



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

PDAE UC

Programa de Derecho Administrativo Económico
www.derechoadministrativoeconomico.cl



IV Jornadas de Derecho de Bienes de uso público y territorio
Mirada Administrativa N°5
Julio 2017



IV Jornadas de Derecho de Bienes de Uso Público y Territorio

Patrimonio Natural y Cultural: uso, protección y explotación

El día 14 de noviembre de 2016 el Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE) invitó a un grupo de expositores con el fin de realizar un seminario cuyo propósito fue conocer las actuales visiones sobre el uso, la protección y la explotación del patrimonio, tanto natural como cultural en Chile, desde la óptica de su marco regulatorio así como la tendencia jurisprudencial en la materia. En virtud de la relevancia de los temas tratados en el seminario, y que estas temáticas serán profundizadas en el N°23 de las Revista de Derecho Administrativo Económico continuación se presenta una primera revisión de lo expuesto.



Contenido

1. Alejandro Vergara (PDAE):
[Patrimonio cultural: unidad y fraccionamiento. Protección a través de regulación ambiental](#)
2. Silvia Bertazzo:
[Ingreso al SEIA de los proyectos que afectan bienes culturales](#)
3. Teresita Chubretovic:
[Institucionalidad e instrumentos de fomento para la protección y difusión del patrimonio natural y cultural](#)
4. Edesio Carrasco - Gonzalo Parot:
[Alcances del derecho real de conservación para la protección y difusión del patrimonio natural y cultural](#)
5. Esteban Cañas:
[Régimen jurídico de los monumentos arqueológicos e históricos - Caso Oriflama](#)
6. Alfredo Vial:
[Potestades de la Dirección de Vialidad en las autorizaciones de uso de faja y traslado de instalaciones.](#)



Patrimonio cultural: unidad y fraccionamiento. Protección a través de regulación ambiental



Alejandro Vergara

Abogado de la Universidad de Concepción. Profesor Titular Pontificia Universidad Católica de Chile, Post Doctorado en Derecho, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Director Programa de Derecho Administrativo y del Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC.

La noción de “cultura” contiene varios elementos que deben ser observados para efectos de su definición, a saber: se trata de obras de creación o valorización humana, que promueven la pertenencia de los individuos, trascendiendo valores económicos de mercado, y son transmitidos socialmente de generación en generación; y el mismo puede ser inmaterial o intangible (como por ejemplo las danzas folclóricas) como materiales (como las Iglesias). En el caso de Chile se cuenta con un registro de 1.517 monumentos nacionales, por ejemplo.

Por la importancia que ello representa para una sociedad, por su condición de irreproducible, siendo que su pérdida produciría empobrecimiento en la cultura, el patrimonio cultural goza de protección, tanto que incluso organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) contemplan entre sus funciones, contribuir con las naciones a su desarrollo mediante la preservación de los recursos naturales y culturales.

Marco regulatorio

Desde el punto de vista del patrimonio cultural material, por lo anteriormente mencionado se justifica la intervención de la administración con el fin de procurar su protección, siempre que la misma se lleve a cabo de forma armónica con el respeto a los derechos y libertades de los particulares. Así pues, la Constitución Política de la República de Chile (CPR) incluye como un deber del Estado, refiriéndose al derecho a la educación, la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Ahora bien, dentro del marco regulatorio chileno han sido promulgadas diversas leyes que hacen referencia al patrimonio cultural, tales como: i) Ley de monumentos nacionales; ii) Ley para el desarrollo del turismo; iii) Ley general de urbanismo y construcciones y ordenanza; y iv) Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medioambiente (en adelante, Ley N° 19.300).

Organización administrativa

En lo que a la constitución, tuición y salvaguarda del patrimonio cultural respecta, cabe mencionar los siguientes órganos administrativos que tienen potestades, de distintas jerarquías:

- i) Ministerio de Educación: declara los monumentos nacionales en alguna de sus categorías; estimula el incremento del patrimonio cultural.
- ii) Consejo de Monumentos Nacionales (CMN): ostenta casi la totalidad de competencias en la materia, incluyendo la tuición y protección de los monumentos nacionales.
- iii) Ministerio de Economía y Comité de Ministros del Turismo y el Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR): para el sector turismo.
- iv) Servicio de Vivienda y Urbanismo y los Municipios: para el sector de planificación y ordenamiento territorial.

Tipología de zonas de protección

De conformidad con la legislación chilena vigente, existen diferentes procedimientos para la declaración y autorización para las zonas de protección e intervención en aquellas por parte de los particulares, así como diversos tipos de protección de acuerdo a la clasificación de los monumentos nacionales y, por ende, a los niveles de resguardo.

