barnes, distinguen dos tipos de derecho de propiedad: el primero *derecho de propiedad contemporáneo* señalando que es aquel que se encuentra esencialmente limitado para hacerlo coordinar con el interés general, y el segundo, diferenciándolo del anterior, *derecho de propiedad liberal* que es aquel que se caracteriza por ser absoluto y eventualmente limitable *ad externo* por expresas previsiones legales (1988: p. 87). Esto quiere decir que también puede ser limitada la propiedad liberal, pero de manera ocasional y desde afuera, vale decir, sin que esa limitación pertenezca al régimen normal u ordinario de la propiedad, sino considerando que a veces el ejercicio del derecho de propiedad puede perjudicar o impedir el ejercicio de otros derechos, por eso existen en el derecho civil las servidumbres. Esta distinción entre derecho de *propiedad contemporáneo* y *propiedad liberal*, se basa, precisamente, en considerar al derecho de propiedad o dominio no como un derecho absoluto, ilimitado, correspondiendo a las características que tradicionalmente se dan de este derecho, sino, más bien, concordante con el interés general, el interés de toda la sociedad.

El derecho de propiedad contemporáneo es el contemplado por la mayoría de las Constituciones, incluyendo la nuestra. Las Constituciones contemporáneas crean una configuración propia del derecho de propiedad muy distante de la contemplada en los códigos decimonónicos. Hoy en día se elabora un concepto de propiedad que viene a significar una pérdida del señorío del propietario, puesto que ahora y, precisamente, en virtud de la función social que tiene la propiedad, las facultades de goce y disposición del titular (que antes tenía una tutela casi ilimitada) ahora serán amparadas por el ordenamiento jurídico, en la medida que estén en concordancia con ciertos intereses predeterminados por el propio texto constitucional, y que de algún modo son considerados superiores al interés individual del propietario. Siendo estos intereses superiores hacia los que debe estar orientada la propiedad los siguientes: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución Política de Chile).

De acuerdo a esto, nuestro concepto de propiedad contemplado en la Constitución Política de 1980 “refundió el dominio privado protegido pero limitado de 1925 y el dominio que cumple una función social de 1967 [se refiere a la reforma constitucional de ese año que facultó al legislador para imponer a la propiedad limitaciones y obligaciones destinadas a asegurar su función social y hacer el dominio accesible a todos]” (Evans de la Cuadra, 1986: p. 377). Respecto a esto, el profesor Rodríguez González señala que “El gran aporte del constituyente de 1925 fue: *redefinir la frontera que separa los poderes de la autoridad y del dueño sirviendo para delimitar esto el interés público, pero con una nueva dimensión, dando cabida a los intereses generales del Estado*. Su profundo sentido fue reconocer que en el *ejercicio de la propiedad privada está comprometido el interés público* y que *puede ser distinto y ajeno al del propietario y, aun, contrapuesto*, cuando proviene de aspiraciones y urgencias colectivas y que la referencia a los intereses generales del Estado está solamente referida y, por ende, circunscrita a llenar las necesidades de los Poderes Políticos que hacen al Estado. Así la constitución autorizó a la ley a imponer obligaciones y servidumbre al ejercicio de la propiedad privada”.

Esta configuración que tiene la propiedad privada en nuestra Constitución se debe por considerar que ella no tiene sólo un cariz de derecho fundamental de corte individual, sino que se la reconoce, además, para responder a una necesidad económica, vale decir, que la tutela de la propiedad sirve primariamente al sistema económico y sólo secundariamente a los intereses personales de los individuos (Martínez, 1994: p.827.). Sin embargo, esto no significa que la propiedad no sea un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues así está incluida en nuestra Carta Fundamental dentro del capítulo III denominado *De los Derechos y Deberes Constitucionales*. Lo que se expone es para destacar la función que cumple la propiedad dentro del sistema económico que consagra nuestra Constitución y que obedece a un sistema económico social de mercado. En base a esto, la propiedad es considerara como instrumento para el logro de un mayor bienestar. Es decir, los titulares de propiedades privadas tienen una responsabilidad social frente a una economía social de mercado que determina por ley las modalidades de su adquisición y goce, así como también los límites y obligaciones de la misma con el fin de asegurar su función social y hacerla accesible a todos.

2.1. Función Social de la Propiedad

Actualmente es indiscutible que el derecho de propiedad tiene una función social, la cual se la considera absolutamente inherente a ella. Esto se debe a que la propiedad puede ser intervenida por el legislador, para la consecución de objetivos sociales, sin que sea procedente indemnizar al propietario por dichas intervenciones a su derecho. Esta posibilidad de indemnizar queda descartada, por cuanto la intervención sobre la propiedad no es un fenómeno extraordinario, sino que nace de su seno. El problema que genera esto es saber hasta dónde puede llegar el legislador interviniendo el derecho de propiedad en virtud de su función social y sin indemnización. Se señala que todos los derechos fundamentales tienen un contenido esencial y ese sería el límite que debería respetar el legislador cada vez que intervenga en ellos. Es decir, la intervención normal que puede hacer el legislador y a costo del propietario estaría dada por la esencia de este derecho. Si el legislador traspasa ese límite alejándose de la función social que debe cumplir la propiedad privada, se hablaría de una expropiación.

El tema de la esencia de los derechos fundamentales, proviene del constitucionalismo alemán estableciendo que “las limitaciones a la legislación, en cuanto al disponer la forma en que debe usarse, gozarse y disponerse del derecho, no pueden, en ningún caso, lesionar la esencia del derecho de propiedad”. Por eso nuestra Carta, tomando como referencia a la Constitución alemana, establece: “Sólo la ley puede, y sin afectar al derecho en su esencia, establecer los modos de adquirir...” (Evans de la Cuadra, 1986: p. 386). Con esta medida lo que se busca es evitar lesionar el derecho de propiedad ya sea por expropiación ilegítima o por privar el derecho sin compensación.

Respecto a la esencia del derecho de propiedad como límite a la intromisión del legislador en este derecho, es necesario saber cuándo es vulnerado el contenido esencial de la propiedad. Nuestra Constitución no determinó qué debemos entender por aquello. Sin embargo, en la doctrina existen dos posturas.

1. Tesis absoluta o material: Establece que los derechos fundamentales tienen un círculo interno que es sustancial, absoluto, estable e inalterable. Este contenido mínimo y preestablecido es un límite a la intervención del legislador y corresponde determinarlo a los

jueces, teniendo una gran labor interpretativa. Dicha interpretación debe hacerse conforme a la Norma Fundamental (Barnes, 1988: p. 265). La particularidad de esta tesis es que ha sido recogida por la doctrina chilena y el Tribunal Constitucional, señalando este último que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial. Entender qué será consustancial al derecho de propiedad, dependerá si consideramos una propiedad liberal o constitucional. Si lo analizamos con la propiedad liberal, será consustancial la facultad de usar, gozar y disponer, ya que ellos son los elementos que, tradicionalmente, configuran el derecho de propiedad. Así, se afectará la esencia de este derecho cada vez que se “prive o reduzca gravemente el derecho de uso, de goce o de disposición; o se restrinja alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos...” (Evans de la Cuadra, 1986: p.378). En cambio, si nos referimos a la propiedad constitucional que, además, es la contemplada por nuestra Constitución, en primer lugar proporciona una rentabilidad económica para su titular y también contribuye al bienestar general. Como su función principal es proveer una utilidad económica para su titular, entonces, aparece como de su esencia la facultad de goce y la de disposición. Siendo amparados por el ordenamiento jurídico, pero sólo en la medida que contribuya al bienestar general de la sociedad. Por tanto, son facultades esenciales del derecho de propiedad el goce y disposición de ella, ya no absolutas, sino relativas y funcionales.

De acuerdo a lo planteado por esta tesis, se vulnera la esencia del derecho de propiedad, si se afecta el goce y disposición del titular de una cosa. Sin embargo, esto poco sirve para establecer que cada vez que se vean afectadas dichas facultades, se esté transgrediendo la esencia de este derecho, por cuanto dicha vulneración puede variar de grado o intensidad y eso marcará la diferencia para determinar si hay o no vulneración a la esencia del derecho de propiedad. Este es un ámbito difícil que la tesis planteada no resuelve y que, en la mayoría de los casos sobre intervención a la propiedad privada, se hacen con carácter parcial. No obstante ello, hay claridad en que sí se afecta la esencia del derecho de propiedad, cada vez que haya privación absoluta de las facultades de goce y/o disposición con que cuenta su titular.

2. La otra postura es la *Tesis relativa*: Esta posición rechaza la posibilidad de establecer de un modo fijo y preestablecido el contenido esencial de los derechos fundamentales. Señala que el legislador debe intervenir en los derechos fundamentales, a través de criterios como la *racionalidad* de dicha intervención legislativa, o la *proporcionalidad o igualdad*. “Por medio del primer principio, se trata de averiguar si la carga que supone la medida legislativa en el derecho fundamental es racional. En cambio, el principio de proporcionalidad, nos indica que la intervención legislativa sobre un derecho fundamental no debe representar una carga excesiva para los afectados. El principio de la igualdad prohíbe en la intervención de los derechos fundamentales medidas discriminatorias” (Gavara, 1994: p. 299 y 300). Estos principios sólo constituyen una manera de justificar una decisión y una manera de controlar los posibles excesos de poder del legislador sobre los derechos de los ciudadanos.

