

Talca, veintinueve de junio de dos mil dieciséis.

VISTO.

Don _____, en representación de la empresa "Oriflama S.A.", ha deducido recurso de protección en contra de la Dirección General de Territorio Marítimo y _____, Capitanía de Puerto de Constitución, representada por don Fernando Diez Moreno; y en contra del Consejo de Monumentos Nacionales, representado por doña _____.

El recurrente, en la representación que inviste, señala que su representada es única dueña de los restos y especies náufragas que fueron el Navío de Registro "Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo", alias "El Oriflama", y de su cargamento, conforme a la sentencia de fecha 27 de enero de 2005, dictada en la causa rol 16.869/2004, del Tribunal de Letras y Garantía de Curepto, que le otorgó la prescripción adquisitiva ordinaria de tales restos y especies náufragas y su cargamento, sentencia que se encuentra firme o ejecutoriada desde el 12 de abril de 2005.

Explica que habiendo solicitado con fecha 30 de octubre de 2015, a la Dirección General de Territorio Marítimo y _____, Capitanía de Puerto de Constitución, mediante carta dirigida al Teniente Primero don _____, permiso para la extracción de la carga, objetos muebles, aparejos y restos náufragos desde la estructura del ex Navío de Registro mencionado, dicha Dirección General entregó respuesta mediante Ord. N° 12.210/01/2016, que le fue notificada a su representada con fecha 3 de febrero de 2016, en la cual se indica que no se ha aprobado ninguna excavación, alteración y/o extracción alguna de dicho naufragio, y que de realizarse alguna se infringiría la ley.

Afirma que dicha respuesta, obedece a una consulta previa que dicha Dirección General hizo al Consejo de Monumentos Nacionales, quien le informó mediante **Ord. N° 110/16**, que los restos del Ex Navío son monumentos nacionales en la categoría de monumentos arqueológicos por el sólo ministerio de la Ley N° 17.288 y, por lo tanto, propiedad del Estado, y que, por lo

mismo, de realizar alguna excavación, alteración y/o extracción de dicho naufragio, sin permiso, se infringiría la ley. Además, le informó que respecto de la sentencia definitiva, que se encuentra firme o ejecutoriada, que declaró la prescripción adquisitiva del Juzgado de Curepto en beneficio de su representada, el Consejo de Defensa del Estado ha establecido que aquella decisión es inoponible al Estado por las razones que se explican en su informe jurídico (párrafo sexto del Ord. N° 110/16).

Arguye que todos los fundamentos antes reseñados respecto de la denegatoria para extraer la carga del ex navío, **son ilegales y arbitrarios**, y afectan gravemente los derechos constitucionales de su representada, en particular aquellos reconocidos en el artículo 19 N° 2, 21 y 24 de la Carta Fundamental.

A continuación, en un primer Capítulo acerca de la ilegalidad del acto recurrido, señala que el fundamento de que la carga, objetos muebles y aparejos, y el sitio en que se encuentran, son monumentos arqueológicos por el sólo ministerio de la ley, es errado, porque existe norma especialísima, que no son monumentos arqueológicos y, por último, que tienen dueño.

Con relación a la legislación aplicable, el recurrente indica que es el Decreto Ley N°2.222 de 21 de mayo de 1978, sobre Navegación, el que se prevalece por sobre la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales por razones de especialidad y por temporalidad, desarrollando conceptualmente ambos principios. Asimismo, realiza consideraciones acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, en cuanto a que sin perjuicio de la obligación que tendrían los Estados de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar, se establece que lo dispuesto en dichas normas no afectarán los derechos de los propietarios identificables, entre otras cosas.

Cuestiona la argumentación del Consejo de Defensa del Estado en torno a la aplicación de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, contenido en su informe de Ord. 4579 de 13 de agosto de 2009, porque afirma que las normas del Código Civil sobre

"ocupación de restos náufragos - especies naufragas" (sic), artículos 653 y siguientes, no tienen aplicación porque son normas supletorias de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, ya que ésta es ley especial que hace dueño al Estado de las especies naufragas que tienen carácter de especies arqueológicas. Además, que respecto de la distinción de los conceptos entre especies náufragas y restos náufragos, que establece el Decreto N° 156 de 1961, Reglamento General sobre Concesiones Marinas, la hace en atención al lugar donde se encuentran; esto es, que las primeras son aquellas ubicadas en la superficie del mar o que hayan sido arrojadas a las playas, y que las segundas, son aquellas ubicadas en el fondo del mar. Dice que se trata de un reglamento que sólo tiene vigencia para efectos del rescate de los objetos que sean producto de un naufragio.

Al respecto, afirma que el Consejo de Defensa del Estado incurre en un error de proporciones porque desarrolla su argumento sobre la base de comparar un decreto (el N° 156 de la Marina) con una ley (la N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales), creando un conflicto artificialmente cuya solución toda persona conoce: se aplica la ley.

