

# ANALISIS DE UN FALLO Y SU RELACION CON LA LEY N° 17.288 (MONUMENTOS NACIONALES)

LUZ BULNES ALDUNATE  
Profesora de Derecho Constitucional  
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

Estimamos de interés para estas Jornadas de Derecho Público, el análisis de un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la Corte Suprema y recaído en el recurso de protección interpuesto por el Banco Hipotecario Internacional Financiero contra el Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Santiago por haber dictado la Resolución 2715 que atentaría contra los derechos constitucionales establecidos en el artículo 19 N° 2 inciso 2°, N° 21, N° 24 y N° 26 de la Constitución Política.

La sentencia en cuestión tiene relación directa con las disposiciones de la Ley N° 17.288 del Consejo de Monumentos Nacionales y las atribuciones que se otorgan a este órgano del Estado.

La aplicación estricta de la ley ha llevado a que se configuren actos que podrían afectar directamente los derechos constitucionales resguardados por el constituyente en el artículo 19 de la Carta Fundamental, lo que evidentemente plantea la duda de si esta ley está o no adecuada a la Constitución de 1980 o de si sería conveniente su revisión por el órgano legislativo de manera que no se produzcan situaciones como las que vamos a exponer en el análisis del recurso señalado, que atentan en forma evidente contra claras disposiciones constitucionales.

Además un examen detallado de esta normativa nos lleva también a la conclusión que ella se aparta de toda la tendencia mundial en esta materia, pues bajo el pretexto de proteger el patrimonio histórico y cultural se está permitiendo que se afecten derechos constitucionales y que la declaración de Monumento Nacional venga a significar en la práctica una carga pública, violentando el principio de igualdad que debe regir a toda carga sea patrimonial o personal

## *El recurso*

El Banco Hipotecario Internacional Financiero adquirió un inmueble ubicado en la Alameda Bernardo O'Higgins que pertenecía a la sucesión Montero en Enero de 1981.

Dos años más tarde el Consejo de Monumentos Nacionales solicitó del Ministerio de Educación que declarara dicho inmueble como Monumento Histórico, proposición que fue aceptada por esta Secretaría de Estado.

El sismo de 1985 produjo graves daños en la estructura de esta propiedad al igual que las lluvias torrenciales de los años 1986 y 1987.

En este contexto el BHIF solicitó de la Ilustrísima Municipalidad de Santiago la autorización para demoler la Ferretería Montero con el propósito de poder al menos enajenar el sitio que ella ocupaba. Tal autorización le fue denegada a raíz de haber consultado la autoridad edilicia al Consejo de Monumentos Nacionales, sosteniendo este organismo que los quebrantos estructurales debían ser reparados.

El Consejo de Monumentos Nacionales reiteró en todo momento su posición, cual era que el BHIF estaba obligado a ejecutar de su cargo el proceso de recuperación del inmueble.

Entre los antecedentes del caso en estudio cabe destacar que la subsistencia en la avenida más importante de la ciudad, de un ruinoso edificio que exhibía por ambos frentes anuncios de peligro de derrumbe lo que concitó una gran alarma pública.

El BHIF solicitó informe sobre el costo de reparación del edificio a varias firmas de ingenieros, entre ellos a los que le sugirió el propio Consejo de Monumentos Nacionales, destacándose que todos estos cálculos superaban los \$ 60.000.000, y hoy día más de \$ 600.000 millones, insistiendo el Consejo en que el daño del edificio era recuperable.

Sostiene, además el recurso que la Ley N° 17.288 en su artículo 12 obliga al propietario de un edificio histórico sólo a conservarlo en el estado en que se encuentra al tiempo en que se dicta el decreto supremo que así lo califica que no sería aplicable en la especie de los daños sufridos ulteriormente.