La reforma del año 1967 a la Constitución de 1925 facultó a la ley para imponer a la propiedad limitaciones y obligaciones con el propósito de asegurar su función social y así hacer el dominio accesible a todos. Esta era una reforma que consagraba una concepción muy extensa de función social de la propiedad. A diferencia de la Constitución de 1980 que reduce el ámbito que puede imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio procediendo sólo “cuando exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública” (inciso 2º, Nº 24 del artículo 19 de la Constitución Política). Es decir, es la misma Constitución quien establece los parámetros para que una ley pueda limitar el dominio quedando muy determinada la función social del dominio y toda otra restricción será inconstitucional.

Cabe señalar que la función social del dominio es una exigencia y una responsabilidad del dominio privado, puesto que el dominio público expresa en sí el cumplimiento de una función social, colectiva. Indistintamente todo lo discutido sobre la exigencia que debe cumplir el dominio como bien colectivo en razón de tener una función social que lo limita u obliga, no puede la ley ser general o poco clara, debido a que se trata de una garantía constitucional, “derecho de propiedad”, entonces, el legislador no podrá afectarlo porque sí, por resultar conveniente, sino, todo lo contrario, debe afectarlo para objetos específicos, en razón de no constituir en nuestro derecho, el derecho de propiedad,

una función social, sino más bien, tiene que cumplir una función social, en los casos y resguardos formales prescritos por él.

3. Obligaciones impuestas al derecho de propiedad por la Ley 17.288.

El patrimonio cultural se encuentra regulado, en nuestro país, por la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales. Ella es la principal norma legal que le brinda protección a estos bienes que, por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, son declarados monumentos nacionales por decreto supremo en virtud de esta ley. Cuando la declaración de monumento nacional recae sobre un inmueble particular, su propietario debe cumplir con ciertas obligaciones que le impone esta norma con el fin de mantener en buen estado dichos bienes.

Los artículos 11 y 12 de esta ley impone al propietario particular de un inmueble patrimonial la obligación de conservarlo debidamente, sin que le esté permitido transformarlo, destruirlo o repararlo si no cuenta con el consentimiento previo del Consejo de Monumentos Nacionales. Estas medidas tienen como objetivo la conservación del patrimonio cultural. Sin embargo, con estas obligaciones los dueños de estos inmuebles ven reducidas sus facultades propias de dominio sobre estos bienes. Es decir, con estas medidas el Consejo de Monumentos Nacionales, decidirá sobre el goce y disposición de dichos bienes. Cabe tener presente que toda limitación u obligación *no puede*, en caso alguno, *afectar la esencia del derecho ya sea privando o reduciendo gravemente el derecho de uso, de goce o de disposición, o llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados o consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio.*

De esto surge la siguiente interrogante: estas obligaciones, establecidas en los artículos mencionados ¿afectan las facultades del dominio que tiene el titular de un inmueble patrimonial? O, por el contrario ¿están dentro de los parámetros que establece la propia constitución, de limitar, precisamente, el derecho de propiedad por su función social?

3.1. ¿Afectación a las facultades del dominio por la presente ley?

La ley, por mandato constitucional, puede limitar la propiedad privada en atención a la función social que ella debe cumplir. Teniendo como límite la esencia de sus derecho.

Si a un propietario de monumento nacional se le obliga por ley a no destruir su inmueble o a no hacer transformaciones en él sin la autorización correspondiente, esto no sería otra cosa que un mandato legal de cómo disponer físicamente del bien.

Entonces, si la ley está autorizada por la propia Constitución Política de nuestro país, para normar el ejercicio de las facultades que conforman el derecho de dominio. Las obligaciones que impone la Ley 17.288 corresponden a esa atribución concedida por la propia Constitución.

Al respecto, Bielsa señala que “las limitaciones a la propiedad, y que pueden determinarse más precisamente bajo la denominación de <restricciones>, no son, pues, en el concepto legal de la propiedad, sacrificios, sino y tan sólo *condiciones* del ejercicio de tal derecho, puesto que no existe derecho alguno incondicional e ilimitado”, constituyendo, así, “el mayor apoyo de la propiedad, por que la conforman a su verdadero destino: el social” (1923: p. 19).

La palabra limitación debe ser considerada como sinónimo a restricción. Estas restricciones o limitaciones a la propiedad lo que hacen es restringir el ejercicio del derecho, pero sin afectarlo substancialmente. Esto se debe porque los derechos no son absolutos, sino, más bien, relativizados y deben estar en armonía con otros derechos, siendo impuestas en razón del interés público, además de “tener siempre carácter general, es decir, afectan a todos los propietarios cuyos bienes estén en determinadas condiciones. Pudiendo imponerse estas restricciones por razones de seguridad, salubridad o higiene, cultura, planificación urbanística, etc.” (Ugarte Godoy, 2001: p.426). Como ejemplo de restricciones al dominio en virtud de la Ley 17.288, sería las prohibiciones de destruir documentos históricos sin dar la posibilidad de adquirirlos al Estado, y las prohibiciones de alterar inmuebles que han sido declarados monumentos nacionales. Por tanto, lo que establecen los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, de acuerdo a lo señalado, constituyen restricciones a la propiedad privada, en atención al interés público, a su función social.

Bielsa señala que las limitaciones o restricciones que se establecen al dominio por interés público, constituyen “un necesario presupuesto del reconocimiento del derecho de propiedad por el Estado, y *derivan de la propia naturaleza de ese derecho* y de la necesidad de conformarlo al derecho de los demás” (1966: p. 976). Además, “considera restricciones a las limitaciones en materia de inmuebles históricos, que impiden a los propietarios repararlos, restaurarlos, destruirlos o enajenarlos sin aprobación o intervención de la Comisión Nacional” (1966: p. 977-978).

Claramente aquellas limitaciones impuestas por la Ley 17.288, obligación que pesa sobre los propietarios de bienes patrimoniales de mantenerlos en buen estado, para la admiración y belleza de la ciudad, es en consideración al interés público que tiene el derecho de propiedad, siendo de su naturaleza, debido a que no existen derechos absolutos, sino, más bien, ilimitados, por el carácter social que cumple la propiedad. Este derecho debe ser ejercido de tal manera que pueda verse beneficiada la sociedad en su conjunto. Por eso corresponde que la ley limite la propiedad por medio de obligaciones como sería, para el tema, no destruir la propiedad, ni transformarla.

Estas restricciones a la propiedad no serían absolutas, sino que parciales porque sólo limitan la facultad de disposición del inmueble, en cuanto es la ley quien determina cómo debe su propietario disponer materialmente de ella, vale decir, la ley establece que no puede destruirla o transformarla, con una salvedad que cuente con la debida autorización del Consejo de Monumentos Nacionales. De esta manera, si el propietario quiere realizar alguna modificación puede hacerlo, siempre que cuente con la autorización correspondiente. Su propietario se mantiene como dueño legal de la propiedad, puede hacer uso de ella, habitar el inmueble patrimonial. Mantiene el goce de la propiedad, como sería arrendarla y percibir la renta, su fruto civil, incluso, puede dejarla en herencia. Es decir, estas limitaciones no atentan contra su esencia, por tanto, las obligaciones de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 están dentro de los parámetros que la propia Carta Fundamental establece, en razón de su función social que, como establece la Constitución, sería el interés general de la Nación, vale decir, la conservación de los monumentos nacionales.

3.2 ¿Procede indemnización al propietario de un inmueble patrimonial por las limitaciones que impone la Ley 17.288?

Las limitaciones impuestas por esta ley derivan de su función social. Sin embargo, el problema que se genera es otro. A pesar que estas limitaciones estén dentro de los parámetros correspondientes para limitar a la propiedad, manteniendo a su propietario como dueño legal, en la práctica resulta otra cosa, su dominio queda tan limitado que puede compararse con una expropiación, pero sin indemnización como establece la Constitución. Reconociendo que la propiedad privada debe ser limitada por su función social, surge la pregunta ¿Cabría algún tipo de indemnización, por estas restricciones al dominio?

Las limitaciones constituyen una carga general impuestas a todas las propiedades. En este caso, todos los propietarios de inmuebles declarados monumentos nacionales, tienen la obligación de cumplir con lo que les manda la ley, no destruir sus inmuebles, no transformarlos, no hacer en sus alrededores construcción alguna, conservarlos debidamente. Es una carga que deben cumplir por encontrarse todos ellos en una misma posición, dueños de monumentos nacionales.

Las limitaciones derivan de su función social, es decir, por el interés general de la Nación, que es conservar el patrimonio cultural para beneficio de toda la sociedad. No hay sacrificio especial que deba soportar el dueño, privándolo de su derecho, merito que le daría una compensación al respecto. Por ello no cabe indemnizarlo. “Si, por principio, toda limitación recaída sobre un derecho de propiedad debiera ser compensada por el Estado, se daría la extraña e inaceptable paradoja de que la función social de la propiedad privada -en cuanto a sus costos- es asumida por el Estado. Ello porque es claro que desde el momento en que se compensa una limitación, quien sufre no es el titular del derecho, sino quien la compensa, puesto que jurídica y económicamente la indemnización sustituye al daño” (Varas, 1998: p. 139).