Continúa, y señala que el problema o la ignorancia del Consejo de Defensa del Estado está en que omite el artículo 2 transitorio de la Ley de Navegación, el D.L. N° 2.222, que se aplica por sobre la Ley N° 17.288; y que para determinar qué es una especie o resto náufrago se debe recurrir al criterio de interpretación del artículo 21 del Código Civil, concluyendo que el informe del Consejo de Defensa del Estado discurre sobre un error basal que le resta todo mérito y crédito a sus conclusiones.

Por otro lado, sobre el permiso de extracción indica que existe una ley especializada que regula la materia sobre extracción de restos náufragos, cual es el Decreto Ley N° 2.222 (Ley de Navegación), y que tratándose de restos o especies naufragas sea que provengan de naves o sus cargamentos y que al 21 de mayo de 1978 (fecha de su promulgación) se encuentren hundidos o varados en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional y en las

costas del litoral, ríos o lagos, debiendo intimarse a sus propietarios o armadores, lo que se hace por medio de avisos publicados en el diario que determine la Dirección, el Estado por medio de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante confiere derechos de concesión para extracción.

Acerca de cómo se materializa el permiso, señala que se hace mediante una concesión marítima regulada en el D.F.L. N° 340 de 1960, sobre Concesiones Marítimas, en cuya virtud se dictó el Reglamento de Concesiones Marítimas D.S. N°2 (M) del 3 de enero de 2005, publicado en Diario Oficial de fecha 20 de abril de 2006; que el inciso segundo del artículo 73 del Reglamento citado, expresa: "No obstante, seguirán vigentes las normas relativas a Extracción de Restos y Especies Naufragas contenidas en el capítulo 12° del D.S. (M) N° 156, de fecha 6 de febrero de 1961.

Prosigue citando el artículo 88 del decreto recién mencionado destacando que establece que cuando se presente un interesado en la extracción de la carga de una nave a pique y que no sea el propietario único de la totalidad de la carga, se procederá según si el interesado es dueño único o no, pues, si es dueño único se entenderá que ha sido cumplido el trámite del requerimiento en los términos del artículo 135 de la Ley de Navegación para todos los efectos que ese artículo señala, por el sólo hecho de haber solicitado por escrito a la autoridad marítima la autorización para su extracción.

Se refiere a las atribuciones de la recurrida, citando el artículo 5 de la Ley de Navegación que establece que la autoridad marítima corresponderá a la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante, y como tal aplicará y fiscalizará el cumplimiento de dicha ley, de los convenios internacionales y de las normas legales o reglamentarias relacionadas con sus funciones, con la preservación de la ecología en el mar y con la navegación en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional; asimismo, que la dirección tendrá la representación oficial del Estado en asuntos o reuniones internacionales relativos a las materias profesionales y técnicas de que trata la ley en comento.

En base a dicha norma critica que la dirección referida resolvió lisa y llanamente de acuerdo a la opinión de la otra parte recurrida, el Consejo de Monumentos Nacionales, sin plantearse desde su propia autoridad, en relación a sus facultades legales y cómo le daba aplicación al mandato conferido por la ley; que en su resolución se observa una especie de renuncia a sus atribuciones, lo que per se contrario a la ley, haciendo propia una opinión de un órgano diverso, lo cual debe ser sino un antecedente más a tener en cuenta al momento de tomar su decisión; y concluye que la Dirección aludida debió conceder el permiso conforme a la ley referida.

El recurrente acusa una segunda ilegalidad en función de que la recurrida le asigna a los restos náufragos la calidad de monumentos arqueológicos; realiza citas de los artículos 9 y 21 de la Ley N° 17.288, en cuanto define lo que debe entenderse como monumento histórico y monumento arqueológico, respectivamente. Luego, arguye que estimar que los restos del ex navío sub lite sería un monumento histórico a la luz de dicha ley, implica que se han de regir por el título III de la referida ley, esto es, que se han de declarar como tales por un decreto supremo del Ministerio de Educación, que se mantiene el dominio privado de los objetos quedando bajo el control y supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales, y todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos quedan sujetos a autorización previa; que se requiere autorización previa del Consejo para excavaciones, etc.

Si se estimaren tales restos náufragos como si fueren un monumento arqueológico, se aplica al estatuto del Título V, de la Ley N° 17.288, lo que implica que lo serán por el sólo ministerio de la ley, que son propiedad del Estado, que deben ser "lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo- arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional" y "las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren"; que no se pueden hacer excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico sin contar con autorización previa del consejo de Monumentos Nacionales; y que cualquier persona natural o jurídica que al hacer

excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, encontrare ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligado a denunciar inmediatamente el descubrimiento.