El artículo mencionado en su inciso primero dispone: “Si el Monumento histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo, 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 Oficio N° 67 de 1988 del Alcalde al Ministerio de Educación se expresó que era altamente conveniente autorizar la demolición del edificio, pues si bien era viable su preparación estructural su costo era tal que no era razonable emprenderla.

Dados estos antecedentes el Intendente del Santiago señaló que lo único que procedía era “desafectar” el inmueble para proceder a su demolición por el peligro inminente que éste representaba.

Pese a lo anterior el Consejo de Monumentos Nacionales persistió en su negativa de desafectar la propiedad, solicitada por el Intendente y el señor Alcalde y probada por los técnicos de la Municipalidad, sustentando su posición en el artículo 12 de la Ley N° 17.288.

El Presidente de la República prescindió de su opinión y dictó el Decreto Supremo 332 de 1988 por el que derogó el que le dio carácter de Monumento Histórico al inmueble en referencia. La Contraloría General de la República no tomó razón de este decreto por estimar que conforme a lo prevenido en la Ley N° 17.288, especialmente en artículo 12 de este cuerpo legal, para disponer de una medida de tal naturaleza era necesario el acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales.

En esencia la Contraloría General de la República señaló que su negativa a tomar razón del Decreto Supremo que desafectaba el inmueble se basaba en que se habría omitido acreditar la existencia del acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales con arreglo a lo prevenido en la Ley N° 17.288.

Impedida de esta forma la desafectación de su calidad de Monumento Histórico de la ex Ferretería Montero el señor Director de Obras Municipales expidió la Resolución 2715 del 6 de Octubre de 1989, contra la cual el BHIF recurrió de protección por estimar que constituía un acto arbitrario e ilegal.

La referida resolución ordenaba: "Procedase a la reparación total del inmueble de Avenida Libertador Bernardo O'Higgins N° 1483-1487, referente a sus fachadas y resolviendo además los problemas de afianzamiento de los muros y techumbres y protección de su coronamiento, bajo asesoramiento de profesional calificado antes de 30 días y previo permiso municipal en conformidad al artículo 158 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, lo señalado por Oficio Ordinario N° 172 de 10 de Junio de 1989 del Consejo de Monumentos Nacionales y Ordinario N° 2203 de 22 de Septiembre de 1989 de la Dirección Jurídica".

De los antecedentes pareciera contradictorio e inadmisibles que la Resolución 2715 emitida por el propio funcionario que habría dispuesto la demolición en años anteriores ordena al BHIF que procediera a la reparación del edificio en cuestión.

Frente a esta resolución el BHIF actuó de protección para requerir de la Ilustrísima Corte que impetrara las medidas necesarias para restablecer en la especie el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 Número 2 inciso 2°, Número 21, Número 22 y Número 24 de la Constitución Política y 19 Número 26 del mismo texto.

Sostiene el recurrente la arbitrariedad e ilegalidad de la Resolución N° 2715 de 1989.

Informando el recurso el Director de Obras de la Municipalidad de Santiago recordó el Decreto Supremo de desafectación que no se cursó por faltar el acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales, en tales circunstancias adujo que

sólo le quedó planteada la alternativa del artículo 158 de la Ley sobre Urbanismo y Construcciones que autoriza para disponer la demolición u ordenar la reparación de los edificios ruinosos. Como el Consejo de Monumentos Nacionales habría negado la autorización para demolición, el Director de Obras Municipales siguió la segunda vía cual era la de ordenar la reparación de la propiedad por la Resolución N° 2715.

Solicitó el informante el rechazo del recurso por que todas sus actuaciones se habrían enmarcado en la ley, pues por una decisión que le era ajena no podía ordenar la demolición de la obra.

Se pidió también informe al Consejo de Monumentos Nacionales, sosteniendo este organismo que habría cumplido sus obligaciones y observando su ley orgánica en la preservación del patrimonio histórico nacional.