Si fuese el Estado quien asuma el costo de la indemnización cada vez que la ley imponga limitaciones a la propiedad en razón de su función social, no habría una real protección a este derecho, “y su consagración constitucional sería un puro espejismo generado por el constituyente” (Varas, 1998: p. 139).

Por tanto, la Constitución establece atribuciones a la ley para limitar la propiedad privada, por su parte, el propietario debe aceptar un cierto nivel de perjuicio en virtud de la función social inherente de la propiedad, pues, de lo contrario, dicha consagración no tendría sentido. Sin embargo, el legislador debe respetar el límite de su atribución. De traspasarlo, el Estado debe compensar por haber afectado al propietario ya sea, privándolo absolutamente del derecho, quitándole la calidad de dueño, pero dejándolo en otra diversa, privándolo del bien sobre que recae, o privación de alguna de sus facultades esenciales, pues de ser así habrá expropiación.

No obstante a lo planteado, todo propietario de inmuebles patrimoniales, en concreto, sí sufren un menoscabo en su derecho a la propiedad apreciable en dinero, aunque no significativo en el derecho. Estas limitaciones afectan a su facultad de disposición al establecerle la imposibilidad de demoler el inmueble, tampoco puede hacer modificaciones sin la aprobación correspondiente, situación que no le permite usarlo para lo que quiera, a pesar de seguir siendo legalmente el dueño de la propiedad. Este no sería un acto material de expropiación, pero el dominio está siendo afectado. Ciertamente es que “la función social permite imponer sacrificios sin compensación pecuniaria para los propietarios privados” (Bordalí, 1998: p.162) pero no por esto aquellas personas deben soportar una carga económica que beneficia a la mayoría de la Nación a costa del gasto que ellos deben soportar para la mantención de los monumentos, resultándoles una carga. Es obvio que el beneficio privado lo paga cada particular, pero los beneficios sociales son responsabilidad de todos y el que administra los bienes de la sociedad es el Estado. Esto genera un quiebre en la igualdad, en la distribución de las cargas públicas, establecido en el número 20 del artículo 19 de la Constitución Política, como principio de la justicia distributiva. Desde esta perspectiva, estos propietarios deben recibir una indemnización por esas restricciones. Sin embargo, si fuese el Estado quien deba asumir el pago de la compensación que se debe dar a cada propietario que vea limitada su propiedad por la función social que ella debe cumplir, sería un costo muy alto que tendría que enfrentar, difícil de asumir económicamente. Pero no por ello se dejará sin el debido resarcimiento que buscan los propietarios de monumentos nacionales. La solución debe ser: otorgar subsidios que logre igualar la rentabilidad que pierden los dueños al no tener la libertad de disponer

materialmente de su inmueble, además de entregar pequeños incentivos con grandes tributos.

Si el objetivo de la Ley 17.288, cada vez que declara como monumento nacional a un inmueble particular, es darle protección para su conservación. Ello no tiene porqué traducirse en una carga que soporte sólo una persona, el respectivo dueño, cuando el beneficio es para toda la sociedad.

Desde este punto de vista los artículos en comento, afectarían a dos garantías constitucionales: el ya mencionado número 20 inciso 1° de la Constitución Política que establece “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas publicas” y el artículo 19 n° 22 que establece la no discriminación arbitraria en materia económica, son los argumentos que permitirían a una persona que ve afectado su derecho de propiedad por la privación transitoria de sus atributos esenciales del dominio, en este caso en particular la disposición, o ni si quiera transitoriamente, pero sí causen daño, ya que por el solo n° 24 de este artículo no se lograría indemnización por no constituir ello una expropiación como lo señala la norma constitucional.

“A partir del momento en que el Estado genera perjuicios que afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y debe indemnizarse” (Mayer, 1982: p. 217).

De esta forma se estaría dando debida protección a las garantías constitucionales de que gozan todas las personas.

3.3 Fallo que declaró inconstitucionales los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288

El Palacio Pereira, que lleva su nombre por su dueño el abogado y político conservador Luis Pereira Cotapos, es una antigua mansión de orden neoclásico, ubicado en calle Huérfanos 1515 de la comuna de Santiago. Construido en el siglo XIX, 1872. Considerada como una de las casas más lujosa de aquella época. Sin embargo, hoy presenta una realidad totalmente diversa de aquellos años, exhibiendo un estado ruinoso que se ha acrecentado por su abandono de décadas.

A la muerte de su propietario, este inmueble pasa por distintos dueños que no se preocuparon de conservarlo en buen estado, hasta que en 1980 es adquirido por la constructora Del Río, ligada a Raúl del Río, propietario actual del palacio, fecha en que es declarada como monumento nacional por la Ley 17.288. No obstante, años más tardes, dicho título lo pierde por litigios pendientes, hasta que en 1987 es declarado oficialmente como monumento nacional, pero enfrentando un grave estado deplorable producto a la falta de mantención y al terremoto de 1985.

Este es el malogrado y famoso Palacio Pereira, conocido como referente crítico de la Ley de Monumentos Nacionales, por pretender derogar los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, por considerar que transgrede los elementos esenciales que establece el número 24 del artículo 19 de la Constitución de Chile.

Es así como se transformó en objeto de discusión ante la Corte Suprema, en causa “recurso de inaplicabilidad”, rol 4309-2002, resolución: 10490 de 2004, en que Raúl del Río, Constructor Civil, en representación de Inmobiliaria Maullín Limitada, recurre 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, rol 3761-2001, caratulados “Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile”, 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. 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.

Por su parte, el Fisco de Chile, ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 961-2001, caratulados “Fisco de Chile con Inmobiliaria Maullín Ltda.”, 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. 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.

La Excelentísima Corte Suprema en sentencia con fecha 18 de junio de 2004 resolvió: *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.

La Corte debió realiza una interpretación de los límites constitucionales de la competencia del legislador para imponer limitaciones y obligaciones al dominio derivadas de su función social. Tratando de resolver si las cargas y restricciones impuestas por esta ley al propietario de un monumento nacional vulnera, o no, esos límites y resulta por ello inconstitucionales.

Comenzó por establecer lo que estas disposiciones prescriben, así en el considerando cuarto señala que el artículo 11 de la ley 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 1º, 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". Por tanto, deberá determinarse si dichas disposiciones son parte de las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social de la propiedad, que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, expresado en el artículo 19 N° 24 inciso 2º de la Constitución Política de Chile.

La Corte se ocupa, en primer término, de precisar que estamos frente a un interés público cultural que se puede entender incluido entre los intereses generales de la Nación. Para precisar el alcance de la función social, en el considerando sexto, la Corte cita a Enrique Evans de la Cuadra, quien señala que "la Constitución de 1980 redujo el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio, procediendo sólo en los casos establecidos en el inciso 2º del N° 24 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Por tanto, toda otra restricción resultaría inconstitucional. Además, aclara que las limitaciones u obligaciones impuestas por ley no puede afectar la esencia del derecho ya sea privándole o reduciéndole gravemente su derecho de uso, goce o disposición o restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública o llegar a la efectiva privación del dominio o de algunos de sus atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no estén comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio. Es decir, no se debe hacer una interpretación extensiva del concepto de intereses generales de la Nación como si fuera "un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad, precisamente porque estos intereses generales de la Nación que expresan un bien jurídico, se relacionan con el beneficio superior de la sociedad considerada como un todo y nunca con un sector de ella por muy importante que sea". En el considerando séptimo, se

establece como único argumento interpretativo que apoya la decisión de la Corte, la opinión de uno de los integrantes de la comisión Ortúzar, el señor Ovalle, que considera que se debe entender que “hay privación de una de las facultades, que son de la esencia del derecho de propiedad, cuando no la ejerce su titular. Cuando otro, distinto al dueño, use o goce por el dueño o que disponga por el dueño, se estaría afectando un atributo esencial del derecho de propiedad, 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”.

Así en el considerando octavo la Corte señala que “la calidad de monumento nacional de que goza un inmueble particular al suponer un interés público cultural en determinando momento, puede comprender la limitación que señala la Constitución con la denominación 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”.

En el considerando noveno se asevera que los artículos 11 y 12 en debate, “restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado monumento histórico desde el momento en que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide su destrucción”. Haciendo más patente su decisión, la Corte, en su considerando décimo, toma como término de comparación a la anterior legislación sobre esta materia, el Decreto Ley N° 651, de 1925, bajo la Constitución de 1925, que garantizaba en su artículo 10 N° 10 la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. “Para el legislador de esa época 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 debía 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 sólo hecho de obtener tal galardón por su inmueble”. A diferencia del legislador de la normativa vigente, el antiguo legislador notó que de no atribuir esa carga al Estado se afectaba indebidamente el derecho de propiedad, ya severamente limitado por las cargas que implicaba la declaración del bien como

monumento histórico. Esto es uno de los mayores problemas que tiene esta ley que no ofrece adecuados incentivos a la conservación de dichos bienes, sino por el contrario, parece constituir un misterioso aliciente para la ocurrencia de incendios y otros siniestros como se ha visto con distintos inmuebles que corren esa suerte.