Afirma que los restos náufragos, en general, y en particular los restos náufragos del ex navío "Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo", también conocido como "Oriflama", incluyendo su carga, objetos muebles y aparejos, y el sitio en que se encuentran, *no tienen la calidad de monumentos arqueológicos*. Que así lo ha entendido históricamente el Consejo de Monumentos Nacionales, pues, según "consta del Decreto N° 12 de fecha 7 de enero de 1974, el Honorable Consejo de Monumentos Nacionales por oficio N° 316 de 27 de diciembre de 1973, ha solicitado se declaren monumento histórico el Pontón "Andalucía"; Proa y restos del casco del velero "Lonsdale" en "Ville du Havre"; restos de la barca "Ambassador"; y Proa del Escampavía "Yelcho", que se encuentran en la provincia de Magallanes".

Agrega que a raíz del hallazgo de los restos náufragos de la fragata inglesa "Cape Horn", en 1869, en la Bahía de Pichidangui, se autorizó extraer la carga del barco referido, y al respecto se ordenó declarar como monumento histórico los restos de la fragata Cape Horn, incluyéndose el casco del navío, sus aparejos, maquinaria, instrumentos, equipos y todo objeto que pertenezca al barco, excluyéndose la carga; que se ordenó que los materiales que puedan extraerse serán entregados al Consejo a través de sus visitantes especiales según inventario. Concordante con lo anterior, se obligó al señor Guisande (solicitante) "entregar una muestra representativa de la carga del barco".

El recurrente, indica que el Consejo de Monumentos Nacionales claramente estimó que los restos de una fragata inglesa hundida en el año 1869, eran monumento histórico, pero exceptuó de dicha calificación la carga, la que se permitió y autorizó al peticionario a extraerla con el sólo gravamen de entregar una porción de ella que sea representativa para determinados fines;

concluye que con este criterio, se reconoció que la carga al menos puede ser objeto de dominio privado.

Además, la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, mediante Ord. 12290/10, Resolución C 12, de 2 de abril de 1996, otorga permiso para extracción de los restos náufragos de la fragata británica "Cape Horn", a pique en la Bahía de Pichidangui, permiso que se otorgó sin perjuicio de terceros y bajo determinadas condiciones que indica.

Respecto del ex navio sub lite, el señor Mario Guisande Pelic, solicitó derechamente la autorización de extracción de los restos náufragos a la Dirección General del Territorio y Marina Mercante; que con dichos antecedentes la entidad emitió con fecha 5 de julio de 1999, el oficio Ord. 12.290/1 Resolución de dicha dirección, PERN 02/99, en que se otorga permiso para extracción de los restos náufragos del ex navío Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo, alias El Oriflama, a pique a la cuadra de la desembocadura del río Huenchullami; que se otorgó el permiso sin perjuicio de terceros y bajo determinadas condiciones que indica, entre las cuales destaca entregar para exhibición y conservación de documentos, maquetas, planos, pinturas y objetos recuperados tales como piezas de artillería, aparejos, instrumentos de navegación y una muestra representativa de la carga del barco; informar al Consejo de Monumentos Nacionales del permiso para extracción de los restos náufragos otorgado por DIRECTEMAR, fija en \$586.990 la regalía a favor del fisco equivalente a 5.000 pesos oro.

Frente a lo anterior, explica que el Consejo mediante Ord. N° 2762 remitido a la Dirección General referida, alega que al dictar el Ord. N° 12290/1 de 5 de julio de 1999, la DGTM y MM, no obró conforme a un acuerdo con el Consejo en orden a exigir al demandante de un permiso para explorar o extraer restos náufragos de más de 50 años, el presentar una autorización escrita del Consejo de Monumentos Nacionales, previo a otorgar el permiso conforme a legislación vigente.

Explica que cuando la DGTM y MM solicita al Consejo que indique las restricciones específicas previas a la extracción

solicitada, éste responde con una medida desesperada: se dicta el Decreto Supremo Exento N° 311 del 8 de octubre de 1999, en virtud del cual se declara monumento histórico patrimonio subacuático que indica, cuya antigüedad sea mayor a 50 años "toda traza de existencia humana que se encuentre en el fondo de ríos y lagos y en los fondos marinos que existen bajo las aguas interiores y mar territorial de la República de Chile, por más de 50 años..." y "restos de buques, aeronaves, otros vehículos o algunas de sus partes, su carga o su contenido, en conjunto con su entorno arqueológico y natural".

Con todo lo explicado, el recurrente concluye que para el año 1999, el Consejo de Monumentos Nacionales no estimaba los restos náufragos como un monumento arqueológico.

A partir de dicha fecha, la postura del Consejo cambia, y respecto de los restos del "Oriflama", sostiene que se trata de un monumento arqueológico. Realiza consideraciones sobre los argumentos por orden cronológico sobre la distinción entre monumento histórico y monumento arqueológico, destacando el cambio de opinión del Consejo de Monumentos Nacionales.

A modo de tercera ilegalidad que acusa el recurrente, se refiere a la entrega del ex navío sub lite en domino a favor del Estado, en circunstancias que tales restos náufragos , incluyendo su carga, objetos muebles y aparejos tienen dueño; y que ello ha sido posible porque admiten dominio privado.

