



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**“El Caso del Navío Oriflama y la Legislación
sobre Monumentos Nacionales”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Cs. Jurídicas y Sociales.

RODRIGO ANDRÉS MELLA CÁCERES

Profesor Guía: Claudio Herrera Jarpa

Santiago, Chile

2011

Dedico esta obra a mis padres, Sylvia y Luis, quienes son orgullosos artífices de cada uno de mis logros.

AGRADECIMIENTOS

Me gustaría agradecer su aporte en esta memoria a mi Profesor guía Claudio Herrera, a los funcionarios del Consejo de Monumentos Nacionales especialmente a Oscar Acuña y Susana Simonetti, así también a José Luis Rosales de la Sociedad Oriflama S.A y Manuel Zarate del Ministerio Público.

Agradezco también a mi amiga y compañera de generación Joan Jaña por su ayuda en la investigación.

Finalmente, me gustaría expresar mi gratitud a mi familia por todo el apoyo y motivación brindada.

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
RESÚMEN	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PATRIMONIO CULTURAL	13
1.1 Decreto Ley N°3500 de 19 de junio de 1925	18
1.2 Decreto Ley N°651 de 17 de octubre de 1925	19
1.3 Ley 14.693 de 28 de Noviembre de 1961	21
1.4 Ley 16.719 del 21 de Diciembre de 1967	22
1.5 Ley 17.288 de 4 de febrero de 1970	23
1.6 Decreto Supremo N°484 de 1990 del MINEDUC	25
1.7 Ley 20.021 de 14 de junio de 2005	27
1.8 Ley 20.033 de 01 de julio de 2005	28
CAPITULO II:	
LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL PATRIMONIO CULTURAL	31
2.1 Base conceptual del estudio	32
2.2 Esquema general de la protección del Patrimonio Cultural	34
2.3 El Patrimonio Cultural en la Constitución	36

2.4 Aspectos jurídicos internacionales del Patrimonio Cultural	39
2.5 Las leyes especiales	45
2.6 La ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales	46
2.6.1 El concepto de monumento nacional	48
2.6.2 Clasificación de los Monumentos Nacionales	52
2.7 La institucionalidad cultural	65
2.8 El Consejo de Monumentos Nacionales	68
2.9 Las sanciones que protegen los Monumentos Nacionales	74
2.10 Normativa relacionada a los Monumentos Nacionales	81
2.10.1 Ley 19.300	82
2.10.2 Ley Indígena	85
2.10.3 Ley General de Urbanismo y Construcción	86
2.10.4 Ley de Donaciones con Fines Culturales	87
2.10.5 Ley de Exención de Impuesto Territorial para Monumentos Históricos sin Fines Comerciales	88
CAPITULO III:	
CRÍTICAS Y COMENTARIOS SOBRE LA NORMATIVA VIGENTE	90
3.1 Limitaciones al derecho de propiedad en la Ley 17.288	90
3.1.1 Respecto de los Monumentos Históricos	93
3.1.2 Respecto a las Zonas Típicas	94
3.2 Inconstitucionalidad en la Ley 17.288	95
3.2.1 Caso del Palacio Pereira	95
3.3 Teorías sobre el dominio de los bienes arqueológicos	97

3.3.1	Teoría de la Confiscación de los Bienes	97
3.3.2	Teoría del Dominio Público Especial	98
3.4	Proyectos de Ley para modificar la legislación cultural	99
3.4.1	Patrimonio Inmaterial	100
3.4.2	El Instituto del Patrimonio	102
3.5	Criticas a la institucionalidad cultural	102
3.6	El Instituto del Patrimonio	105
3.6.1	Objeto del Instituto del Patrimonio	106
3.6.2	Naturaleza Jurídica	107
3.6.3	Atribuciones	108
3.6.4	Modificaciones a la Ley 17.288	108
3.6.5	Particularidades del Proyecto de Ley	110
3.7	Tráfico ilícito de bienes culturales	111
3.8	Propuestas para mejorar la protección del patrimonio cultural	113
3.8.1	Necesidad de actualizar la Ley 17.288	113
3.8.2	Dictación de normas que eliminen los vacíos legales	114
3.8.3	Mejoramiento de la institucionalidad	115
3.8.4	Aumento de los incentivos económicos	115
3.8.5	Políticas públicas sobre patrimonio cultural	116