En esta sentencia está en juego la interpretación de los límites constitucionales de la competencia del legislador para imponer limitaciones y obligaciones al dominio derivadas de su función social. Tratándose en concreto de resolver si las cargas y restricciones impuestas por la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales al propietarios de un inmueble patrimonial vulnera esos límites y resulta por ello inconstitucional. Siendo la cuestión controvertida entre las partes, si las obligaciones en cuestión afectan o no la esencia del derecho de propiedad, cuestión que también fue el debate entre los votos de mayoría y de minoría. Esto sería si el legislador, en ejercicio de su competencia de poder regular y limitar la propiedad, prive de la propiedad, prive del bien sobre el que recaer o prive de algunos de los atributos que son esenciales del dominio. Las obligaciones impuestas a los propietarios de inmuebles patrimoniales no importan ni privación del dominio, ni privación del bien sobre el que recae. Debiéndose determinar si estas obligaciones suponen privar al titular del dominio de alguna de sus facultades esenciales. Sin embargo, la discusión no se centró en determinar si ellas privan o no al titular del dominio de sus facultades esenciales. Pues como se señaló en el considerando sexto se citó a Evans de la Cuadra para precisar el alcance de la función social, siendo que en la propia Constitución se encuentra precisado el contenido esencial del derecho de propiedad. Pero nada se reparó en cuanto a qué facultad resulta privado el propietario de un monumento nacional -de uso, goce o disposición- tampoco se estableció de qué modo esa privación tiene lugar. Resulta deficiente el argumento dado en la sentencia, pues no explican de qué modo el criterio aplicable a la valoración de las normas que someten las obligaciones de destrucción, transformación, reparación o restauración del bien patrimonial a la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, pueden privar las facultades de uso y de goce, como el voto de la mayoría afirma que ocurre. Pareciera que la facultad de disposición se ve afectada por estas normas por prohibirles a los propietarios alterar o destruir total o parcialmente el inmueble patrimonial. No obstante, esta limitación estaría sujeta a una condición, es decir, el propietario tiene la prohibición de no modificarlo, ni

destruirlo a menos que cuente con la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales. Esto tiene sentido si el objetivo de la ley en comento es conservar el patrimonio cultural de la Nación. Si la norma, que debe velar para que se cumpla dicho fin, no restringiera la facultad de disposición material que tienen dueños sobre sus monumentos nacionales, entonces ¿Qué otra restricción cabría imponer para la mantención y conservación de ese bien? Ciertamente es que la ley no otorga incentivos a sus dueños, más bien, no se hace cargo de las externalidades positivas que genera esta declaración en la sociedad, debiendo soportar una persona determinada, el propietario, todo el costo económico que conlleva la conservación de los inmuebles patrimoniales para beneficio de la sociedad. Esto no debió ser argumento para sostener la inconstitucionalidad de las normas, pero sí el de una alteración grave a la igual repartición de las cargas públicas consagrado en el N° 20 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La Corte no debió haber declarado inconstitucional estos artículos de la Ley 17.288 pues las obligaciones que ellos señalan son constitucionales, debido a que es la propia Constitución quien autoriza a la ley a limitar y establecer obligaciones a la propiedad privada en razón de su función social cuando sea por los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental que, para el caso, la limitación a la propiedad privada por su función social es en razón del interés general que tiene la Nación en mantener y conservar debidamente los monumentos nacionales de propiedad privada.

CAPÍTULO II:

Observaciones a la Ley 17.288

1. Regulación de los monumentos nacionales.

En nuestro país los monumentos nacionales están regulados por la Ley 17.288 del año 1970. Esta regulación se debe a la Quinta Conferencia de la Unión Panamericana que se llevó a cabo en nuestro país en el año 1923, acá se adoptaron medidas concretas sobre la protección y conservación de los restos históricos y arqueológicos existentes en los países americanos. Además se les sugirió a los países miembros de esta organización que se preocupen de legislar sobre la materia.

Como consecuencia de ello en el año 1925 se dictó el Decreto Supremo 3.500 estableciendo una Comisión Gubernativa de carácter provisorio, que tendría a su cargo la misión de velar por el patrimonio cultural existente en nuestro país, siendo éste el primer indicio de cuerpo legal que regularía esta materia. Luego, como resultado del trabajo de estudio y redacción que elaboró esta Comisión, se promulgó en el año 1925 el Decreto Ley 651. La importancia de este Decreto es que creó el Consejo de Monumentos Nacionales pasando a su cargo la tutela de los bienes que sean declarados por éste como monumentos nacionales y cuyo actuar sería regulado por el Decreto Supremo anterior mientras no se dicte su propio reglamento. Sin embargo, éste nunca se dictó por lo que se optó por dictar una nueva legislación que regulara la materia y así se elaboró la Ley 17.288, debiendo contener la forma de proteger no solo el patrimonio cultural, sino además el patrimonio científico, natural y ambiental.

2. Observaciones a la Ley 17.288

Esta ley, actualmente, regula el patrimonio cultural en nuestro país. Sin embargo, las circunstancias que motivaron dicha ley, hoy ya no son las mismas, por eso surge la necesidad de mejorarla, ajustándola a la nueva realidad. No olvidar que todo ordenamiento jurídico regula en base a las necesidades que tiene la sociedad en un momento dado. El derecho es una herramienta que debe servir para ordenar situaciones que ocurren en la

sociedad, justamente, por las necesidades que va teniendo la misma, como ocurre en esta materia, y su labor es ir evolucionando de acuerdo a los intereses que se tengan en ese momento. En la época que se dictó esta ley, se planteó como objetivo “servir de herramienta para darle debida protección y propender al desarrollo de nuestro patrimonio cultural” (Cámara Chilena de la Construcción, 2005: p.15).

Como una forma de participar en el proceso de modificación a esta ley, la Cámara Chilena de la Construcción en el año 2005 elaboró una propuesta “para una mejor construcción del patrimonio en Chile”. Esta propuesta surge por las deficiencias que se observan en esta ley y que deben ser subsanadas, por medio de una reforma a la misma, es decir, una nueva ley que perfeccione la anterior que, por su antigüedad, no se ajusta a los tiempos actuales, a los cambios que va experimentando el país, y por lo mismo, no cumple con el objetivo que inspiró su promulgación.

Es en base a esta propuesta, realizada por la Cámara Chilena de la Construcción, que se explicará cuáles son sus falencias y aquello en que se debería mejorar, además de ver cómo está regulado este tema en la legislación comparada, específicamente, en el derecho de Francia, México, Perú y de España.

2.1 Concepto de patrimonio cultural y monumento nacional.

Para que esta ley regule mejor los monumentos nacionales, es menester definir dos conceptos. El primero es señalar qué es el patrimonio cultural al cual forman parte los monumentos nacionales. La ley no da una definición al respecto, detectándose un vacío legal. El segundo concepto es determinar qué son los monumentos nacionales que, tampoco, son definidos por la ley.

En relación al primero de los conceptos. Surge la necesidad de elaborar una idea de qué es patrimonio cultural, pero desde un punto de vista contemporáneo, es decir, acorde con la realidad, incluyendo, incluso, aspectos inmateriales como las poesías, canciones populares, tradiciones de pueblos que forman parte de la existencia de una nación, como sería el caso del pueblo mapuche, etc. En la medida que se defina aquello que se quiere proteger, se logrará cumplir con el objetivo de esta ley que es “servir de herramienta para darle debida protección y propender al desarrollo de nuestro patrimonio cultural” (Cámara

Chilena de la Construcción, 2005: p. 4). Para tener claro lo que se quiere proteger y conservar, es relevante partir por una definición de qué se entiende por patrimonio cultural. Sólo en esa medida se estará dando debida protección a nuestro patrimonio cultural.

La palabra patrimonio proviene del latín *patrimonium*, cuyo significado es *lo que se hereda de los padres*. Según la Real Academia Española, patrimonio es la “hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes”. Por tanto, el patrimonio alude a bienes y que, de acuerdo a lo regulado por el Código Civil, incluye bienes muebles e inmuebles relativos a una persona natural o jurídica.

El patrimonio cultural cumple una doble función, cultural y social. Por un lado cumple una función cultural por mostrar o destacar distintas realizaciones humanas que se han llevado a cabo a lo largo de la historia y que se transmiten de generación en generación por el aporte que ello significa para la sociedad. Por otro lado, su función social radica en la gente, en la relación que hay entre nuestro pasado con nuestro presente, mostrando nuestra formación como sociedad. El patrimonio cultural de un pueblo constituye el pilar fundamental para formar la identidad nacional de una sociedad, forma parte de la riqueza de una nación. De esa riqueza no renovable que tiene una nación. Por eso resulta fundamental que la sociedad tome conciencia del valor que esto genera para ella misma. En la medida que la sociedad reconozca su patrimonio cultural como suyo, como parte de su pasado y necesario para su presente y futuro, se le dará debida protección. La protección del patrimonio cultural se relaciona, o depende, del reconocimiento que la sociedad le entrega, de la conciencia que la sociedad se forme respecto a su pasado cultural que, como recurso intocable, forma las bases de su identidad nacional.

Sobre qué es el patrimonio cultural, Fernando Fujita Alarcón, señala que: “la herencia de nuestros antepasados es el patrimonio, el cual se expresa en los objetos muebles e inmuebles, además de los aspectos inmateriales, por ejemplo, el canto y la danza, los cuales son herencia colectiva de un pueblo o nación, con un pasado común de un grupo de gente con intereses comunes y relacionados a una historia, que afronta un presente y mira el futuro. A esto denominamos Patrimonio Cultural” (En Patrimonio Cultural, 2010).