Destaca la existencia de la sentencia definitiva dictada en los autos seguidos ante el Juzgado de Letras de Curepto, que acogió la demanda de prescripción adquisitiva en contra de los propietarios de las especies y restos náufragos del ex navío "Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo" alias "El Oriflama", que se encuentra firma o ejecutoriada con fecha 12 de abril de 2005, que acompaña.

Que con dicha sentencia, se entiende que su parte es legalmente la dueña de todas las especies y restos náufragos que fueron el ex navío referido y su cargamento; agrega que los recurridos debieron haber reconocido lo resuelto por este Poder del Estado,

dándole valor a la sentencia jurisdiccional dictada por un tribunal de la República, pues la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante (DGTM y MM), ni el recurrido Consejo de Monumentos Nacionales, están por sobre lo resuelto por el Poder Judicial, pues, ninguno de ellos tiene la facultad para dejar sin aplicación una sentencia.

El recurrente también cuestiona el fundamento de que los bienes que se encuentren en los fondos marino, adicionalmente, tienen la condición de monumentos históricos, porque el artículo 9 de la Ley N° 17.288 define que lo son 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. Luego, afirma que declarar monumento histórico un lugar, una ruina o una construcción o un objeto, es una evaluación de carácter subjetivo que corresponde al Consejo, quien ha de ponderar la conveniencia de ello por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad; que conforme a ello se solicita al Ministerio de Educación la dictación del Decreto Supremo correspondiente.

Señala que el Decreto Supremo N° 311 de fecha 8 de octubre de 1999, no satisface el procedimiento, pues, declara monumento histórico "algo" en términos genéricos y no circunscrito al caso particular y concreto argumentando por qué una especie , lugar, ruina o construcción reúne la calidad e interés histórico o artístico. Esa forma de declarar monumento histórico es inconstitucional e ilegal porque no es una declaración específica y agrega que además adolece de nulidad de derecho público.

Además, cuestiona el mismo D.S. N° 311 de 1999, por cuanto no sería un decreto exento de la toma de la razón, en virtud del artículo 2, de la Resolución N° 520, vigente en ese momento; agrega , por otro lado, que los restos del ex navío sub lite no es monumento histórico atendido el lugar donde se encuentra junto a especies y restos náufragos, que es la playa de Huenchullami, lugar que no considera el D.S. 311, citado.

Respecto del fundamento de la inoponibilidad de la sentencia de prescripción adquisitiva del Juzgado de Letras de Curepto, esgrimido por el Consejo del Estado, señala que es ilegal porque se arrogan los recurridos la facultad de dejar sin aplicación jurídica una sentencia firme o ejecutoriada dictada por el Poder Judicial.

En el Capítulo sobre la arbitrariedad del acto recurrido, arguye que la denegación para la solicitud presentada por su parte, se funda sólo en el "mero capricho de no querer que se rescate el Oriflama"; que históricamente los restos y especies naufragas han tenido dueño, y en algunos casos han sido estimados, previo decreto, monumentos históricos; pero que no es así con el Oriflama, habida cuenta que se ha determinado por un Tribunal de la República quien es su dueño.

Concluye que los recurridos actuaron ilegal y arbitrariamente, toda vez que no dieron cumplimiento a las normas legales referidas.

En el Capítulo dedicado a la perturbación y privación en el ejercicio legítimo de las garantías constitucionales, el recurrente afirma que se afectó gravemente la garantía constitucional de igualdad ante la Ley, consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental; ello, porque en los casos precedentes tales como el de "El Pontón de Andalucía", "Proa y restos del casco del velero Lonsdale", "Ville du Havre", "Restos de la barca Ambassador", y "Proa del Escampavía Yelcho", no estimó lo mismo respecto del "Oriflama", para declararlo también monumento histórico. Alega que antes se autorizó la extracción de los restos náufragos de la fragata inglesa "Cape Horn", en 1869, en la Bahía de Pichidangui, y no se autorizó lo mismo para el Oriflama.

Con la negativa a la solicitud de su representado, la recurrida ha establecido una diferencia arbitraria entre Oriflama S.A. y todo otro legítimo dueño que ha solicitado extracción de restos y especies naufragas, toda vez que se ha privado a su representada de su derecho a la recuperación y rescate del ex

navío, por cierto, conforme a la legalidad, que -afirma- los recurridos no aplican.

Arguye que también se ha afectado el derecho de propiedad, infringiendo el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, pues, han utilizado erróneos conceptos y aplicado incorrectamente las normas legales vigentes, privando a la parte recurrente de uno de los tres atributos del dominio, esto es, "el uso, goce y disposición del bien de su propiedad conforme a las normas legales vigentes".(sic)

Y por último, arguye que se ha afectado el derecho a desarrollar cualquier actividad económica en conformidad al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Ello, porque el objeto de la empresa Oriflama S.A. es el rescate en forma legal del ex navío sub lite, actividad que es lícita, y que no es contraria a la moral, orden público ni seguridad nacional y la denegación reclamada impide realizarla.