### *La sentencia*

En el análisis del fallo recaído en este recurso cabe destacar los siguientes puntos:

1. Según lo expuesto en el considerando N° 1 un hecho no puede revestir la doble calidad de constituir una acción u omisión al mismo tiempo.

Son circunstancias que no pueden concurrir coetáneamente y dado que la Resolución N° 2715 importa la idea de acción la sentencia no se pronuncia sobre la petición de que se declare como una omisión arbitraria o ilegal.

2. En relación con el punto referente a si la Resolución N° 2715 es ilegal y arbitraria, la Corte se pronuncia señalando que el recurrido, es decir el Director de Obras Municipales actuó dentro del marco de la ley, por cuanto ésta lo facultaba para ordenar la demolición del edificio o disponer su reparación. No pudiendo ordenar la demolición pues ello importaba ir en contra de las atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales, que se opuso a desafectar el inmueble de su calidad de Monumento Histórico, la autoridad requerida optó por la otra alternativa legal cual era ordenar la reparación del edificio.

En cuanto a la arbitrariedad de la medida el fallo se pronuncia por la *irracionalidad* de este actuar y declara en consecuencia que la Resolución del Director de Obras Municipales es arbitraria, fundando esta resolución en los antecedentes de hecho que obraban en su poder, especialmente, cabe recordar el Decreto Supremo de desafectación del cual la Contraloría no tomó razón por faltar la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales y además que el propio Alcalde llegó a decir que una evaluación técnica demostraría que su reparación era prácticamente imposible y que en todos los informes técnicos se expresa que este edificio por sus condiciones no podrá ser reparado ni reconstruido.

Estimó la Corte que carece de toda racionalidad ordenar la reparación de un edificio si el superior jerárquico del Director de Obras habría manifestado en Resolución N° 433 de 1988 que la recuperación del edificio era prácticamente imposible.

Deja en claro el sentenciador que por estas razones la Resolución N° 2715 debe estimarse arbitraria e irracional.

3. Establece la sentencia que la actuación del Consejo de Monumentos Nacionales no es materia de la acción cautelar ejercitada ni es tampoco la demolición del edificio.

4. En cuanto a los derechos conculcados la Corte hace el siguiente examen:

a) Respecto del artículo 19 N° 26 no lo considera porque la Constitución no concede acción a su respecto;

b) Respecto al artículo 19 N° 21 no se ve como la Resolución N° 2715 haya podido impedir desarrollar actividades económicas al Banco.

c) En cuanto al artículo 19 N° 22 tampoco se ve como la Resolución N° 2715 haya establecido discriminaciones arbitrarias en materia económica que afecten al recurrente, y

d) En relación al artículo 19 N° 2 no se visualiza que la Resolución N° 2715 haya incurrido en diferencias arbitrarias.

5. La sentencia considera en forma aparte la posible violación al artículo 19 N° 24 que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies.

El recurrente alegó amenaza, perturbación y privación de su derecho de propiedad.

Se rechaza que la Resolución recurrida haya privado o perturbado el derecho de dominio, pero si se estima que es un acto antijurídico que amenaza las facultades que el artículo 582 del Código Civil reconoce a este derecho que se califica de absoluto: “le impone una carga patrimonial —reparación total del inmueble— conmina al propietario a efectuar las obras en breve lapso y le anuncia el mal o perjuicio que debe sufrir en caso de omisión al expresar que será objeto de denuncia ante el juzgado de policía local respectivo, lo cual importaría, de llevarse a cabo, la pérdida de bienes de su patrimonio para satisfacer las multas. Todo lo anterior conforma el peligro inminente de daño y afecta al goce, meramente conservatorio de la cosa que se compele a restaurar, con lo que queda de manifiesto el quebrantamiento de orden jurídico por causa del acto arbitrario.

De lo expuesto se desprende que se conculca el derecho de propiedad pues se le amenaza al imponerle cargas patrimoniales por un acto arbitrario.