La Conferencia Mundial de la UNESCO sobre el Patrimonio Cultural, celebrada en México en el año 1982, elaboró un concepto de patrimonio cultural señalando lo siguiente: "El Patrimonio Cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan sentido a la vida, es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo; la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas."

De los distintos conceptos de patrimonio cultural elaborados, se desprende como factor común, a bienes de toda clase, materiales e inmateriales y que deben tener un valor para la sociedad por ser parte del pasado de ella y por ello deben ser considerados como pertenecientes a la sociedad toda. Es decir, existe un interés social en ese bien, que repercute en la sociedad y para el caso específico de la Ley 17.288, debe existir un interés social en el inmueble declarado monumento nacional. Otro factor sería aquellos componentes que forman la cultura de una nación y que se transmiten de generación en generación. En consideración a estos factores, entiendo por patrimonio cultural:

El conjunto de bienes materiales e inmateriales de distinta índole, arquitectónico, artístico, arqueológico e histórico como obras musicales, obras de arte, pinturas, tradiciones populares, poemas, etc., realizadas por el hombre a lo largo de la historia, reflejando el pasado histórico-cultural de una sociedad que le da reconocimiento por el valor que significan sus obras para la formación de su identidad nacional y que se transmiten de generación en generación.

En el derecho comparado se puede ver subsanado este problema. Aquellas leyes que regulan los monumentos patrimoniales otorgan concepto de qué debe entenderse por patrimonio cultural. Por ejemplo la legislación francesa contempla como patrimonio cultural *a bienes muebles e inmuebles que revisten interés público desde un punto de vista de la historia y del arte*. En el caso de México (artículo 5) se define como *bienes culturales muebles e inmuebles de tipo artísticos, históricos y arqueológicos, y zonas de monumentos de este tipo*. España, por su parte, (artículo 2) señala que *"integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico,*

arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico” (Cabeza Monteiro, 1996: p. 25).

Otro concepto importante que la ley tampoco define es el de monumentos nacionales, sólo se limita a enumerarlos en su artículo 1º al decir “Son Monumentos Nacionales...” y los enumera, estableciendo categorías que corresponden a: monumentos históricos; monumentos arqueológicos; monumentos públicos; zonas típicas y santuarios de la naturaleza. De estas categorías se desprende que la ley los considera como aquellos elementos, construcciones y lugares que forman parte del patrimonio del país y que requieren protección del Estado por su carácter conmemorativo.

En cuanto a este segundo concepto que debe ser esclarecidos por la ley, es decir, *monumento nacional*, Revetria propone que para poder definirlo se debe tener en cuenta no solo el artículo 1º, sino toda la ley y así entender por monumentos nacionales como “bienes materiales que por el interés histórico, científico, artístico y, en general, cultural, que ellos tienen, han sido sometidos a la protección y tuición del Estado con el objeto que sean conservados debidamente, imponiendo, por tal motivo, a sus propietarios particulares ciertas limitaciones en su derecho de dominio” (1977: p.16). Por tanto, son así los monumentos históricos, los monumentos públicos, los monumentos arqueológicos, los santuarios de la naturaleza y las zonas típicas las protegidas por esta ley, y que ella los contempla y los clasifica cómo monumentos nacionales.

2.2 Para quién se conserva y qué se conserva.

En la propuesta elaborada por la Cámara Chilena de la Construcción, se planteó la inquietud de: *para quién se conserva y qué se conserva*. Así, se tiene que:

1. “Se conserva el patrimonio para la memoria colectiva de la ciudadanía toda, debido a que las sociedades humanas necesitan de una memoria colectiva que les sirva de guía y orientación para mantener viva la imagen de sus antepasados, ya sea a través de monumentos, templos, paisajes u otros símbolos característicos de la historia” (2005: p.

17). Es por esto que cada pueblo se preocupa de determinar qué bienes forman parte de su historia para así conservarlos y mantener vivo su pasado.

2. Con respecto a qué conservar, como no todo lo pasado es valioso, sólo se conservará aquello valioso para la sociedad.

Entonces, al determinar qué se conserva y para quién, vale decir, se conserva para la sociedad y aquello que justamente ella considera valioso, siendo la sociedad la que deba participar de este proceso más que nadie, opinión pública. Debido a esto, la manera de determinarlo es la que debe mejorar ya que el proceso depende de las facultades ilimitadas que se le entregan al Consejo de Monumentos Nacionales para que, de forma discrecional, decida los inmuebles que se conservarán. Ante esto la propuesta de la Cámara Chilena de la Construcción es crear una nueva normativa que, a través “de mecanismos objetivos, defina explícitamente el alcance de lo que se está protegiendo, en virtud del tipo de interés social del inmueble, señalando si se declara todo o una parte del inmueble como monumento nacional y, de ser parcial, la declaración debe especificar de qué se trata, como una fachada, una parte de esta, una trama construida, etc. Esto se propone particularmente para el caso de las zonas típicas, ya que lo valorado por la sociedad es el espacio urbano público que generan las viviendas y no, necesariamente, el interior de ellas” (2005: p.17). Esta necesidad de especificar qué inmueble o parte de él se declarará monumento nacional, a través de mecanismos objetivos, se debe a que no todo se puede conservar y no todo patrimonio cultural pasado es valioso y merece ser protegido. Para la Cámara Chilena de la Construcción, esto ayudaría a que los propietarios de dichos bienes no sientan tan limitado su derecho de dominio. Si se especifica que sólo una parte de un inmueble será objeto de la declaración de inmueble nacional, el resto pondrá ser utilizado por su dueño sin tener que cumplir con las obligaciones que dicha ley establezca y así mantener en parte los elementos de ese derecho. Sin embargo, esto no ayudaría mucho a dichos dueños si la ley no cuenta con los mecanismos necesarios para ayudarlos en los gastos económicos de la mantención. De lo contrario, sus propietarios seguirán viendo afectado su derecho de dominio.

2.3 Labor de conservación de los monumentos nacionales particulares.

Todo inmueble declarado monumento nacional debe ser conservado en buen estado para que perdure en el tiempo y, así, cumplir con su función de mantener viva la imagen de sus antepasados, de recordar la historia que forma nuestras tradiciones. Este es el anhelo que tiene todo pueblo que se enorgullece de sus patrimonios, de que sean debidamente conservados, para que perdure generación en generación y puedan ser admiradas por todos a lo largo del tiempo.

Sin embargo, surge el gran problema que tiene esta ley que es ¿quién debe asumir esta labor?, es decir, ¿quién debe responder por los gastos que genera mantenerlos en buen estado?, es el propietario de dicho inmueble patrimonial quien deba asumir esta responsabilidad como lo establece la Ley 17.288 en su artículo 12 señalando que “el propietario deberá conservarlo debidamente”. Con respecto a lo señalado en el apartado anterior *para quién se conserva*, se establecía que, de acuerdo a lo expuesto por la Cámara Chilena de la Construcción, se conserva para la sociedad toda. Por lo que, si a un inmueble se le declara monumento nacional, éste generará externalidades positivas en la sociedad, entonces se debería entender que esta responsabilidad de costos en su mantención, tiene que ser asumida por el dueño de dicho monumento y por la sociedad toda a través del Estado. Esto es propuesto no sólo en el proyecto de la Cámara Chilena de la Construcción, sino, por todos los que han estudiado el tema y, con mayor razón, los dueños de aquellos inmuebles que deben soportar una pesada carga que, en la mayoría de los casos, no solicitaron. Tener presente que la legislación Española entiende que en conjunto, de forma paralela, Estado y particular deben participar en la conservación del patrimonio histórico de la nación. Esto se relaciona con la igual distribución de las cargas públicas. Este es el gran problema de la ley y mientras no se entienda así, se seguirá creyendo que esta medida de conservación impuesta sólo a aquellos propietarios constituye vulneración a la esencia del derecho de propiedad.

Cuando se habla de costos, la Cámara Chilena de la Construcción, especifica qué debe entenderse por éstos, o, qué conlleva dichos costos, y así se señalan:

-Los de conservación, incluyendo aquí la mantención y restauración del inmueble patrimonial, (2005: p. 5),

-La compensación que correspondería entregar a los propietarios de dichos inmuebles, por la imposibilidad de utilizar el total de la constructibilidad establecida para la zona donde se ubica el inmueble patrimonial (2005: p. 6). Esto debido a la prohibición que establece la ley en su artículo 12 señalando "...ni hacer en sus alrededores construcción alguna...". Cada vez que el dominio sea limitado causando un menoscabo apreciable en dinero, aunque no significativo en el derecho, como sería con esta obligación de conservación que pesa sobre los particulares de bienes patrimoniales, corresponde resarcir a su dueño por los perjuicios ocasionados, y así mantener la igualdad en la distribución de las cargas públicas.

No obstante, esta figura de compensación la podemos comparar con una gran figura regulada por nuestra legislación que sería el *lucro cesante*. Vale decir, cuando se declara a un inmueble monumento nacional por el Consejo de Monumento Nacional, su propietario ve limitado su derecho de propiedad ya que tiene la obligación de, además de conservarlo, no destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna y para proceder, en caso contrario, requiere de la autorización del Consejo de Monumento Nacional. Por tanto, el dueño de dicho inmueble deja de percibir, de obtener un beneficio propio por no poder utilizar el bien a su arbitrio, por eso, debe ser indemnizado por el perjuicio ocasionado, de no ser así, habría un enriquecimiento sin causa y eso el derecho no lo permite, por ende, todo dueño de algún monumento nacional así declarado, debe ser debidamente compensado por el menoscabo económico que sufrirá al no poder utilizar el total de la construcción establecida para la zona donde se ubica su inmueble patrimonial.