Solicita dejar sin efecto el Ord. N° 12.290/01/2016 de 2 de febrero de 2016, que rechazó el requerimiento de su parte; dejar sin efecto el Ord. 110/16 de 14 de enero de 2016, del Consejo de Monumentos Nacionales; declarar que la Dirección General de territorio Marítimo y Marina Mercante, por medio de su Capitanía de Puerto de Constitución, debe conceder permiso a su parte para extraer la carga del ex navío sub lite, los objetos muebles, en especial, su aparejo, y los restos náufragos de la estructura del mismo, conforme a normativa legal que indica; en subsidio, que se declare que los fundamentos por los cuales los recurridos han actuado rechazando el permiso de extracción solicitado por Oriflama S.A. no se ajustan a derecho, y en consecuencia, ordenar que la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante, por medio de su Capitanía de Puerto de Constitución, sobre la base de la opinión del Consejo de Monumentos Nacionales indique claramente cuales son los requerimientos para el otorgamiento del permiso que corresponda para extraer definitivamente la carga y los objetos muebles, en especial, su aparejo, y los restos náufragos de la estructura del mismo, todos ellos hundidos y/o varados a la cuadra de la desembocadura del Río Huenchullamí, en la Comuna de Curepto, de la VII Región;

y cualquier otra medida que éste tribunal estime del caso para resguardar los derechos y garantías constitucionales de su representada.

A fojas 121, informa don Fernando Diez Moreno, Teniente 1° LT, Capitán de Puerto de Constitución, señalando que el acto impugnado no adolece de ilegalidad y que no ha sido dictado arbitrariamente, argumentando que el D.L. 2.222 "Ley de Navegación", regula los restos náufragos de naves, aeronaves o artefactos que se hayan hundido en aguas de jurisdicción nacional cuando a juicio de la autoridad marítima constituya un peligro u obstáculo para la navegación, la pesca, la preservación del medio ambiente marino u otras actividades marítimas o ribereñas, que no es el caso que nos ocupa; o cuando la nave, aeronave u artefacto hundido no está en el caso referido en las situaciones antes señaladas, lo que tampoco es el caso en cuestión.

Agrega dicho informante que no obstante lo anterior, el artículo 2° transitorio del D.L. N° 2.222, dispone que estas especies, que a la fecha de promulgación de ésta ley se encontraren hundidos o varados en las aguas sometidas a jurisdicción nacional y en las costas de la República, podrán ser otorgados en concesión para su extracción, por la Dirección de Territorio Marítimo y Marina Mercante. Señala que de la redacción de la norma citada se desprende que la negativa a otorgarla jamás podrá ser ilegal.

Éste informante cita el D.S. Exento N° 311, de 8 de octubre de 1999, mediante el cual el Estado de Chile declaró monumento histórico toda traza de existencia humana que se encuentre en el fondo de ríos y lagos y en los fondos marinos que existen bajo las aguas interiores y mar territorial de la República de Chile, por mas de 50 años, entre ellos restos de buques; también el artículo 9 de la Ley N° 17.288 que define lo que debe entenderse por monumentos históricos; y concluye que ésta la naturaleza del "Oriflama", pues, está hundido en el mar.

Luego, indica que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del citado cuerpo legal, 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; además, que el artículo 21 del mismo cuerpo legal, 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; que el artículo 22 establece que ninguna persona natural o jurídica chilena podrá hacer en el territorio nacional excavaciones de carácter arqueológico o paleontológico, sin haber obtenido previamente autorización del consejo de Monumentos Nacionales, en la forma establecida en el Reglamento.

Termina el informante en comentario señalando que "el Consejo de Monumentos Nacionales le indicó que no había sido aprobada la excavación, alteración y/o extracción alguna de dicho naufragio, en uso de la facultad de le concede el Artículo 2° transitorio de la Ley de Navegación, denegó el permiso solicitado; actuando dentro de la legalidad vigente y fundado en lo indicado por el consejo de Monumentos Nacionales, cual es el Organismo competente en este tema". (sic)

A fojas 342, informa doña Ana Paz Cárdenas Hernández, Secretaria del Consejo de Monumentos Nacionales, solicitando desde ya el total y absoluto rechazo de la acción deducida , por cuanto ésta adolece de irreparables vicios de forma y evidente falta de fundamentos, ya que el acto recurrido ha sido ejecutado de manera fundada, en la forma establecida y dentro de las facultades legales que le son propias al Consejo de Monumentos Nacionales.

Comienza su explicación afirmando que el ex navío "Oriflama", es un monumento nacional en su categoría de monumento arqueológico; y que de acuerdo al artículo 22 de la Ley N° 17.288 se requiere de autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, otorgada en la forma prescrita en el Reglamento de Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, contenido en el Decreto Supremo N° 484, de 1990, del Ministerio de Educación. Luego cita el D.S. N° 311 de 1999, del mismo Ministerio, que define lo que debe entenderse

por monumento histórico, lo que ya está consignado anteriormente.