6. Por último la Corte hace ver que al Banco le queda subsistente su pretensión sustancial cual es conseguir de la Municipalidad o del Consejo de Monumentos Nacionales la demolición del edificio.

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Sergio Guzmán Reyes, quien señaló, en su voto de minoría, que el Director de Obras había procedido en derecho porque no podía desatenderse del problema planteado, porque el inmueble amenazaba ruina y su obligación era evitar riesgos de daños y peligro inminente de los terceros que transitan por las veredas contiguas. Es por ello que no quedándole otra alternativa dentro de la lógica y la razón ordenó la reparación en la forma que se señala en la Resolución N° 2715. Expresa, además, que si a alguien puede reprochársele el no haberse podido ordenar la demolición es a la totalidad del Consejo de Monumentos Nacionales que acordó no desafectar ni permitir demoler sino reparar el inmueble.

En la práctica si bien el BHIF logró por la interposición del recurso que no se le agravara con la reparación del edificio, la situación sigue igual, no se puede ordenar la desafectación ni la demolición de la obra, lo que constituye para el Banco un evidente perjuicio patrimonial, que nos lleva a formular los siguientes comentarios.

### *Comentarios*

1. La Corte reitera lo sostenido en otros fallos en cuanto al concepto de arbitrariedad asimilándolo a lo irracional. Se funda para ello en que carece de toda racionalidad ordenar la reparación de un edificio en circunstancias que el superior jerárquico que quien dicta la Resolución habría ordenado la demolición, por estimar que por su estado ruinoso no podía ser reparado ni reconstruirlo.

Frente a esta evidente contradicción la Corte estima que existe una falta de racionalidad en la Resolución recurrida aunque el funcionario que la dictó estuviera premunido de las atribuciones legales.

Hace ver cómo los conceptos de arbitrariedad y de legalidad no son conceptos sinónimos y que no es menester que concurren copulativamente. En el caso que analizamos la Resolución recurrida era plenamente legal, pero carecía de fundamentos racionales lo que permitió acoger el recurso.

El Tribunal dejó, claramente, establecido que si bien la intención del recurrente era obtener la desafectación o demolición del edificio, ello no le

correspondía al Tribunal ordenarlo y que tales decisiones eran de la órbita de acción del Alcalde o del Consejo de Monumentos Nacionales, lo que trajo como consecuencia que se produjera una situación que pareciera no tener solución dentro de las vías legales.

2. La negativa del Consejo de Monumentos Nacionales de desafectar el inmueble ¿no sería acaso una omisión de carácter arbitraria?

De los antecedentes expuestos resulta claro, como bien lo estableció la Corte de Apelaciones y lo confirmó la Corte Suprema, que ordenar la reparación del edificio referido era técnica y económicamente imposible.

Por una parte estaba la magnitud de la obra que ello representaba y por la obra el costo de reparación que significaba.

Si bien el Consejo de Monumentos Nacionales actuó en la esfera de su competencia, pues está facultado por la Ley N° 17.288 para ordenar la conservación del edificio, no es menos cierto que al no autorizar la desafectación del edificio incurrió en una *omisión* que podría estimarse arbitraria e irracional, pues obligó al dueño del edificio a efectuar reparaciones que desde todo punto de vista eran irrealizables y mantuvo una situación que según los antecedentes descritos constituía un peligro para toda la comunidad.

Se plantea la duda de si puede existir una omisión de carácter arbitraria, cuando el agente no ha estado obligado legalmente a actuar.

Si bien el texto ley N° 17.288 no plantea el problema de la desafectación de los inmuebles, en estricto derecho el Consejo de Monumentos Nacionales no podía mantener en la calidad de Monumento Histórico a un inmueble que en cualquier momento podía ocasionar daño a la población, estando comprobada la imposibilidad de su reparación.

A nuestro juicio es dable sostener que el Consejo al no autorizar la desafectación del inmueble habría incurrido en una omisión que podría estimarse arbitraria.