Respecto a esta equivalencia de la figura del lucro cesante con la compensación que se propone dar al propietario de dicho inmueble, se busca explicar la figura de la compensación que operaría en esta materia, para ilustrar con una institución establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Civil en su artículo 1556 define al lucro cesante de la siguiente manera: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente,

o de haberse retardado el cumplimiento”. Con respecto a esto último, se puede pensar que no habría obligación predeterminada en esta declaratoria. Sin embargo, sí la hay y es, precisamente, la declaración de monumento nacional del inmueble y que, por medio de ésta, se obliga a las mantenciones y prohibiciones que se establecen en los artículos 11 y 12 de la ley en comento. Entendido en un sentido amplio, podemos señalar que el lucro cesante es aquello que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño. Lo mismo ocurre con la declaración de monumento nacional a un inmueble de algún propietario que ve limitado su derecho constitucional de propiedad al no poder utilizar como él desea, quizás con fines de lucro, su inmueble y el total de la constructibilidad establecida para la zona donde se ubica dicho inmueble, ya que para ello requiere de la autorización del Consejo de Monumento Nacional. Ahora si se analizan sus requisitos podemos decir lo siguiente:

1. Que el lucro cesante exista y pueda ser probado, junto con su relación directa, el daño causado. El daño causado sería, para este caso, el que se ocasiona con la declaración de monumento nacional al inmueble, por lo cual, no podría ser utilizado de la manera que quiere su dueño. Si se piensa en una propiedad de giro comercial, su dueño no podrá modificar dicha propiedad para una mayor explotación comercial, por tanto, acá habría un perjuicio producto de una declaración que, como en muchos casos, va contra la voluntad de su propietario.
2. Que pueda ser determinada, económicamente, la cuantía que se ha dejado de percibir. La cuantía será la compensación que se le dará al dueño del inmueble por la no utilización total de la construcción establecida para la zona donde se ubica el inmueble patrimonial. Y su determinación puede calcularse a través de un estudio de mercado que realice el Consejo de Monumentos Nacionales, en atención a los fines que tenía propuesto realizar el propietario en su bien declarado, ahora, monumento nacional.

En conclusión, quien debe asumir la responsabilidad de los gastos que conlleva a un inmueble ser declarado monumento nacional, es la sociedad toda, precisamente por lo que ello genera en la sociedad, por su repercusión en la sociedad, es ella quien debe, junto con su dueño, ayudar a mantener los monumentos nacionales de particulares en buen estado.

2.4 Rol activo del Estado:

Al señalar que sea la sociedad toda quien debe asumir dicho rol, debe entenderse que sea a través del Estado. La Cámara Chilena de la Construcción, en su propuesta, se preocupó de determinar cuál es el rol que cumple el Estado en esta materia, quedando en evidencia que “el Estado no asume costo alguno en la conservación del patrimonio privado, lo cual constituye un incentivo perverso para que este declare gran cantidad de inmuebles particulares como inmuebles patrimoniales, más allá de lo que sea socialmente óptimo o deseable, y sin prever recursos financieros para asegurar su conservación” (2005: p. 18).

El Estado es el primero que debe amparar a los propietarios de los inmuebles patrimoniales por ser él quien está al servicio de la nación de acuerdo al artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política de Chile que establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”. El deber del Estado es de estar al servicio de nosotros, sus ciudadanos, atender nuestras necesidades y así permitir que cada uno de nosotros, sus ciudadanos, podamos realizarnos en los distintos ámbitos, siempre respetando los derechos fundamentales que la misma Constitución establece, entre ellos el derecho de propiedad que tenemos todos y cada uno de los ciudadanos respecto de nuestras propiedades.

Además, en virtud del artículo 19 número 3 de la misma, se garantiza “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”. Entonces, el Estado no puede permitir que sólo el dueño sea responsable por la declaración de monumento nacional que pesa sobre su inmueble si la sociedad también se beneficia con ello y el Estado está compuesto por la sociedad, es decir, él se ve beneficiado con esto, por ende, debe contribuir activamente y no pasivamente como lo ha hecho hasta ahora. Debe participar de distintas formas como por ejemplo incentivos para el dueño de estos monumentos y, también, para aquellos no propietarios que participan en la conservación y mantención de estos inmuebles.

El Estado debe promover el bien común, esta labor la desarrolla en conjunto con la sociedad a través de sus miembros, siendo lo más importante en esto es que asuma el costo de su conservación. Esto no significa eximir al propietario de los costos de las mantenciones que corresponda hacer a dicho inmueble, sino de prescribir mecanismos de mantención, asumida no sólo por este último, sino, en conjunto con la sociedad, a través del Estado. Además de tener participación en el procedimiento de declaración de monumento nacional.

2.4.1 Respecto de los incentivos y mecanismos de compensación propuestos por la Cámara Chilena de la Construcción, son los siguientes:

1. El Estado realice un aporte a los dueños de los inmuebles declarados Monumentos Nacionales de propiedad privada para su conservación, ante esto la propuesta de la Cámara Chilena de la Construcción es: “se debe establecer dentro del presupuesto de la Nación una partida presupuestaria que permita al organismo que declare un inmueble patrimonial financiar los costos asociados a esta declaratoria” (2005: p. 24).

También señalan que: “el aporte mínimo del Estado debería fluctuar entre el 25% y el 55% del costo de conservación de un inmueble patrimonial, siendo mayor el aporte mínimo del Estado a mayor costo de conservación del inmueble” (2005: p. 41).

Este aporte directo debe ser entregado por el Estado al respectivo dueño en dos pagos anuales. Estos deben cubrir las mantenciones que corresponda hacer al término de una estación y la otra. La fiscalización deberá ser a través de la municipalidad de la localidad de dicho inmueble, en razón de ser estas instituciones los organismos más próximos a cada inmueble patrimonial.

2. También se proponen aportes estatales indirectos como la creación de una ley de donaciones específica para estos inmuebles. Esta propuesta es un incentivo para que las empresas y las personas naturales se interesen en financiar la mantención de estos inmuebles. Si ellos (empresas y personas) donar directamente a sus dueños para contribuir a la conservación y mantención de su inmueble patrimonial, se le otorgará “un beneficio tributario consistente en el derecho a un crédito equivalente al 50% de la donación en

contra del impuesto de primera categoría, global complementario o único de segunda categoría, según el caso” (p. 25).

Esto constituye un incentivo no sólo para el propietario del inmueble patrimonial, sino también, para el que hace el aporte, resultando conveniente para ambos. Quizás este sea uno de los mecanismos más eficientes y concretos en cuanto a financiar la mantención y conservación del patrimonio y da la posibilidad para que sea la misma ciudadanía, una empresa o un particular, los principales participes en asumir el costo de las mantenciones que requieren estos inmuebles. Es la sociedad la que se beneficia con la declaración de monumento nacional de un inmueble particular debiendo contribuir, junto con su dueño, a los gastos que dicha condecoración genera.

Tener presente que este es un beneficio que no debería hacer discriminación con aquellos donatarios que realicen actividades con fines de lucro. Como sería el caso de la Scuola Italiana de Valparaíso, que es un inmueble declarado monumento nacional que realiza actividades con fines de lucro y no por ello se debería dejar fuera de este aporte para su mantención.

3. Otra propuesta que establece la Cámara Chilena de la Construcción son *los contratos de asociación* que consiste en que dos o más terrenos colindantes, incluso abarcando áreas mayores, se asocien a través de un contrato privado, y así traspasar, de manera total o parcial, uno o algunos de sus atributos. La Cámara Chilena de la Construcción, señala que esto es un buen mecanismo para flexibilizar la normativa urbana y para posibilitar la conservación del patrimonio histórico, porque da la posibilidad de compensar al dueño de un inmueble patrimonial que ve reducidas sus posibilidades de edificación.

La gran particularidad que tiene este contrato es que constituye un incentivo para la conservación de edificios de interés histórico o arquitectónico, ya que por ejemplo, para aprovechar el potencial de constructibilidad de un terreno no es necesario demoler para construir en él, sino que se puede vender la constructibilidad a otra persona del sector. Sin embargo, y esto también fue señalado en la propuesta de la Cámara Chilena de la Construcción, ella presenta limitaciones respecto al aspecto patrimonial, ya que estos contratos no resuelven el problema que dice relación con la mantención de la obra

patrimonial, y tampoco es el Estado el que financia la conservación de la obra, sino que el propietario del sitio colindante o cercano, a través de la compra de la constructibilidad.

Se deben considerar estas propuestas de incentivos y mecanismos de compensación necesaria para lograr el objetivo que plantea la Ley 17.288. Sin embargo, estos deben implementarse de manera simultánea, para entregar, a sus dueños, un beneficio integral que abarque de forma global las necesidades que tienen estos propietarios para financiar sus inmuebles patrimoniales.