Acusa que la empresa "Oriflama S.A." ya ha intentado desconocer sistemáticamente la Ley N° 17.288 y el carácter de Monumento Arqueológico y Monumento Histórico de los restos náufragos de el ex navío sub lite; que el año 2004 solicitó pronunciamiento a la Contraloría General de la República, respecto de la denegación de un permiso de extracción por parte de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante, oportunidad en que "el Consejo de Monumentos Nacionales informó a esa Dirección que dichas especies constituyen un monumento arqueológico".

Agrega que mediante el Dictamen N°24.887 de 14.05.2004 la Contraloría General de la República determinó que "corresponde al Consejo de Monumentos Nacionales autorizar la remoción de los objetos que formen parte o pertenezcan a ese monumento histórico, así como la realización de excavaciones de carácter científico que a su respecto se pretenda llevar a cabo"; que el recurrente pidió aclaración de dicho Dictamen para se precise si los restos náufragos del ex navío tienen la calidad de monumento arqueológico, lo cual fue confirmado por la Contraloría, diciendo que el hecho de que sean monumentos históricos no obsta a que sean a su vez monumentos arqueológicos.

Continua señalando que la recurrente ha persistido en la extracción de tales monumentos nacionales, que con fecha 14.09.2010 mediante ingreso N° 6671, Jerry Melbye y Asociados, en conjunto con la recurrente Oriflama S.A. y otros, presentó solicitud de excavación arqueológica ante el Consejo de Monumentos Nacionales; que de acuerdo a la teoría de los actos propios, no cabe duda alguna que ya a esa data, las actuaciones mismas de Oriflama S.A. han importado un reconocimiento de la calidad de Monumento Nacional de los restos del Oriflama. Luego de algunas explicaciones del desarrollo de actuaciones, señala que el Consejo rechazó la solicitud de excavación arqueológica en sesión de 10.08.2011, comunicado mediante Ord. N° 4185, de 11.08.2011.

Prosigue indicando que mediante Ingreso N° 7778, de 03.12.2015 el Consejo informante recibió el Ord. N° 12.290 de 24.11.2015 en el que se solicita su opinión respecto de la extracción de los restos náufragos del navío sub lite denominado también "Oriflama", ante la solicitud presentada por la empresa "Oriflama S.A." en la Capitanía de Puerto de Constitución; que dicho Consejo emitió el Ord. N° 110, de 04.01.2016 a la sazón el acto impugnado, y en él se informa, entre otros aspectos, que los restos del ex navío "Oriflama" y su carga, objetos muebles y aparejos, son monumentos arqueológicos y que los bienes que de él se encuentren en los fondos marinos tienen, adicionalmente, la condición de monumentos nacionales, se reiteran las normas pertinentes, y en especial que cualquier excavación arqueológica debe ser autorizada por el Consejo informante, y que sólo se ha presentado una solicitud en el año 2010, la que fue rechazada en 2011.

Acerca del recurso de protección, expone que es extemporáneo por cuanto el acto impugnado no tiene la aptitud de lesionar presuntos e inexistentes derechos; que el acto es sólo de carácter informativo; que el recurrente ha tenido conocimiento de la situación jurídica que ampara el Estado de Chile desde el año 2004, en calidad de propietario de los restos arqueológicos del Oriflama.

Que el recurrente pretende controvertir la propiedad del Estado de Chile sobre la base de una sentencia espuria dictada en el año 2005, y obtenida de mala fe en un juicio donde el Estado de Chile no fue demandado ni emplazado, por lo que la actora carece de un derecho indubitado, necesario para que una acción cautelar de garantías constitucionales pueda prosperar. Arguye que las pretensiones de la misma exceden la naturaleza cautelar del recurso de protección porque en esta sede no se puede debatir acerca de funciones que el ordenamiento jurídico entrega a determinadas autoridades públicas, ni controvertir del derecho de dominio del Estado de Chile.

Para sostener la legalidad de su actuación, indica que en el Ord.110, de 14.01.2016, se entrega una opinión técnica a solicitud de la Dirección General de Territorio Marítimo y

Marina Mercante, comprendida en su Ord. 12.290/3 de 24.11.2015, el que se enmarca absolutamente dentro de la competencia y las atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales, ajustando su actuar a la normativa constitucional y legal vigente.

Insiste en que el acto administrativo impugnado es de carácter informativo ya que se limita a informar ciertos hechos, como la calidad jurídica que reviste el navío "Oriflama" respecto de lo cual el recurrente tiene conocimiento a lo menos desde el año 2004, que no existen autorizaciones para su excavación, alteración o extracción, y que el Consejo de Defensa del Estado ha establecido que la señalada sentencia es inoponible al Estado. Que por ello el Ord. N° 110, de 14.01.2016, no podría incurrir en ilegalidades que la recurrente le imputa. A continuación expone un examen de la Ley N° 17.288, Decreto Ley 2.222 y aspectos de la normas reglamentarias.