De los problemas planteados y del análisis del recurso interpuesto y del fallo recaído en él, nos parece que toda la situación descrita, tiene su núcleo esencial en las atribuciones que la Ley N° 17.288 otorga al Consejo de Monumentos Nacionales, por lo que estimamos, sin entrar a un examen minucioso de esta normativa, destacar ciertas disposiciones de esta ley que en principio no estarían adecuadas a la Constitución de 1980.

El Consejo de Monumentos Nacionales fue regulado por Ley N° 17.288 que modificó las Leyes N° 16.617 y N° 16.719 y derogó el Decreto Ley N° 651 de 17 de Octubre de 1925 que creó este organismo técnico que depende directamente del Ministerio de Educación y que entre sus atribuciones cuenta con la de pronun-

ciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales los lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso y solicitar de la autoridad competente la dictación del decreto correspondiente.

De la lectura aislada de estas normas resulta que el Consejo tiene sólo atribuciones de carácter asesor y que está supeditado a lo que resuelva en definitiva el Ministro de Educación.

Se establece el Consejo como un organismo de carácter asesor del Ministerio de Educación.

Sin embargo un estudio más pormenorizado de sus atribuciones nos lleva a la conclusión que este organismo tiene claras atribuciones de carácter decisorio en cuanto a la afectación o no de un determinado bien, como lo hemos visto en el caso analizado anteriormente, y que tiene también atribuciones para decidir sobre las limitaciones que puede imponer a los propietarios de los bienes declarados Monumentos Nacionales.

Examinaremos a continuación las atribuciones de este órgano en relación con la declaración de Monumento Histórico, analizando si éstas se adecúan o no a la Constitución de 1980.

Tratamos este punto por tener relación directa con el recurso de protección que hemos analizado y dada la circunstancia que la aplicación de estas normas llevaron a la situación que hemos descrito en que se encuentra hoy día la ex Ferretería Montero, que representa un peligro para la ciudad y no puede ser reparada ni puede ser demolida. Existe, en consecuencia, un evidente perjuicio patrimonial para sus dueños que no les ha sido indemnizado.

El Título III de la Ley N° 17.288 se denomina de los Monumentos Históricos los que según el artículo 9 de este cuerpo legal deben ser declarados por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales.

Nada dice el Título III respecto a su desafectación, pero la interpretación de la Contraloría General de la República, sobre la materia, ha sido que si se requiere el acuerdo del Consejo para afectar a un bien determinado su desafectación debe contar también con la autorización de este organismo.

Esta interpretación nos conduce a que por la vía de la interpretación se estaría extendiendo el ámbito de acción de la ley, pues se le otorgan facultades resolutorias a un organismo que legalmente aparece como técnico y dentro de la estructura de Ministerio de Educación.

No concordamos con esta tesis pues la aplicación estricta de la ley lleva a la conclusión que ésta sólo establece un procedimiento para la declaración de



Monumento Histórico, no así para la desafectación del bien, entendiéndose por desafectación, el hecho de que un Monumento deje de ser tal por decisión del Presidente de la República.

Si bien la tesis de la Contraloría en esta materia no se ajusta, a nuestro juicio, a derecho, la verdad es que las razones por las cuales un bien debe dejar de ser Monumento Histórico, son tan importantes como las que provocan su declaración de tal, por lo que la ley debiera exigir que se siguiera un procedimiento similar al de la declaración, oyendo, eso sí, siempre al afectado.

En cuanto a la declaración misma de Monumento Histórico cabe señalar como bien lo explica Mafalda Revetria en su obra "La Propiedad Monumental en Chile" que la Ley N° 17.288 no contempla participación alguna del interesado ni siquiera la obligación de poner en conocimiento de éste el hecho de existir una denuncia que pueda provocar la declaración de Monumento Histórico y menos aún la notificación del acuerdo del Consejo al particular afectado.