Se reconoce el valor que tienen los mecanismos de incentivos que debe proporcionar el Estado a los propietarios de bienes nacionales para la mantención de estos. Pero, además, se debe trabajar en un mecanismo de fiscalización, de lo contrario, esto constituye letra muerta y es lo que ocurre en la práctica con muchos problemas sociales, que más que un problema de fondo, es un problema de no fiscalizar las medidas que se deben adoptar. Si el Estado debe contribuir al aporte de la mantención de estos inmuebles, entonces, es necesario contar con un organismo técnico capaz de fiscalizar el cumplimiento de las medidas que se adopten. Contando con documentos que registren dichos aportes, pero también y, lo más importante, es que se fiscalice en terreno la realización de tal mantención o reparación que debe hacerse en la propiedad, a través de especialistas como ingenieros capaz de emitir opiniones que ayuden a mantener en buen estado los monumentos.

La legislación comparada, en esta materia de otorgar beneficios a los propietarios, se observa lo siguiente: en Perú a las personas naturales o jurídicas dueñas de bienes culturales muebles e inmuebles se les exime de todo tributo que grave los referidos bienes. Constituye un buen beneficio tributario que permite ser un incentivo para sus propietarios además de un porte indirecto del Estado, que es lo que se busca en nuestro país, que se den más beneficios tributarios a aquellos dueños de inmuebles patrimoniales para que puedan ver una retribución en sus costos de mantención a dichos inmuebles.

Sin embargo, esto no es propio de este país, sino que también, es contemplado por España en que los propietarios de bienes patrimoniales, gozan de exenciones fiscales y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las personas físicas. Además, para quienes

realicen inversiones en la adquisición, conservación, reparación, restauración, difusión y exposición del bien declarado de interés cultural, y para quienes realicen donaciones a instituciones públicas o privadas con tal fin, se les recompensa con deducciones sobre el Impuesto a la Renta.

En Perú, ante esto, se les reduce como gasto para el cálculo del Impuesto a la Renta el 100% de los costos de mantención y restauración de los mismos. Como una medida que ayude a su dueño a generar ingresos para su mantención y conservación, en el Perú se da la posibilidad de que ellos puedan estar abiertos, periódica y frecuentemente, al público y realizar labores de difusión. En Francia, el Estado paga, al menos, el 50% de los trabajos de conservación o mantenimiento cuando se le exige su realización. Los prefectos de región subvencionan hasta un 40% de los gastos efectivos que demande el mantenimiento o reparación del bien. En el caso de México, si sus dueños los mantienen conservados y, en su caso, los restauran, pueden solicitar la exención de impuestos prediales, también, como un incentivo para que los mantengan en buen estado.

Esto nos demuestra que en el derecho comparado se ha tomado conciencia que para proteger a estos bienes es imperioso otorgar beneficios a sus propietarios para contribuir en esa pesada carga que les obliga a mantenerlos en buen estado. Otorgándole una serie de beneficios que los ayuda a solventar la conservación del patrimonio cultural particular.

Apartándose de esta propuesta, existe un incentivo concreto para asumir los gastos de conservación. La Ley 20.003, con fecha 30 de octubre de 2008, modificó a la ley 17.235 sobre impuesto territorial. Permitiendo a los propietarios de inmuebles declarados monumentos nacionales, sin giro comercial, quedar exentos en un 100% del impuesto territorial. Este constituye un beneficio concreto, a través del cual el Estado se hace partícipe en la conservación y mantención que requieren estos inmuebles, aunque sea de manera indirecta. Sin embargo, esto debe hacerse extensivo a todo tipo de monumento nacional, incluyendo a aquellos que desarrollen actividades con fines de lucro.

2.4.2 Declaratoria de Monumentos Nacionales

Respecto a la declaración de monumento nacional, la Cámara Chilena de la Construcción, propone que el Estado debe participar en esta declaratoria. Es decir, el

Estado debe tener un rol activo, no sólo asumiendo participación en los gastos de conservación del inmueble patrimonial, sino en la declaratoria de dicho patrimonio. Lo sugerido es que la sociedad puede estar representada por el municipio, si se trata de un inmueble que al ser conservado beneficia a toda la comuna, o bien, por el Gobierno Regional, si se trata de un inmueble que al ser conservado beneficia a toda una región (2005: p. 18).

Debido a esto es necesario que existan organismos descentralizados del Consejo de Monumento Nacional, como ocurre en el derecho comparado, que sean ellos los encargados de participar en la declaratoria, ya que son ellos, como en el caso de una municipalidad, los que saben qué inmuebles tienen y qué repercusiones puede generar en su zona y cómo poder aportar en su conservación. Esta labor de designación no debe recaer en un solo organismo, como hasta ahora, y que, por lo demás, dependa del Ministerio de Educación, sino, más bien, el Consejo de Monumento Nacional debería pasar a dependencias del Ministerio de Cultura, pues son ellos quienes gestionan lo relacionado con el patrimonio cultural.

En el derecho comparado, la declaración de monumento nacional de un inmueble, incluso de muebles, es compartida por distintas instituciones participando, como en el caso del Perú, “la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación e Instituto Nacional de Cultura, encargados de proteger y declarar el patrimonio cultural bibliográfico, documental arqueológico, histórico y artístico, respectivamente, además deben conservar, investigar y difundir este patrimonio” (Cabeza Monteiro, 1996: p.3). Existe un Consejo del Patrimonio Cultural de la Nación, integrado por el Ministerio de Educación y representantes de distintas y variadas instituciones sociales, asegurándose, de esta manera, la participación de la sociedad.

Tenemos, también, en la legislación francesa la participación de innumerables instituciones, a través de las cuales, hay una participación social en su denominación y conservación de dichos inmuebles patrimoniales. Así, tenemos: “Ministerio de Asuntos Culturales, Consejo de Estado, Autoridad local: regional y departamental, Comisión de Monumentos Históricos y el Consejo Superior de Investigación Arqueológica. Como se

aprecia son muchas las instituciones que están comprometidas en esta materia y, por las cuales, existe una participación indirecta de la sociedad” (Cabeza Monteiro, 1996: p. 7 y 8).

2.4.3 Procedimiento de declaración de monumento nacional.

Un inmueble para que sea declarado monumento nacional no requiere de un trámite muy complicado. Al respecto el Consejo de Monumentos Nacionales elaboró un procedimiento para la declaración de un monumento nacional, el cual es bastante sencillo. Primero, cualquier particular puede solicitar la declaración de un bien como monumento nacional, enviando simplemente una carta con los antecedentes del bien al Consejo de Monumentos Nacionales y que, desde el año 1944, además se exige la opinión del propietario respecto de la declaración, sin este antecedente, el Ministerio de Educación no tramitará ningún decreto de declaración. Sin embargo, a pesar que se pide el pronunciamiento del propietario, ello no es vinculante y el Consejo puede decidir en contra de los intereses del particular.

La ley 17.288 no contempla la participación de éste en el procedimiento de declaración de monumento nacional y, por tanto, no contempla recurso de los cuales se podría valer para impugnar dicha declaración. Esto es muy diferente de lo que ocurre en el derecho comparado, específicamente en España, que establece su Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 48) que “la indefensión de los interesados constituye un vicio que ocasiona la anulabilidad del acto administrativo en cuestión, por lo que deben notificarse siempre las resoluciones a quienes afecte”. Este problema se genera porque se puede declarar un inmueble monumento nacional sin el consentimiento de su propietario. Debiera contemplarse una segunda etapa a este procedimiento que sería de reclamación, medios de impugnación, de parte de su dueño y, no solo de él, sino de cualquiera otro interesado como bien podría ser un ocupante, poseedor o, incluso, mero tenedor del inmueble. Si la ley contempla recursos para impugnar la declaración, sería una norma que brinda a sus imperados “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, garantía constitucional señalado en el N°3 del artículo 19 de la Constitución Política de Chile. La ley debe dar la posibilidad de que las personas puedan defenderse ante las amenazas en el ejercicio de sus derechos.

La posibilidad de oposición del propietario ante la declaración de su inmueble como monumento nacional, existe, aunque en solo dos legislaciones, la mexicana y francesa, ellas contemplan mecanismos para oponerse a esto. En la legislación Mexicana se da la posibilidad al propietario de dicho bien para que ofrezca pruebas que justifiquen su oposición ante el instituto correspondiente, el que las analiza y emite una resolución definitiva, ya sea a favor o en contra de la oposición del dueño. O, como ocurre en Francia que, en oposición del dueño a la declaratoria efectivamente emitida, se le otorgue una indemnización (Cabeza Monteiro, 1996: p. 21). De esta manera, se busca paliar el perjuicio que sufre el propietario de un bien patrimonial por aquella declaración que, en muchos casos, fue emitida contra su voluntad.

CONCLUSIONES

1. Derecho de propiedad constitucional.

El derecho de propiedad se ha considerado como un derecho que le otorga a su titular el ejercicio de amplias facultades jurídicas que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

Tradicionalmente se señala como una de sus principales características su carácter absoluto, concepción recogida por los códigos decimonónicos. Hoy en día se entiende que los derechos fundamentales, incluido el derecho de propiedad, no pueden ser absolutos, sino relativo, es decir, estos derechos deben ser relativizados, limitados, precisamente por estar en armonía con los demás derechos. Esto es recepcionado por las distintas Constituciones Políticas Occidentales, partiendo por la alemana, apartándose de la tradicional concepción.