Actualmente la clasificación de los monumentos nacionales, se divide en: monumentos históricos, monumentos públicos, monumentos o zonas arqueológicas, zonas típicas o pintorescas y santuarios de la naturaleza.

Respecto a su regulación, en líneas generales, deben ser declarados como tales por la autoridad competente; y para cualquier alteración o venta (en caso de ser propiedad de algún particular) se requerirá autorización previa de aquella.

Y en relación a las zonas de interés turístico se requerirá un informe previo del Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR) para la intervención de particulares y tendrán

carácter prioritario en materia de ejecución de proyectos de fomento al desarrollo y asignación de recursos para infraestructura.

Dualidad de protección

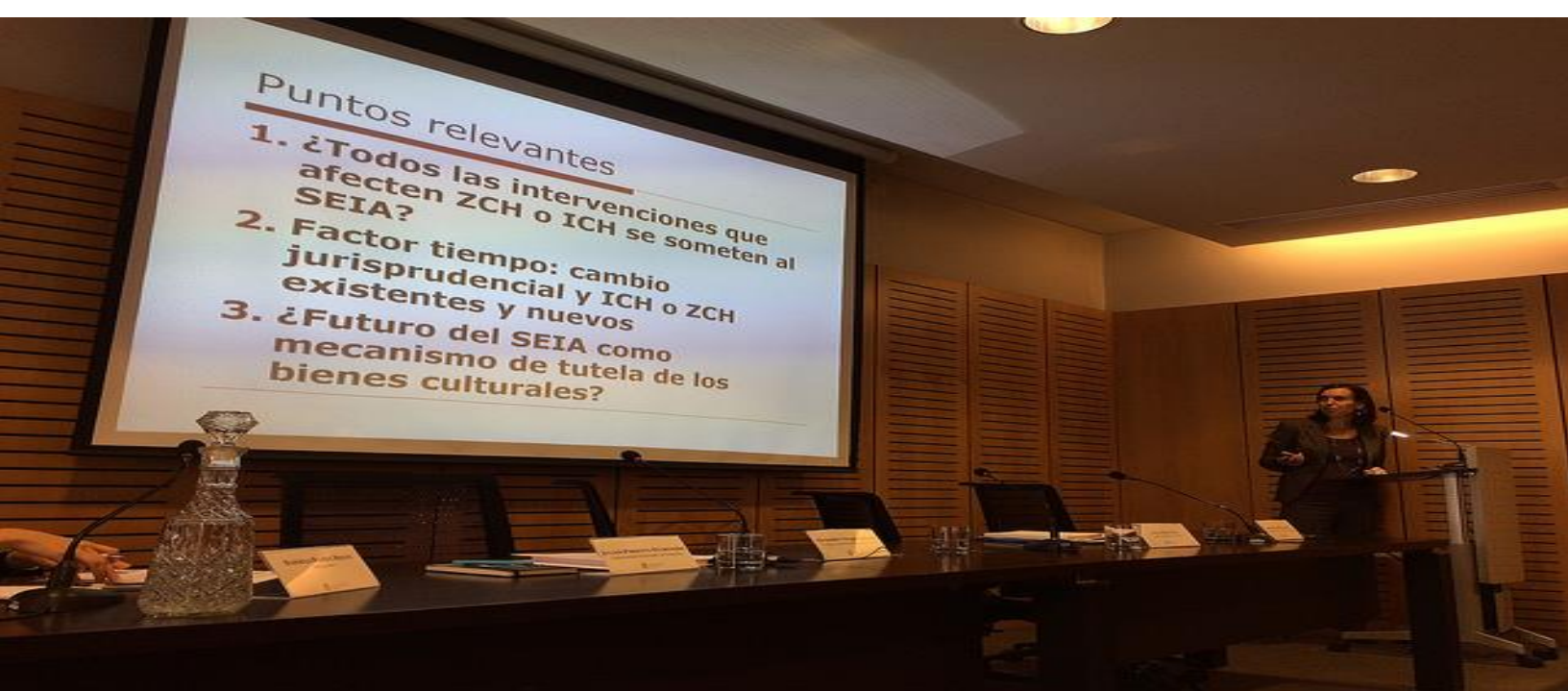
Aun cuando la legislación chilena regula tanto al patrimonio, bien sea cultural y natural, como al medio ambiente, que también puede ser natural y cultural, existe una yuxtaposición de conceptos genéricos, como, por ejemplo, el de patrimonio y el de medio ambiente, lo cual acarrea consecuencias regulatorias. Sin embargo, el patrimonio cultural no es parte del derecho ambiental.