Es así como en nuestra legislación un objeto puede ser declarado Monumento Histórico sin que el dueño de la cosa tenga conocimiento de ello.

Dicho desconocimiento se ve acrecentado por el hecho de que el Decreto Supremo que declara el bien Monumento Histórico, no siempre es publicado en el Diario Oficial.

Esta publicación debería ser obligatoria en todas las declaraciones y, más aún, en aquellos casos en que ella incide en bienes de particulares.

Uno de los efectos más importantes de la declaración de Monumento Histórico es que afecta el derecho de dominio pues lo limita e incide directamente en la facultad de disposición, por lo que estimamos que la declaración debería siempre publicarse, y tratándose de bienes raíces subinscribirse al margen de la inscripción de dominio.

La ley no contempla participación alguna del interesado en el procedimiento de declaración de Monumento Histórico, no sólo no se le notifica de esta resolución sino que también no se le oye ni se contempla un plazo dentro del cual él o los interesados puedan contestar los argumentos de la denuncia.

Al particular se le van a imponer cargas patrimoniales y limitaciones al dominio, por el hecho de declararle su propiedad Monumento Histórico, y la legislación no establece en este procedimiento instrumento jurídico alguno para que a éste se le oiga o pueda oponerse.

¿No se estaría en este caso atentando contra la igual protección en el ejercicio de los derechos?.

El derecho que se establece en el artículo 19 N° 3 es un nuevo derecho incorporado al texto constitucional y como bien dice Enrique Evans en su obra "Los derechos Constitucionales" es una consecuencia de la igualdad ante la ley y en ella se pretende que todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, incluyendo

los tribunales, de cualquier naturaleza para la protección de sus derechos, se encuentran en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social o situación económica y sin que sean admisibles discriminaciones arbitrarias, es decir, odiosas, injustas o irracionales". (Pág. 26).

En conformidad con la disposición citada sería deber de toda autoridad oír al interesado y podríamos aplicar aquí en una interpretación armónica los conceptos del racional y justo procedimiento que implican que siempre debe oírse al afectado.

La ley en cuestión no estaría en consecuencia de acuerdo con la Constitución de 1980 porque permite la declaración de Monumento Histórico, sin que se oiga a quien va a ser afectado con esta declaración lo que significa en último término establecer una categoría especial de propietarios que sufren cargas patrimoniales sin que se les ponga en conocimiento la declaración del Consejo y sin que puedan oponerse o interponer recurso alguno contra esta declaración.

Por los antecedentes expuestos estimamos que *la ley N° 17.288 sería contraria al artículo 19 N° 3 de la Constitución* que establece la igual protección en el ejercicio de los derechos y que se violentaría también *el artículo 19 N° 2* que prohíbe a la ley y a la autoridad administrativa establecer discriminaciones arbitrarias.

Nuestra interpretación está fundada principalmente en una exégesis armónica del texto constitucional; nos encontramos por una parte con disposiciones constitucionales que exigen que todo procedimiento sea racional y justo y que establece que debe existir igualdad en el ejercicio de los derechos y por otra parte una disposición legal que señala que sin oír al particular interesado y sin que éste pueda ejercitar recurso alguno, su propiedad queda afectada a una situación jurídica que en la práctica significa la indefensión frente a las resoluciones del Consejo de Monumentos Nacionales.

El particular dueño de un bien que ha sido declarado Monumento Histórico queda sujeto a las disposiciones legales de la Ley N° 17.288, que establecen la posibilidad de imponerle cargas patrimoniales y limitaciones a su dominio sin que a éste se le oiga, se le notifique o se le indemnice por la situación producida.

Es evidente que se rompe aquí la igualdad jurídica que la Constitución establece en el artículo N° 2 y artículo 19 N° 3. Más aún ¿no estaría el Estado a través de las facultades que se otorgan al Consejo de Monumentos Nacionales atentando contra uno de sus deberes señalados por las bases de la institucionalidad, cual es el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional?