CAPITULO IV:

PROTECCION MONUMENTAL EN LA LEGISLACION COMPARADA 118

4.1	España	118
4.2	México	122

4.3 Perú	124
4.4 Paraguay	126
CAPITULO V:	
EL CASO DEL NAVIO “ORIFLAMA”	128
5.1 Historia del Navío “Oriflama”	129
5.2 Arqueología submarina y el hallazgo del Oriflama	133
5.3 La sociedad Oriflama S.A	135
CAPITULO VI:	
DESARROLLO JURÍDICO DEL CASO DEL NAVÍO “ORIFLAMA”	138
6.1 La génesis del problema legal sobre el Oriflama	139
6.2. Informe del Consejo de Defensa del Estado	144
6.2.1 La sentencia del tribunal de Curepto	143
6.2.2 Naturaleza Jurídica de las Especies Naufragas	145
6.2.3 Consecuencias jurídicas de la condición de monumento arqueológico de los restos del navío Oriflama	147
6.3 La propuesta final de Oriflama S.A	148
6.4 Análisis de las implicancias de la propuesta de Oriflama S.A	150
6.5 Aspectos anexos al caso del Oriflama	152

CAPITULO VII:	
SOLUCIONES, OBSERVACIONES Y CONCLUSIONES DEL CASO	154
7.1 Soluciones y escenarios posibles	154
7.1.2 Solución a favor del Estado	155
7.1.2 Solución a favor de Oriflama S.A	157
7.1.3 Solución de la excepción	158
7.2 Consecuencias	159
7.3 La Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuática	160
7.4 Conclusiones	163
GLOSARIO	166
BIBLIOGRAFÍA	167

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es mostrar una visión completa sobre la legislación chilena sobre la protección de los monumentos nacionales y el patrimonio cultural en general, desde los orígenes históricos de este ámbito del derecho hasta las críticas y falencias del sistema actual.

Esta memoria, igualmente, contempla el análisis de sistemas comparados de cuatro países hispanoparlantes; además del desarrollo de un caso desde sus distintas perspectivas, con la finalidad de aplicar los tópicos más relevantes de la legislación cultural y ver su funcionamiento en la práctica.

La idea de esta investigación se centra en brindar al lector la información y las explicaciones necesarias para entender los problemas jurídicos que afectan la protección monumental para, de esta forma, lograr una opinión fundada sobre el tema; sea esta concordante u opuesta a la que se presenta en este trabajo.

INTRODUCCIÓN

Esta memoria ha sido elaborada en base a una serie de objetivos, que además de lograrlos a través de la redacción de este trabajo, se fueron cumpliendo de forma personal al derribar una serie de prejuicios y desconocimientos sobre la protección del patrimonio cultural de nuestro país.

Tomando en cuenta que este es un tema que no se enseña actualmente en nuestra Facultad de Derecho, siendo varios los años en los que no se imparte una cátedra o asignatura que aborde de forma exclusiva la importancia del patrimonio cultural y su protección en la malla curricular de la carrera, y así mismo, existe una ausencia de investigación profunda por parte de egresados, estudiantes como abogados sobre el tema cultural, lo cual se puede ver reflejado en los catálogos de la misma biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que si bien cuenta con la mayor colección en su género, solo cuenta con cuatro tesis relacionadas con la protección del patrimonio cultural y los monumentos nacionales.

Es por eso que al plantear la realización de esta investigación, se propone extender este tema, que en nuestro caso, con el pasar de los meses de investigación motiva cada vez mas; haciendo parte de la materia a los abogados, estudiantes y egresados de derecho, que hoy por hoy dejan el estudio de temas como este a profesionales de otras áreas como arqueólogos, sociólogos o arquitectos.

De esta forma, el objetivo de la investigación se centra en presentar una visión generalizada y con un desarrollo de considerable profundidad sobre la legislación cultural en materia de monumentos, no solo a nivel de ordenamiento jurídico interno, sino también del nivel internacional. Se propone una

investigación que ilustre a abogados y no abogados, que sirva para dimensionar la relevancia que el patrimonio cultural, y su protección, puede tener para el futuro de nuestro país y el resguardo de nuestra memoria cultural.