Cabe acotar que ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) se protege el patrimonio cultural y se ejercen acciones por daño ambiental.

Desde la óptica jurisprudencial

En el año 2016 fue emitido el Dictamen N° 4.000, mediante el cual hubo un cambio jurisprudencial en materia de protección del patrimonio, siendo que se interpretó que la regulación debe proteger de un modo amplio el valor patrimonial, tanto natural como cultural; y que la frase “cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial” (artículo 10 de la Ley N° 19.300) debía incluir áreas de recursos de valor cultural, siendo que se debe perseguir una protección amplia al medio ambiente.

Descargar [aquí](#) la presentación en pdf.



Ingreso al SEIA de los proyectos que afectan bienes culturales



Silvia Bertazzo

Estudió en la Università degli Studi di Trento, Italia, donde también consiguió su título de Doctora en derecho. Sus áreas de investigación son el derecho del medio ambiente y el derecho internacional público, que actualmente imparte en la Universidad de Los Andes.

La Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante Ley N° 19.300) señala que deberá someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), entre otros, la “Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.” (Artículo 10).

La interpretación del concepto de “áreas colocadas bajo protección oficial” no ha sido siempre constante y recientemente, el Dictamen N° 4.000, de fecha 15 de enero de 2016, modificando la doctrina anterior, extendió la aplicación de dicha noción a las áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural. Enseguida, el instructivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) N° 161081/2016, con el fin de uniformar criterios con el mencionado dictamen, afirmó que no toda intervención en un área protegida debía someterse a evaluación ambiental, sino sólo aquella que tuviese cierta magnitud y duración. De esta manera, cada caso deberá ser analizado en particular, evaluando las características propias del proyecto, así como el área a ser intervenida.

En este mismo orden de ideas, se podría afirmar que no es necesario someter al SEIA los proyectos y actividades que causen impactos o alteraciones menores, por ejemplo

cuando no haya variación en las características propias del bien o del área intervenida, o cuando se trate de obras de mantención, conservación, reparación, etc...

Cabe mencionar que la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, cataloga como infracciones gravísimas las actividades que contravengan, entre otras, los artículos 10 y 11 de la ley N° 19.300, y ello es una de las razones en las que radica la importancia de definir qué proyectos se someten al SEIA y bajo qué vía (EIA o DIA).

Por último, cabe mencionar un caso en particular, objeto del Dictamen CGR N° 39.341/2016. Antes del Dictamen N° 4.000 del año 2016, la Empresa Portuaria Valparaíso (EPV) presentó un proyecto denominado “Puerto Barón”, que contemplaba la reparación, rehabilitación y apertura al público del bien raíz “Bodega Simón Bolívar” (declarado inmueble de conservación histórica), y, en dicha oportunidad, la Dirección Regional de Valparaíso del Servicio de Evaluación Ambiental indicó que no era necesaria la evaluación de impacto ambiental. Posterior al Dictamen de 2016, EPV solicita nuevamente que se deje constancia si, con el cambio de interpretación por la Contraloría General, era necesario realizar dicha evaluación. A lo cual se respondió que siendo que la ejecución del proyecto fue iniciada antes del mencionado dictamen, en virtud del cambio jurisprudencial no se puede alterar su situación. Todo ello *“sin perjuicio de que la autoridad ambiental deba implementar todas las medidas que sean conducentes para que, tratándose de situaciones acaecidas con posterioridad a la emisión del mencionado dictamen N° 4.000, estas se ajusten plenamente a lo manifestado en dicho pronunciamiento.”*

Descargar [aquí](#) la presentación en pdf.



Institucionalidad e instrumentos de fomento para la protección y difusión del patrimonio natural y cultural



Teresita Chubretovic

Abogada UC y magíster en Gestión Cultural (Universidad de Chile). Comenzó su ejercicio profesional ligada a temáticas ambientales, para luego dedicarse al derecho público y a los asuntos culturales, tanto patrimoniales como artísticos. Actualmente es abogada del Consejo Nacional de la Cultural y las Artes y académica de la Universidad Finis Terrae.

La Constitución Política de la República garantiza en el artículo 19 N° 10 la protección e incremento del patrimonio cultural, es decir, de aquel conjunto de bienes materiales – muebles e inmuebles – e inmateriales que tienen un valor simbólico para una sociedad, o, en otras palabras, aquellos bienes a los cuales una sociedad o grupo determinado ha atribuido un significado especial, una carga histórica, estética, ritual, educativa, científica, etc., porque los representa o refleja de alguna forma.