Nuestra Carta Fundamental no queda alejada de aquello. Reflejo de esto es la consagración que hace del derecho de propiedad. Es decir, consagra un dominio limitado en razón de la función social que ella debe cumplir, haciéndolo coordinar con el bienestar social.

La función social es inherente al derecho de propiedad y, como tal, forma parte de su esencia, traduciéndose en una posibilidad de intromisión legislativa en el derecho. Esto manifiesta un sinnúmero de limitaciones, prohibiciones u obligaciones que no dan derecho a una indemnización para el propietario, porque la propiedad admite esa intromisión sustancial, sin que sea necesario llegar a la expropiación para que contribuya al bienestar general.

El contenido esencial es el límite de la intervención legislativa, que sólo puede ser sobrepasado actuando mediante indemnización (expropiación). Esta esencia del derecho de propiedad, en virtud de su función social, puede ser entendida en un aspecto absoluto o en un aspecto relativo. En virtud del primer aspecto los derechos fundamentales, tienen un círculo interno sustancial, absoluto. Con un contenido preestablecido y mínimo que constituye el límite a la intervención del legislador, correspondiendo, en definitiva,

determinarlo a los jueces, quienes cumplen una función interpretativa de importancia. Respecto del derecho de propiedad, ese círculo interno, contenido mínimo, sin el cual el derecho se tornaría irreconocible, estaría conformado por las facultades de goce y disposición. En cambio, el aspecto restringido niega la posibilidad de establecer el contenido esencial del derecho fundamental, de un modo fijo y preestablecido. Esta postura entiende como una manera de justificar la intromisión del legislador a los derechos fundamentales, a través de los principios de proporcionalidad e igualdad, constitucionalmente consagrados, por medio de los cuales controlarían los posibles excesos de la autoridad sobre los derechos de las personas.

2. Obligaciones impuestas a la propiedad privada en virtud de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, constituye una limitación en virtud a su función social constitucionalmente consagrada.

La Ley 17.288 establece obligaciones a los propietarios de monumentos nacionales con el propósito de ser conservados debidamente por ellos. Como por ejemplo no destruirlos, no hacer en sus alrededores construcción alguna, no modificarlos, si no cuenta con la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, realizar las reparaciones necesarias para su mantención. Para sus dueños, esto es considerado como una vulneración al derecho de propiedad, al no poder ellos usar, gozar o disponer libremente de su bien, toda vez que no sea contra la ley o derecho ajeno.

Sin embargo, las obligaciones que impone esta ley, corresponden a esa atribución concedida por la propia Constitución. Si a un propietario de monumento nacional se le obliga por ley a no destruir su inmueble o a no hacer transformaciones en él sin la autorización correspondiente, esto no sería otra cosa que un mandato legal de cómo disponer físicamente del bien.

Esto se debe por considerar al derecho de propiedad como derecho relativo y no absoluto e ilimitado, apuntando a su destino que sería la función social. Por eso la Constitución, además de consagrar este derecho, lo limita, siendo una *condición* del ejercicio de tal derecho.

Nuestra Constitución Política en su artículo 19 N° 24 inciso 2° establece que puede imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio procediendo sólo “cuando exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública”. Esto es lo que debe entenderse por función social que cumple la propiedad.

Entonces, cada vez que se declara monumento nacional un inmueble particular, su dueño debe cumplir con ciertas obligaciones que establece la ley que regula esta materia, limitando su derecho de propiedad. Aquellas limitaciones corresponden en atención a la función social que la propiedad debe cumplir en virtud de los intereses generales de la Nación que sería proteger los monumentos nacionales.

Más aun, no podría establecerse lo contrario, pues no hay vulneración a la esencia del derecho de propiedad por no haber privación absoluta de él o restricción grave de su uso, goce o disposición o, incluso, llegar a la efectiva privación del dominio o de algunos de sus tres facultades. Estas obligaciones sólo afectan la facultad de disposición que tiene el titular, en cuanto la ley establece la obligación de no transformar el bien, no construir en sus alrededores, si no cuenta con la autorización debida. Disposición material que pasa a tercero, Consejo de Monumentos Nacionales. Por tanto, esta obligación podría, incluso, constituir una restricción parcial a la facultad de disponer que tiene su titular, prohibición condicionada a la autorización correspondiente, pues si cuenta con ella puede realizar aquello que, en principio, está prohibido. Además, estos artículos, de la ley en discusión, no ve al derecho de propiedad como irreconocible, sino sólo lo interviene en pro del bienestar general, que sería la conservación del patrimonio cultural de la Nación.

3. Aquellas limitaciones no dan lugar a indemnización, pero sí a compensar aquella carga que genera la conservación de los inmuebles patrimoniales, toda vez que ello genera externalidades positivas en la sociedad.

No toda limitación a la propiedad privada debe ser indemnizada, sólo aquella que por medio de las restricciones impuestas, provoquen una disminución grave en su contenido esencial. De ser así, el Estado debe reparar ese perjuicio con la correspondiente indemnización.

Sin embargo, las limitaciones que impone la ley sobre monumentos nacionales a los propietarios de estos, en principio, no corresponde indemnización alguna. Toda vez que aquellas obligaciones constituyen una carga en razón de su función social, debiendo su propietario aceptar un cierto perjuicio en razón de este carácter social inherente a la propiedad. No obstante ello, los propietario de inmuebles patrimoniales, en concreto, sí sufren un menoscabo en su derecho a la propiedad apreciable en dinero, aunque no significativo en el derecho. Debiendo soportar solos una carga que beneficia a toda la sociedad, como sería el costo de sus mantención, el costo que dejan de percibir al no poder disponer de su inmueble como ellos quieren, sacándole provecho económico.

Estas limitaciones no afectan a la garantía constitucional señalada en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política, pero sí estaría perjudicando gravemente aquella señalada en el N° 20 y 22, que establecen “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas publicas” y la no discriminación arbitraria en materia económica, respectivamente.

Es decir, se afecta gravemente la equidad económica, en cuanto sea sólo una persona quien debe asumir el costo económico que conlleva la conservación de un inmueble patrimonial, en razón que ello beneficiar a toda la sociedad. Si ello genera externalidades positivas, el Estado debe contribuir a su mantención por medio de aportes estatales como subsidios directos o indirectos, incentivos para que la sociedad participe en esta colaboración. Además de mecanismos de fiscalización en conjunto con las municipalidades como órganos autónomos.

De esta forma se daría real importancia a los bienes patrimoniales, pues todos asumiríamos la responsabilidad de mantenerlos en buen estado y no sería una carga, como hasta hoy es, para sus propietarios. Además de equiparar las cargas públicas que, sin ello constituye un atropello a sus garantías constitucionales. El único incentivo concreto que da el Estado a los propietarios de inmuebles patrimoniales, sin giro comercial, es quedar exentos en un 100% del impuesto territorial.

BIBLIOGRAFIA

Alessandri, Arturo (2005): *Tratado del derecho real*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago.

Barnes, Javier (1988): *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, Madrid.

Bielsa, Rafael (1923): *Restricciones y servidumbres administrativas*, J. Lajouane y Cía., Buenos Aires.

Bielsa, Rafael (1966): *Principios del derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires.

Cabeza Monteiro, Ángel y Simonetti de Groote, Susana (1996): “Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales”, *Legislación comparada de patrimonio cultural: Perú, España, México y Francia*, Consejo de Monumentos Nacionales, Segunda Serie, N° 13.

Cámara Chilena de la Construcción, Gerencia de Estudios (2005): Observaciones y Propuestas de la Cámara Chilena de la Construcción para una mejor construcción del patrimonio en Chile, N° 28.

Cea Egaña, José Luis (2003): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, Santiago.

Consejo de Monumento Nacionales (2007): “Procedimiento para la declaración de un Monumento Nacional y requisitos mínimos para presentar una solicitud de declaración”, Documento de trabajo CMN.

Duguit, León (1912): *Las transformaciones generales del derecho privado después del Código de Napoleón*, Alcan.

Evans de la Cuadra, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago.

Fujita Alarcón, Fernando (2010): “Patrimonio Cultural”, en Boletín Andinas n° 1,2,3, del Gabinete de Arqueología Social (GARSOC). Editado en Lima. Disponible en

<http://www.deperu.com/arqueologia/fujita.html>. Fecha última consulta: 5 de septiembre de 2010.

Gavara, Juan Carlos (1994): *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamental en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Martínez, J.I (1994): “*La Función Social del Derecho de Propiedad en la Teoría de Luhmann*” en *el Sistema Económico en la Constitución Española*, XV Jornada de Estudio, Volumen I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid.

Mayer, Otto (1982): *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, Parte Especial, Editorial Desalma Segunda Edición, Buenos Aires.

Novoa Monreal, Eduardo (1989): *El derecho de propiedad privada*, Editorial Centros de Estudios Latinoamericano Simón Bolívar (Cepla), Segunda Edición,

Revetria Beltrán, Mafalda (1977): *La propiedad Monumental en Chile*, Editorial Universitaria, Santiago.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIX, sec. 1º pp 1

Ugarte Godoy, José Joaquín (2001): “Limitaciones al dominio de las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización”, en *Derecho Administrativo. Revista Chilena de Derecho*. Vol., pp. 425-448.

Varas, Juan (1998): “Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad”. *Revista de Derecho. Número Especial*.