Sobre la razonabilidad del acto impugnado, afirma que la arbitrariedad es todo aquello que resulta caprichoso, irracional, sin sentido lógico y carente de razonabilidad; que en el caso de autos el Ord. N° 110 / 2016 del Consejo de Monumentos Nacionales, es un acto que se enmarca dentro de las atribuciones que la Ley N° 17.288 ha otorgado a éste organismo técnico, y no hace sino limitarse a entregar información veraz sobre hechos y normas pertinentes en ejercicio de sus potestades públicas; no contiene una decisión carente de razón, que sea fruto del capricho, ajeno a la justicia o el bien común; y recuerda que ha habido sólo un permiso denegado por el Consejo, cual es el acordado en sesión de fecha 10.08.2011, que la recurrente reconoce en la página 48 de su libelo y en los hechos, esto es, está en conocimiento de los motivos del rechazo, de lo cual existe registro en el acta de la referida sesión, oportunidad en que don José Luis Rosales, en representación de Oriflama S.A., estuvo presente y fue oído.

Explica, sobre el punto, que aquel rechazo se fundó en tres grandes defectos de la solicitud de permiso:

- i) Inexistencia de un proyecto de investigación de carácter científico.

- ii) Falta de acreditación de la forma de financiamiento del proyecto.
- iii) Mantención de la solicitud de evaluación y adjudicación anticipada de los bienes, lo que viola el derecho de primera selección del Estado respecto de los bienes extraídos.

Por otro lado, que mediante el acto impugnado se ha informado que el Consejo de Defensa del Estado ha establecido que la sentencia de prescripción adquisitiva opuesta por el recurrente es inoponible al Estado.

Además, que hay normas legales y reglamentarias que le entregan al Consejo competencia para autorizar excavaciones arqueológicas y que la falta de permiso constituye una infracción legal, y eventualmente daño ambiental.

Que el Consejo ha actuado conforme a derecho, no existiendo arbitrariedad ni ilegalidad en relación al acto impugnado, el presente recurso de protección debe ser rechazado, porque no hay vulneración de garantías constitucionales.

A fojas 387, se ha traído a la vista la causa civil Rol N° 16.689, sobre demanda de prescripción adquisitiva, con 103 fojas, en cuaderno original Rol N° 16.860, con 8 fojas.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, de la Excm. Corte Suprema, cuando se hubiere cometido un acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, y el recurrente debe señalar hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Segundo: Que el recurrente ha señalado que solicitó a la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante,

Capitanía de Puerto de Constitución, un permiso para la extracción de la carga, objetos muebles, aparejos y restos náufragos desde la estructura del ex Navío de Registro sub lite, y que la respuesta realizada mediante Ord. N° 12.210/01/2016, la entiende negativa por cuanto, se le ha informado que no se ha aprobado ninguna excavación, alteración y/o extracción alguna de dicho naufragio, y que de realizarse alguna se infringiría la ley.

Tercero: Que la respuesta recibida se articula en función de lo que previamente le informó a dicha Dirección General el Consejo de Monumentos Nacionales, quien le informó mediante **Ord. N° 110/16**, que los restos del Ex Navío son monumentos nacionales en la categoría de monumentos arqueológicos por el sólo ministerio de la Ley N° 17.288 y, por lo tanto, propiedad del Estado, y que, por lo mismo, de realizar alguna excavación, alteración y/o extracción de dicho naufragio, sin permiso, se infringiría la ley. Además, le informó que la sentencia definitiva, que se encuentra firme o ejecutoriada, que declaró la prescripción adquisitiva del Juzgado de Curepto a favor de su representada, el Consejo de Defensa del Estado ha establecido que es inoponible al Estado por las razones que se explican en su informe jurídico (párrafo sexto del Ord. N° 110/16).

Cuarto: Que la actora afirma que la respuesta y su contenido son ilegales y arbitrarios porque afectan gravemente los derechos constitucionales de su representada, en particular aquellos reconocidos en el artículo 19 N° 2, 21 y 24 de la Carta Fundamental.

Quinto: Que la empresa "Oriflama S.A.", se ha presentado en éstas instancias como dueña del Ex Navío denominado "NUESTRA SEÑORA DEL BUEN CONSEJO Y SAN LEOPOLDO", también nombrado "ORIFLAMA", por cuanto se verifica que en la causa caratulada "Guisande Pelic Mario con Otros", rol 16.869, del Juzgado de Letras y Garantía de Curepto, se dictó la sentencia definitiva que se agrega a fojas 86, mediante la cual se declaró que "se acoge la demanda de lo principal de fojas 17 y se declara la prescripción adquisitiva ordinaria en beneficio de la demandante Oriflama S.A., representada legalmente por don Mario Guisande