Ahora bien, en Chile es tal la diversidad de normas e instituciones comprometidas en esta protección, que muchas veces se dificulta la gestión efectiva del patrimonio cultural. En efecto, dentro de los mecanismos legales que tienen como función la protección y difusión del patrimonio cultural se encuentran la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales; el Decreto N° 458, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) y su Ordenanza (OGUC); el Decreto con Fuerza de Ley N° 5.200, de 1929, del Ministerio de Educación, que crea la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM); la Ley N° 19.253, que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI); la Ley N° 20.249, que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios; la Ley N° 20.423, del Sistema Institucional

para el Desarrollo del Turismo; y la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (la definición de medio ambiente incluye, recordemos, elementos socioculturales), entre otros.

En este marco legal, la gestión del patrimonio cultural es compartida por muchos órganos del Estado, así como también por los particulares. Ciertamente, existen bibliotecas, centros culturales, archivos y museos en que el Estado interviene abiertamente como gestor, así como programas de protección y difusión que son llevados a cabo por sus órganos y servicios en forma exclusiva o en colaboración con la ciudadanía. No obstante, gran parte de la tarea en cuestión se traduce en estas tres acciones, llevadas a cabo por los diferentes servicios involucrados, todas relativas a la actividad privada sobre el patrimonio: i) la autorización y supervisión de las iniciativas desarrolladas por particulares sobre el patrimonio cultural (*régimen de autorización*); ii) la proporción de herramientas que faciliten la gestión del patrimonio cultural por parte de los particulares (*régimen de fomento*); y iii) la aplicación de sanciones frente a los actos de particulares que menoscaben dicho patrimonio (*régimen sancionatorio*).

De entre dichas acciones, las de principal aplicación en nuestro país son las que se insertan en el denominado “régimen de autorizaciones”, ejercidas directamente y en forma principal a través del Consejo de Monumentos Nacionales. Sin embargo, lamentablemente, el Consejo de Monumentos Nacionales y sus organismos de apoyo (principalmente la Brigada de Delitos contra el Medio Ambiente y el Patrimonio) no cuentan con recursos y competencias suficientes para ejercer una labor de protección efectiva del patrimonio. Por ello, se hace imperativo fortalecer sus equipos y facultades, a fin de que los trámites asociados al desarrollo de proyectos sobre el patrimonio cultural por parte de particulares no se vea innecesariamente obstaculizado, y para que las posibles sanciones frente a actos que causen daño al patrimonio cultural tengan realmente un efecto disuasivo. Ambas circunstancias ciertamente servirían para relevar los bienes culturales y formar a la ciudadanía en la importancia de protegerlos, que supere a las acciones de fomento, de carácter voluntario y sin una orientación común determinada. Al asignar un valor más concreto o asible a los bienes con valor simbólico, tanto por la vía positiva (facilitando la aprobación de proyectos que aborden correctamente los aspectos patrimoniales) como por la vía negativa (poniendo un precio o sanción a su daño), se logrará generar un interés real en los particulares para su resguardo, independiente de la responsabilidad espontánea que hoy asumen un grupo reducido de particulares.

Con todo, mientras ello no se verifique, el Sistema Evaluación de Impacto Ambiental se erige como un buen espacio de defensa del patrimonio cultural, explicitando y extendiendo el interés que ya se ha logrado crear en los privados respecto al medio ambiente a los bienes culturales, especialmente aprovechando el SEIA como vía para exigir activamente la protección e incremento del patrimonio cultural, como un elemento más del medio ambiente.

Descargar [aquí](#) la presentación en pdf.



Edesio Carrasco Quiroga

Abogado y profesor de la PUC. Máster en Derecho Ambiental de la Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. Se desempeñó como Director Regional del SEA y como Jefe de la Unidad de Litigios y Fiscal de la misma entidad hasta comienzos del año 2014. Anteriormente, trabajó en el Ministerio de Medio Ambiente (2011)



Gonzalo Parot Hillmer

Abogado de la Universidad de Chile, especializado en derecho administrativo, ambiental y recursos naturales. Entre el 2011 y 2015 se desempeñó como ayudante de Investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile lugar en el que colaboró en diversas materias de investigación.

Alcances del derecho real de conservación para la protección del patrimonio natural

El derecho real de conservación, creado a partir de la Ley N° 20.930 que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental (en adelante, Ley N° 20.930), cuenta con una definición legal amplia que permite su aplicación flexible a un conjunto de situaciones. Como tal, constituye una herramienta útil para la protección del patrimonio natural que comprende, a partir de lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención de Washington, las categorías de monumentos naturales (valor excepcional desde el punto de vista estético o científico); los hábitat de especies (animal o vegetal) amenazadas ; y, los lugares naturales o zonas naturales estrictamente delimitadas que tengan un valor universal.