El hecho de vivir en un país que anhela lograr el progreso requiere esfuerzos mas allá de lo económico en todo ámbito de cosas; y especialmente en el ámbito cultural se necesita ir fomentando la educación de sus ciudadanos y respetando las huellas que sus actos dejan a través del tiempo. El derecho ocupa un lugar privilegiado en este proceso de desarrollo país, por cuanto tiene la oportunidad cierta de fomentar y ayudar a preservar la memoria que significan los monumentos nacionales y el patrimonio cultural, así como expresar de forma concreta las políticas del Estado al respecto.

Es por esto que la idea de asociar el estudio de la Ley 17.288 y las leyes que la complementan con el análisis de un caso, parece a todas luces la mejor ruta posible para dirigir una investigación sobre cultura, toda vez que el Caso del Navío Orifloma, galeón español hundido en las aguas adyacentes a la costa de Curepto, contiene un sinfín de factores, jurídicos como no jurídicos, donde se ve enfrentada -en gran magnitud- la legislación chilena a dilemas sobre inversión privada o la propiedad de los bienes culturales. El caso nos ayudará a aterrizar los conceptos y a tener una perspectiva práctica que difícilmente se consigue con el estudio doctrinal.

Para esto se utilizará el método analítico y comparativo para llevar asuntos que aparecen de gran complejidad debido a su carácter técnico, a sectores que ilustren de mejor forma los mecanismos e instrumentos utilizados para proteger los monumentos nacionales, partiendo con una breve reseña de la historia de la legislación cultural –Capítulo I-, pasando al análisis pormenorizado de la Ley 17.288 y las normas complementarias –Capítulo II- lo cual significa el requisito *sine qua non* para poder expresar las críticas y

falencias que dichos cuerpos legales presentan tanto en la teoría como en la práctica -Capítulo III-. Se mostrarán cuáles son las soluciones en el derecho comparado –Capítulo IV- y como se trata el tema de los monumentos nacionales en distintos países hispanoparlantes y que guardan alguna relación con nuestro país, para finalmente pasar a la revisión del Caso Orifloma desde todas sus perspectivas posibles –Capítulos V, VI y VII-.

Ciertamente el Caso del Orifloma nos ayudará a aterrizar gran parte de la normativa vigente sobre monumentos nacionales, a una discusión y aplicación práctica, lo cual es de vital importancia para el entendimiento del panorama general. Es en este punto, que las discusiones olvidadas que dan a luz la Ley 17.288 hace tres décadas atrás o los decretos desconocidos para muchas personas e incluso abogados, cobran importancia.

Así, se presenta este trabajo, esperando que a través de este trabajo, cualquier persona pueda entender el caso y principalmente, formarse una opinión ya sea concordando con las conclusiones que se expresan en los capítulos de esta memoria, o bajo un prisma distinto, entendiendo que este tema no cuenta con múltiples perspectivas y que no es sino mediante la educación, difusión del conocimiento y generación de opinión podemos avanzar en materias tan complejas como la cultura.

CAPITULO I:

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PATRIMONIO CULTURAL

Desde hace cientos de años existe una preocupación constante por dar protección a monumentos, obras de arte y cualquier otra expresión de patrimonio histórico y cultural de la humanidad toda. Esto porque el legado de nuestros antepasados refleja lo que es la sociedad, cómo llegamos a ser lo que hoy somos y a tener las tradiciones actuales. Grandes monumentos o pequeñas muestras del quehacer humano son testimonio de nuestro pasado, una forma de expresión de aquel (pasado) que nos lleva a entender el presente. Así, resulta fundamental que tanto la sociedad como el Estado se hagan responsables del deber ineludible de brindar protección y conservación a nuestro Patrimonio Cultural.

Es menester dar a conocer la evolución histórica de esta protección, el nacimiento y posterior resurgimiento de la preocupación por conservar nuestro legado expresado en obras arquitectónicas, ruinas que dan fe de la existencia de maravillosas civilizaciones, navíos que naufragaron y que gracias a la tecnología hoy podemos recuperar, objetos construidos por el hombre, obras de arte, distintos lugares de connotación histórica, etc., y entender cómo la sociedad fue tomando conciencia de la importancia de mantener con vida nuestro pasado; y cómo llega al Estado de Chile la idea de legislar en torno a la protección a los monumentos nacionales.