Pelic de todas las especies y restos náufragos que fueron el Ex Navío Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo, también conocido como el Oriflama y su cargamento que son los restos náufragos, efectos muebles, artillería y carga, metales preciosos amonedados o en barros y alhajas que se encuentran en el ex galeón español Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo alias Oriflama, a pique a la cuadra de la desembocadura del río Huenchullamí, sin costas". Se debe dejar constancia que la parte demandante de dicho juicio es la empresa Oriflama S.A. representada pordon Mario Guisande Pelic, y la parte demandada son "los propietarios de las especies y restos náufragos que fueron el Ex Navío "Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo" también conocido como el Oriflama y su cargamento". (sic)

Sexto: Que este tribunal considera necesario aclarar cual es el alcance de los efectos de la sentencia definitiva antes citada; ello, porque uno de los supuestos del recurso de protección es que siendo su naturaleza de carácter cautelar, deben existir derechos indubitados, lo que aparentemente se acreditaría con la dicha sentencia; y porque uno de los fundamentos esgrimidos en la denegación cuestionada por la parte recurrente es la cuestión de la propiedad sobre el Ex Navío, su cargamento y especies reclamadas, pues, se conoce la opinión jurídica del Consejo de Defensa del Estado en cuanto a que dicha sentencia definitiva es inoponible al Estado de Chile.

Séptimo: Que, al respecto, el artículo 3 inciso 2° del Código Civil ha establecido el principio del efecto relativo de las sentencias, lo que se traduce en que sus efectos sólo pueden aplicarse a las partes que concurrieron al juicio, y en éste caso se observa que el Fisco de Chile no fue parte en aquel proceso, toda vez que ahí consta que en ningún momento procesal fue emplazado, por lo que es posible oponer el argumento fundado en la inoponibilidad de la sentencia definitiva que exhibe la parte recurrente.

Octavo: Que, siguiendo con el desarrollo discursivo de estos conceptos jurídicos, cabe también aclarar cual es la situación que corresponde en derecho de aquellas cosas que se describen en

el recurso como restos náufragos, su estructura, bienes muebles, aparejos y otras especies que pudieren estar en el ex navío hundido en la costa de Huenchullami, desde "la noche del 25 de julio de 1770", según consta a fojas 45, del expediente rol N° 16.869 del Juzgado de Letras y Garantía de Curepto. Se trata por de pronto de una nave marina que zozobró frente a dicho lugar hace más de 245 años, sin que durante todos esos años o al menos hasta el año 2005, alguien haya reclamado posesión y dominio sobre dicho navío, de tal manera que es posible colegir que dichos restos náufragos y especies señaladas pertenecerían a la parte recurrente, sin perjuicio de los derechos de terceros y de la oposición que ya ha anunciado el Estado de Chile, a través del Consejo de Defensa del Estado en estrados y en los antecedentes, fundado en la citada inoponibilidad de los efectos de la sentencia definitiva que muestra la actora, lo que acredita o muta esta causa en un asunto controvertido acerca del dominio sobre los restos náufragos del ex navío sub lite, cuestión que debe ser resuelta por la vía ordinaria.

Noveno: Que respecto de la ilegalidad y arbitrariedad que reclama la actora, en cuanto a que se la han afectado sus derechos y garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 N° 2, 21 y 24 de la Carta Fundamental, cabe señalar que siendo esta acción constitucional de naturaleza cautelar que conlleva el supuesto de que los derechos que se pretenden resguardar deben estar en calidad de indiscutidos, según los antecedentes, para que sean objeto de medidas de cautela, éste tribunal considera inoficioso pronunciarse acerca de la ilegalidad o arbitrariedad de la actuación de los recurridos, toda vez que éstos han actuado con fundamentos jurídicos emanados de órganos de la Administración del Estado que se han manifestado en contra de reconocer el dominio declarado en su favor, por prescripción adquisitiva, en la sentencia definitiva de fecha 27 de enero de 2005, que rola a fojas 86 de los autos caratulados "GUISANDE PELIC, MARIO con OTROS", rol 16.869, del Juzgado de Letras y Garantía de Curepto, que tal como se ha expresado, tiene efectos relativos, lo que permite al Estado de Chile argumentar la inoponibilidad. Por éstas razones se desestimaré el presente recurso de protección.

SE RESUELVE:

De acuerdo a lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, 21 y 24; y 20 de la Constitución Política de la República, artículos 3 inciso 2° del Código Civil, **se rechaza** el recurso de protección deducido por don José Luis Rosales Muñoz, en representación de la empresa "Oriflama S.A.", en contra de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante, Capitanía de Puerto de Constitución, representada por don Fernando Diez Moreno; y en contra del Consejo de Monumentos Nacionales, representado por doña Ana Paz Cárdenas Hernández, sin costas del recurso.

Redacción del Abogado Integrante don Hernán Fuentes Acevedo.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 675-2016/Civil.

Se deja constancia que no firma el Ministro don Vicente Fodich Castillo, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo, por encontrarse haciendo uso de feriado.