En nuestro país la Conservación del Patrimonio Ambiental goza de protección constitucional (art.19 N° 24 CPR) y ha sido definida por la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, Ley N° 19.300) en su artículo 2° letra b) como *“el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”*.

Así, este nuevo derecho real consiste en una facultad en favor de su titular, que podrá ser un organismo público o una organización privada, para que éste conserve el patrimonio natural o ciertos atributos o funciones de un predio, con el acuerdo libre y voluntario del dueño del mismo. De esa forma, ya no es necesario ser dueño o comprar un terreno para contribuir a la conservación del patrimonio natural. A partir de la Ley N° 20.930 el derecho real de conservación se transforma en una herramienta complementaria, de naturaleza privada, para la protección del patrimonio natural. Bajo esta modalidad, cualquier Universidad, ONG, Centro de Investigación Científica,

Corporación o Fundación, puede participar en la conservación ambiental sin necesidad de adquirir un terreno para ello, bastando para contribuir a dicho objetivo el constituir este derecho en la forma correspondiente.

En esos términos, la constitución de un derecho real de conservación implica una doble faz de limitación al dominio del propietario: por un lado, materializada en las prohibiciones, restricciones u obligaciones que se establezcan en su contrato constitutivo, y de las múltiples posibilidades para concretar la facultad de conservación; y, por otro, tanto en relación al instrumento específico –restricción de usos, diversos servicios, planes de manejo, todos destinados al aprovechamiento racional del predio– como a los atributos o funciones específicos que serán objeto de la conservación.

Este nuevo derecho real de conservación presenta, en síntesis, las siguientes características:

a) Debe celebrarse un contrato. El contrato constitutivo deberá contemplar al menos una de los tres siguientes gravámenes: *i)* restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más fines, *ii)* hacerse cargo o contratar servicios de mantenimiento, limpieza, resguardo, etc., o *iii)* ejecutar o supervisar un plan de manejo con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales. Además, el contrato está sujeto a las formalidades establecidas en el art.7 de la Ley N° 20.930.

b) Puede ser a título oneroso o gratuito. Transferible, transmisible, inembargable, indivisible e inseparable del bien inmueble.

c) Su titular puede ser una persona natural o jurídica, pública o privada.

d) Puede fijarse un plazo de duración, pudiendo ser también indefinido.

e) Prelación de derechos sobre el inmueble (primero en el tiempo, primero en el derecho; regla especial en materia de hipotecas).

f) El Código Civil lo entiende como un gravamen. Sin embargo, si bien se inscribe en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo, es más bien un activo para que quien ostenta esta facultad o derecho.

De la revisión de sus características, este derecho no puede entenderse sólo como un gravamen sobre un predio (carga/pasivo), sino también como una facultad o derecho ya que el predio otorga servicios ecosistémicos (contribución directa o indirecta de los ecosistemas al bienestar humano), que pueden consistir en servicios de aprovisionamiento, de regulación, culturales y de soporte.

Ahora bien, el patrimonio natural, entendido como una parte del patrimonio ambiental en una relación de especie a género, ha sido objeto de amenazas en cuanto a su conservación, tales como a contaminación, la pérdida de biodiversidad, el incremento

de residuos, la perturbación de la vida animal y la erosión del suelo, constituyendo serios problemas para la preservación de este patrimonio.

Como respuesta a este problema se han creado diferentes vías de protección. Dentro de ellas, es posible mencionar el artículo 34 de la Ley N° 19.300, que indica que el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SNASPE) tiene entre sus objetos “*conservar el patrimonio ambiental*”. Ello se traduce en una malla de protección, basada en disposiciones restrictivas y prohibitivas. En segundo lugar, encontramos los Monumentos Naturales, basados en la Convención de Washington. Luego, encontramos al Fondo de Protección Ambiental, cuya función consiste en el fomento a la actividad privada enfocada en la conservación del patrimonio ambiental. Finalmente, existen los Santuarios de la Naturaleza, regulados en la Ley de Monumentos Nacionales. Cabe destacar que, actualmente, se discute en el Congreso el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas, Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (Boletín 9404-12) y el de Donaciones con exenciones a ONG con un objeto ambiental (Boletín 9266-05).