El mensaje presidencial de la Ley 17.288 señala al respecto que “desde la “Antigüedad Clásica”, los monumentos y obras de arte atrajeron la atención

de los viajeros y estudiosos. Estas preocupaciones nacen con Homero y Heródoto, se prolongan con Pausanías, alcanzan cierto relieve en la época de Adriano, repuntan en la edad media con el trasiego de ideas y culturas, promovido por las peregrinaciones, y cobran especial realce en la intensa vida cultural y artística del Renacimiento.”¹ A esto debemos agregar el aspecto político que guardan la mayoría de los monumentos en la antigüedad, razón que explica en muchos casos su magnitud en dimensiones y lo costoso de sus construcciones.

Fueron acontecimientos como el descubrimiento de las antiguas ciudades romanas de Pompeya y Herculano², en los faldeos del volcán Vesubio, los que marcaron un punto de inflexión durante el siglo XIII, pues este riquísimo descubrimiento produjo el interés inmediato del sector académico que se sintió motivado por saber más sobre la cultura greco-romana, contagiando a toda Europa con esta curiosidad. Emergen así, de una manera más seria, los primeros proyectos concretos que buscaban brindar protección a la riqueza monumental. Debemos destacar el hecho que estos procesos se vivían tan sólo en el continente Europeo, que debido a su antigüedad contiene una suculenta riqueza cultural, lo cual redundaba en que dicha región del planeta se encontrara a la vanguardia en estos temas. Más tarde en el norte de Europa, se realizaron importantes excavaciones de un valor arqueológico impresionante que dieron pie al nacimiento del romanticismo, tanto en su expresión artística neta, como en lo referente a la literatura.

El surgimiento de las Academias durante el siglo XVIII y el ímpetu de estudio desarrollado en ellas implicó una preocupación por el patrimonio tangible, pues si bien la historia que éste mismo contaba conservaba una tremenda relevancia, el patrimonio en sí la perdía en manos del deterioro.

¹Historia de la Ley N° 17.288. p. 4.

²Nota: Ambas ciudades fueron arrasadas por la erupción del Vesubio en el año 79 después de Cristo. Actualmente se encuentran en la provincia de Nápoles, Italia.

Surge de ellas un interés en restaurar, por ejemplo, muchos monumentos que ya empezaban a deteriorarse y desaparecer.³

La preocupación en América llegó con bastante posterioridad, lo cual es de esperarse al ser éste un continente más joven. Así las cosas, fue Thomas Jefferson, tercer Presidente de los Estados Unidos de América a principios del Siglo XIX, el primero en dar alguna manifestación de querer encontrar en los rastros del pasado, información del presente.⁴ Bajo este esfuerzo se descubre a fines del siglo XVIII los restos de un muy antiguo poblado indio en la zona de Virginia, en los Estados Unidos y a raíz de esto, comienza a gestarse en América este afán de otorgarle protección al patrimonio cultural y natural, naciendo la conciencia en la sociedad que muchos de los monumentos de este continente se encuentran gravemente amenazados, siendo la causa de esto la desprotección en la que se encontraban, no sólo por parte de los Estados, sino de todos los individuos.

Las últimas décadas han traído consigo un crecimiento paulatino de la inquietud por la conservación de nuestro patrimonio, los Estados se reconocen responsables de esta tarea la cual no sólo es importante sino que es un deber imprescindible que deben cumplir. A su vez ha crecido la conciencia pública en torno al tema, pues los individuos han sido capaces de movilizarse en defensa de los valores culturales de sus naciones y el continente entero.

La preocupación por nuestro patrimonio se ha visto reforzada por el ímpetu de importantes organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos⁵ (OEA) o la Organización de las Naciones Unidas para la

³ **Historia de la Ley** N° 17.288. P. 4.

⁴ **DEL CAMPO**, Catalina y **SANTIBAÑEZ**, Alejandra. "Monumentos Nacionales. Legislación y Análisis Crítico." Memoria de Título (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1993. P. 25.