En suma, la falta de acción del propietario para reclamar de la declaración de Monumento Histórico y además, la circunstancia que no tenga derecho a ser oído en el proceso de afectación de un bien de su propiedad a esta categoría jurídica, nos permitiría concluir afirmando que la Ley N° 17.288 establece discriminaciones arbitrarias respecto del particular cuyo bien es declarado Monumento Histórico, las que atentarían contra el artículo 19 N° 2 y 19 N° 3 de la Constitución Política.

Por la importancia que revisten en esta materia analizaremos a continuación los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288.

*“Artículo 11.* Los Monumentos Históricos quedan bajo el control y 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 forman 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”.

*“Artículo 12.* Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente, no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas.

Si fuere en lugar o sitio eriazos, éste no podrá excavar o edificarse sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, como en los casos anteriores.

La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de uno o cinco sueldos vitales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25, 27 y 38 de esta ley y de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública”.

De la sola lectura de estas disposiciones podemos deducir que ellas introducen importantes limitaciones al derecho de dominio, que se autorizan buscando conciliar el interés particular con el interés general.

Es evidente que las limitaciones impuestas por la ley afectan los atributos de uso, goce y disposición del dominio y aunque estén fundadas en la función social que debe cumplir la propiedad, nos plantean la duda de que en algunos casos son de tal naturaleza que más que limitar estos atributos privan al dueño de alguno de ellos.

En el caso que examinábamos es evidente que al BHIF por las atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales, no sólo se le limitan los atributos esenciales del dominio sino que también se le privó de estas facultades.

Es evidente que dadas las circunstancias en que se encuentra la propiedad, no se permite usar ni gozar y tampoco disponer de ella, pues la situación que le afecta hace imposible cualquiera negociación comercial relacionada con este inmueble.

Nos encontraríamos a nuestro juicio frente a un caso de los que fueron ejemplo para colocar en el texto de la Constitución que sólo se puede privar de alguno de los atributos esenciales del dominio por expropiación.

El constituyente en el artículo 19 N° 24 inciso 2° estableció la posibilidad de imponer por ley limitaciones al derecho de dominio y en la Sesión N° 157 para evitar el riesgo de que la amplitud de las limitaciones hicieran desaparecer los atributos del dominio se hizo referencia a que era indispensable establecer en la Constitución una mención a la esencia del derecho.

Queriendo señalar una diferencia entre limitación del derecho y privación del mismo o de sus atributos esenciales el señor Ovalle expresó: La privación consiste en que una de las facultades que son de la esencia del derecho de propiedad no la ejerce su titular. Por lo tanto, afecta a la esencia del derecho cuando se dispone que otro use y goce por el dueño o que disponga por el dueño, porque se afecta un atributo esencial del derecho (Sesión 157 (E. N. C.)).

Continúa diciendo: “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”.

En la especie es evidente que al propietario no sólo se le ha limitado su dominio sino que también se le ha privado de atributos esenciales de él. En la práctica el Consejo de Monumentos Nacionales viene a decidir sobre el goce y disposición de los Monumentos Históricos, por lo que la amplitud de sus atribuciones afecta el derecho de propiedad del dueño del inmueble privándolo de sus atributos esenciales, efecto que sólo puede producirse a través de una expropiación de estos atributos y no por la vía de entender que se trata sólo de una limitación al dominio.

Más aún, a nuestro juicio aunque no se contemple expresamente en el texto constitucional, para los períodos de normalidad política, la indemnización de las limitaciones que se impongan por ley estimamos que aplicando un criterio finalista de interpretación de la Constitución éstas deberían indemnizarse. La Constitución no prohíbe que se indemnicen, por lo demás la historia de estas normas permitiría sustentar esta tesis.