Entonces, para la protección del patrimonio natural existen dos servicios fundamentales: *i)* Los servicios de regulación, por cuanto derivan de la regulación de los procesos ecosistémicos en beneficio tanto del ser humano como de otros componentes ambientales (control de erosión, depuración del aire, regulación climática e hídrica); *ii)* Los servicios de apoyo, que son los procesos o estructuras necesarias para que sea posible la generación de otros servicios ecosistémicos. Bajo este escenario, el derecho real de conservación constituye una nueva herramienta, la que puede ser útil para asegurar los servicios ecosistémicos indispensables en predios colindantes en parques o reservas; monumentos naturales o santuarios (corredor biológico, evitando la fragmentación de hábitats). En síntesis, este nuevo derecho real es una oportunidad para centrar los esfuerzos de conservación en los aspectos más relevantes del hábitat de la especie en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, quedan pendientes desafíos para lograr potenciar el desarrollo práctico de este derecho, tales como: mayor financiamiento público y/o privado, mayor involucramiento de la sociedad civil (ONG), más colaboración de la Administración del Estado (CONAF, SAG, MMA, BB.NN, futuro SBAP). A eso se suman los problemas del esquema de protección actual: insuficiente extensión territorial; baja representatividad de los ecosistemas del país; recursos económicos limitados; dispersión de categorías jurídicas en la protección del medio ambiente; poca regulación de áreas protegidas privadas; y, lo oneroso de la compra de terrenos para la conservación. En conclusión, en la medida que los aspectos señalados se aclaren o mejoren, esta herramienta en la protección del patrimonio natural podrá constituirse en un pilar fundamental y flexible para el resguardo de ciertos servicios ecosistémicos valiosos.

Descargar [aquí](#) la presentación en pdf.



Régimen jurídico de los monumentos arqueológicos e históricos. Caso Oriflama



Esteban Cañas

Abogado PUC. Investigador del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho UC. Su investigación está centrada en las áreas del Derecho Administrativo, Derecho de Aguas y Derecho de Energía.

Los monumentos o zonas arqueológicas se encuentran comprendidos legalmente dentro de una categoría más amplia de protección, esta es, la de “Monumentos Nacionales” otorgada por la Ley N°. 17.288, de Monumentos Nacionales (en adelante, LMN) y, como tales, constituyen parte importante del patrimonio cultural de una Nación. No obstante, la existencia de cuerpos normativos anteriores a la LMN, que de cierta manera regulan el régimen jurídico de las especies perdidas o enterradas, pueden dar lugar a problemas de aplicación normativa.

Así, el artículo 1 de la LMN consagra una definición detallada de lo que debe entenderse como Monumento Nacional, incorporando dentro del concepto a todas las categorías que luego se encargará de desarrollar a lo largo de su articulado. Al efecto, la norma dispone lo siguiente: *“Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antro-po-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia (...). Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley”*.

De este modo la LMN incorpora dos conceptos que son regulados como subcategorías de los Monumentos Nacionales. Estos corresponden a los Monumentos históricos, definidos en el art.9 de la LMN como *“los lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo.”*; y a los Monumentos arqueológicos, subcategoría que se encuentra consagrada en el artículo 21 de la LMN, y que dispone: *“Por el sólo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional. Para efectos de la presente ley quedan comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren.”*

Tal como señala la disposición citada para los monumentos arqueológicos, esta declaración opera por el sólo ministerio de la ley al revestir el lugar o el bien determinado de las características que el tipo legal exige para que sea considerado como monumento arqueológico.

En ausencia de definiciones dadas por el legislador respecto a los lugares en específico contemplados por éste que revisten la calidad de Monumento arqueológico, ha de tomarse en consideración lo señalado por el artículo 21 del Código Civil (CC) en lo relativo a que *“las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte...”*. Por lo que ha de entenderse el tenor o sentido que a estas palabras le otorgan los entendidos en los campos técnicos correspondientes, estos son, la arqueología, antropología y paleontología.

Llama la atención que, además de operar por el sólo ministerio de la ley, la LMN dispone que estos bienes declarados como monumentos arqueológicos pasarán a ser, también *ipso iure*, propiedad del Estado, lo que debe entenderse como una declaración legal que está destinada a sacar, inicialmente, del tráfico jurídico a estos bienes, excluyendo la posibilidad originaria a los particulares de apropiarse de ellos.

Ahora bien, al ser tratados escuetamente por el artículo 21 de la LMN como “bienes del Estado”, corresponde aplicar lo señalado en el artículo 1° del DL N° 1.939, de Adquisición, administración y disposición de bienes del Estado que señala que *“Las facultades de adquisición, administración y disposición sobre los bienes del Estado o fiscales que corresponden al Presidente de la República, las ejercerá por intermedio del Ministerio de Tierras y Colonización¹, sin perjuicio de las excepciones legales.”*, así, al ser el Estado una entidad no susceptible de ser dueño de bienes, esta aptitud recae sobre su cara o faceta patrimonial, esto es, el Fisco, el cual forma parte de la Administración del Estado y cuyos bienes que lo componen se encuentran bajo la administración o supervigilancia del Ministerio de Bienes Nacionales, salvo disposición legal especial en contrario. En este caso concreto, la LMN contempla en su artículo 1 inciso final que la tuición y protección de los monumentos nacionales (dentro de los cuales se encuentran los monumentos arqueológicos), *prima facie*, le corresponde al Consejo de Monumentos Nacionales, igual

¹ Hoy Ministerio de Bienes Nacionales

conclusión puede sacarse del artículo 7 Nos. 5; 6 y 7 y del artículo 22 del mismo cuerpo legal.

Tal como se señala *supra* que existen diferentes cuerpos normativos que regulan a los monumentos arqueológicos. Dentro de ellos es posible destacar:

a) La Constitución Política de la República (en adelante, CPR). Nuestra CPR resulta ser escueta respecto a menciones relativas al patrimonio cultural, sin mencionar que hay omisión total a los monumentos arqueológicos en ella. No obstante, la Carta Fundamental a propósito de la garantía del Derecho a la Educación dispone que *“La Constitución asegura a todas las personas: 10º.- El derecho a la educación. (...) Corresponderá al Estado, asimismo, (...) la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.”*

b) Ley de Monumentos Nacionales. Este cuerpo normativo, del 4 de febrero de 1970, crea al Consejo Nacional Monumentos Nacionales (en adelante, CMN), órgano colegiado y técnico, perteneciente a la Administración del Estado, encargado de la protección y fomento del patrimonio cultural y de la tuición y protección de los Monumentos nacionales en cualquiera de sus categorías (artículo 2 de la LMN);

c) Ley orgánica N° 18956 del Ministerio de Educación. Le corresponde la competencia para emitir y guiar las políticas destinadas al fomento de la protección y conservación del patrimonio cultural, de acuerdo a lo que dispone su artículo 1. Le corresponde, además, ejercer la supervigilancia del CMN.

d) Reglamento de excavaciones y/o prospecciones. La LMN se encuentra reglamentada precisamente en lo que a Monumentos Arqueológicos respecta, mediante el reglamento aprobado por el Decreto N° 484 de 1991 del Ministerio de Educación, sobre excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas. Este cuerpo normativo complementa a la LMN buscando regular y limitar la alteración o intervención de sitios arqueológicos.

e) Ley de Bases Generales del Medioambiente. Consagra una especial protección no sólo a los monumentos arqueológicos, sino que a todos los pertenecientes al patrimonio cultural chileno, al exigir en su artículo 11 que todo proyecto que deba ingresar a evaluación ambiental por ser de aquéllos contemplados en el artículo 10 del mismo cuerpo legal que provoque *“Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico, y en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.”*, deba ingresar no a través de una Declaración de Impacto Ambiental, sino que a través de un Estudio de Impacto Ambiental, lo que se encuentra reforzado por el art.10 del Decreto N° 40, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

f) Código Civil. Este cuerpo normativo no se refiere expresamente a los bienes que forman parte del patrimonio cultural del país (lo cual es entendible por la antigüedad misma de este cuerpo legal), pero si se preocupa acerca de quién es o cómo se adquiere la propiedad de las especies perdidas o abandonadas a propósito del modo de adquirir

el dominio de la ocupación, lo cual podría inducir dudas acerca de si estas disposiciones le serían o no aplicables a los monumentos arqueológicos y a las especies en ellos ubicadas debido a que por lo general, aparentemente, se trataría de “especies perdidas”.

En efecto, el artículo 606 del CC señala que “*Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional.*”. A su turno, el artículo 624 regula una especie de ocupación, denominada hallazgo, la cual consiste en que “*el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio, apoderándose de ella.*”. En fin, el artículo 625 del CC se refiere al descubrimiento de un tesoro como una especie de hallazgo señalando que éste es “*la moneda o joyas, u otros efectos preciosos, que elaborados por el hombre han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño.*”.

Ahora bien, las disposiciones del Código Civil no pueden ser aplicadas directamente a la regulación de los monumentos arqueológicos o de las especies encontradas en ellos por las siguientes razones: Nuestro Código Civil es una norma cuya vigencia data del año 1856, mientras que la LMN inició su vigencia en el año 1978. Así, en el caso en que las disposiciones de uno y otro cuerpo legal resulten contradictorias debe estarse a lo señalado en los artículos 52 y 53 del CC en lo relativo a la derogación tácita, en este caso, por criterio de temporalidad; Las normas del CC relativas a la ocupación se aplican a aquellas especies muebles cuyo *dominio no pertenezca a nadie*, pero la LMN en su artículo 21 realiza una afectación genérica, declarando a todo aquello que sea lugar, ruina, yacimiento o piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio, así como también los lugares en donde se hallaren piezas paleontológicas como *bienes de propiedad del Estado*. Así, mal podría entenderse que estos bienes sean “*res nullius*” o “*res derelictae*”. No obstante, ¿qué ocurre con los otros modos de adquirir el dominio, distintos a la ocupación, estos son, la prescripción y la tradición, por ejemplo?