Estudios sobre la Ley N° 17.288 han llegado a conclusiones semejantes a las que sostenemos en este trabajo. Así, en el informe de la Comisión de Estudios de las Leyes Complementarias de la Constitución de 1988, se estableció que este cuerpo legal no estaba adecuado a la Constitución de 1980 en varias disposiciones de su texto.

Cabe destacar al respecto las siguientes conclusiones de este informe:

1. A fin de evitar una utilización abusiva de las facultades de la ley contra la propiedad privada o de particulares, se plantea la conveniencia de

establecer un sistema mediante el cual la autoridad administre, al tomar una medida relacionada con la declaración de Monumentos Nacionales e Históricos, cuente con el acuerdo de otra autoridad no subordinada a aquella.

2. Se sugirió también, que para los efectos de publicidad a terceros, se practique de oficio la subinscripción al margen del título de dominio en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente de los bienes que hayan sido afectados por declaraciones a que se refiere la Ley N° 17.288.

3. Se sugirió, además, la necesidad de establecer un procedimiento para asegurar la intervención del dueño del predio en los casos en que el Consejo de Monumentos Nacionales, a través de sus diversas atribuciones que le confiere la ley, pueda privar o menoscabar la propiedad del particular.

4. Se proponen también medidas concretas tendientes a ayudar y a estimular a los propietarios de los inmuebles declarados Monumentos Nacionales para contribuir a la conservación de los mismos, como ser:

a) Exención de contribuciones territoriales y de toda clase de tributos con respecto al inmueble declarado Monumento Nacional;

b) Aportes del Estado para obras de conservación o reparación del bien;

c) Indemnizar las limitaciones a que pueda estar afecto el bien y que no implique necesariamente la privación del dominio o de alguno de sus atributos.

La Comisión sobre este punto, puso especial énfasis en los aspectos siguientes:

Que la privación del dominio o cualquiera de sus atributos esenciales debe hacerse por la vía de la expropiación con la consiguiente obligación de indemnizar.

Que las limitaciones que puedan establecerse y que no constituyan una privación del dominio, puedan eventualmente indemnizarse ya que la Constitución de 1980 no lo prohíbe expresamente.

Por último, respecto a los bienes inmuebles la Comisión recomendó la adopción de un procedimiento que regulara la forma en que deberían declararse los Monumentos Nacionales, el que tenía la particularidad de establecer la obligatoriedad de oír al afectado y a la Municipalidad respectiva en que se encuentre el inmueble en estudio a fin de que informe sobre la conveniencia de la declaración de Monumento Nacional de ese bien.

### *Conclusión*

Hemos analizado un fallo que nos muestra claramente cómo un propietario no sólo ha sido amenazado en su derecho de dominio, como lo sostiene la sentencia, sino que también las facultades inherentes a este derecho han sido limitadas sin pago alguno de indemnización, lo que representa para el dueño un evidente perjuicio patrimonial

y, además, puede sostenerse que el Consejo de Monumentos Nacionales, por la vía de exigir una reparación del inmueble, en la práctica imposible de realizar, privó a los dueños del inmueble de la facultad de disposición, efecto que sólo puede operar mediante la expropiación.

Lo anterior nos lleva a concluir que la aplicación estricta de la Ley N° 17.288 y de las facultades que ésta otorga al Consejo de Monumentos Nacionales, inciden directamente en los atributos que otorga el derecho de dominio, de manera tal que podría sostenerse esta normativa no estaría adecuada a la Constitución de 1980.

En mérito de lo expuesto estimamos que esta legislación debe ser revisada, adecuándola no sólo a la Constitución de 1980, sino que también a las tendencias actuales en esta materia, de manera que se alcance una armonía entre el interés particular y el interés de la comunidad.

En muchas legislaciones la circunstancia de que un inmueble sea declarado Monumento Histórico constituye un beneficio para sus dueños y no una carga patrimonial como pareciera ser en Chile por la aplicación de las normas de la Ley N° 17.288.