Por último, se hará mención al famoso caso de Oriflama. El navío “Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo” fue construido en Francia en el año 1743. En el año 1770 naufragó en Playa La Trichera, Curepto, con más de 3000 cajones con cristalería, pero no fue sino hasta el año 1998 que fue descubierto. A la fecha, fue constituida una sociedad anónima, Oriflama, S.A., ya que había descubierto dicho navío y se disponía a llevar a cabo su extracción; no obstante en el año 1999 se decretó que todo naufragio de 50 años o más se declara monumento histórico; en el año 2.004 a través de un dictamen se estableció que la CMN debe autorizar la alteración de los monumentos, y que los restos son históricos; en el 2005 se otorga prescripción adquisitiva; en el 2010 se consagra que los restos pueden ser arqueológicos (tomando en cuenta su naturaleza) e históricos, a la vez; en el 2015 la sociedad anónima constituida solicita nuevamente permiso para proceder con la extracción en calidad de dueño, alegando que el mismo no es un monumento arqueológico y en consecuencia no es propiedad del fisco, lo cual fue rechazado.

Descargar [aquí](#) la presentación en pdf.



Potestades de la Dirección de Vialidad en las autorizaciones de uso de faja y traslado de instalaciones

Condiciones y requisitos para el uso de faja



Alfredo Vial

Magíster en Derecho Regulatorio (PUC), Master in Business Administration, MBA (Facultad de Economía y Negocios U. de Chile).

Jefe División Jurídica, Dirección Nacional de Vialidad.

Establece el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) del Ministerio de Obras Públicas (MOP) N°850 que las “fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo” (artículo 41).

No obstante, aquellos caminos que construya el MOP, que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, podrán ser objeto de concesión por parte de aquel, en la forma y según las condiciones que determine, mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Todo ello siguiendo los requisitos y limitaciones establecidos en dicho artículo, incluyendo el “Instructivo de Paralelismos y Atravesios”.

Alcance de la autorización

Dictamen CGR N° 65.813/2011

Ahora bien, con respecto al alcance de tales autorizaciones, el Dictamen N° 65.813/2011 de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), en relación a la procedencia o no de que la Dirección Nacional de Vialidad (en adelante, DNV), exija a las empresas de distribución eléctrica tales autorizaciones para la instalación de postaciones eléctricas en las fajas fiscales de caminos públicos. A lo cual se ha establecido, en primer lugar que tal autorización no es un título habilitante para ocupar la faja adyacente a los caminos públicos, sino que la DNV limita su competencia al otorgar la concesión con la finalidad es verificar la no perturbación del bien público por el ejercicio del derecho. De manera pues que los requerimientos de la DNV sólo pueden traducirse en medidas que garanticen el uso adecuado de los bienes y el resguardo a la seguridad vial.

Dictamen CGR N° 87.472/2015

Por su parte, el Dictamen N° 74.738/2016 CGR en relación a la solicitud de garantías, basados en el artículo 36 del DFL del MOP N° 850, según el cual en caso de realizar obras en los caminos que causen ocupación o rotura, se ratificó que la DNV puede exigir la entrega de garantías que caucionen la reposición del camino. De manera pues que las exigencias establecidas tienen por finalidad el resguardo del bien público.

Responsabilidad del traslado de las instalaciones

Dictamen CGR N° 65.813/2011

A las empresas concesionarias de servicios eléctricos y sanitarios le correspondía asumir el costo de los traslados al solicitante (bien sea interesado u organismo que lo requiera). Y más aún el artículo 41 del DFL del MOP N° 850, siendo una norma de carácter especial, establece que los cambios de servicios son de cargo del respectivo propietario. Por lo que, en consecuencia, el traslado es de cargo del respectivo propietario.

Descargar [aquí](#) la presentación en pdf.

Boletín Mirada Administrativa
N°6. Julio 2017

Av. Libertador Bernardo
O'Higgins 340, Santiago. Chile

Edición general: Programa de
Derecho Administrativo
Económico UC (PDAE)

Cada artículo es responsabilidad
de su autor y no refleja
necesariamente la opinión del
PDAE