⁵ **Nota:** Actualmente la OEA mantiene una Secretaría de Desarrollo Integral que abarca temas de Educación y Cultura, a cargo de la formación de políticas culturales comunes entre sus miembros. Dentro

Educación la Ciencia y la Cultura⁶ (UNESCO), entre otras, quiénes hacen constantes llamados en favor del buen mantenimiento de nuestras riquezas naturales, artísticas y culturales. Así lo señala el mensaje presidencial contenido en la historia de la Ley 17.288; al mencionar que “estas preocupaciones (por el patrimonio cultural) se han visto activadas y estimuladas por urgentes llamados de altos organismos internacionales a favor de la protección de los testimonios históricos y artísticos del pasado, por campañas mundiales pro Monumentos”.⁷

Otro de los factores que ha impulsado el desarrollo de legislaciones nacionales destinadas a brindar protección al patrimonio de las naciones y consecuentemente con esto, la elaboración de documentos internacionales que unen a los distintos países en pos de este mismo objetivo, es un fenómeno tanto social como económico, este es el exponencial crecimiento del turismo que se nutre de la buena conservación de distintas obras o bellezas naturales que, indudablemente, llaman la atención del turista y el público en general. Descrito ya en la génesis de la Ley 17.288 como el “fenómeno económico nuevo que interesa particularmente a todas las naciones; [...] atraído especialmente por las manifestaciones históricas y artísticas propias de cada pueblo.”⁸ El incentivo, entonces, va en la dirección de invertir recursos en la conservación, mantenimiento y restauración del patrimonio con el fin de atraer al turista que, de alguna manera, devolverá esta inversión a las arcas del Estado formando una cadena que termina en el desarrollo económico y cultural del país a través del turismo.

De esta forma, en Latinoamérica se celebran numerosas reuniones que reúna todos los países a través de reuniones de corte científico y técnico en los

de estos esfuerzos se enmarca la Resolución III de Bogotá (1963) sobre preservación del patrimonio cultural.

⁶ **Nota:** Organización parte de la Organización de las Naciones Unidas; creada en Londres en 1945 y vigente desde 1946.

⁷ **Historia de la Ley N° 17.288.** p 4.

⁸ **Historia de la Ley N° 17.288.** p. 4

diferentes ámbitos que la rodean; historia, arqueología, arquitectura y ciencias afines, dando lugar a Congresos y Conferencias Internacionales conducentes a mejorar las legislaciones y las políticas gubernamentales, gremiales o sectoriales, con el objeto de dar cada día una mejor protección al patrimonio continental y lograr su preservación en el tiempo.

De esta manera, todo lo antes mencionado ha repercutido en el mejoramiento y salvataje de muchas obras y lugares, en todas partes del mundo y especialmente en Latinoamérica. En la mayoría de los países americanos se ha legislado sobre el tema en cuestión⁹, algunos con más éxito que otros en su cometido, sin embargo lo importante es que los pasos se han estado dando en una determinada dirección y tanto en el ámbito local como en el internacional, la conservación y protección del patrimonio universal es un tema de constante debate y mejoramiento.

En cuanto a Chile, por supuesto, no se ha quedado al margen de esta tendencia. Hoy en día existe una ley que, específicamente, tiene como fundamento brindar protección por parte del Estado al patrimonio nacional, esta Ley es la 17.288 del año 1970, elaborada y dictada bajo el mandato del Presidente Eduardo Frei Montalva. Dicha Ley fue precedida por distintos tipos de instrumentos jurídicos que es necesario analizar, como también ha sido modificada, en parte, por nuevas leyes que vienen a arreglar vicios o falencias que existen a causa del transcurso del tiempo, las nuevas necesidades que por ello surgen y el desarrollo de nuevas tecnologías que inciden en el patrimonio cultural y su cuidado, según veremos en los capítulos posteriores.

A continuación detallaremos cada uno de estos antecedentes jurídicos de la Ley 17.288, como forma de entender sus instituciones y figuras jurídicas, para luego estudiar las modificaciones que ha sufrido dicha Ley

⁹**Nota:** Entre ellos podemos contar las legislaciones de México, Perú, Argentina, Paraguay y Colombia.

1.1 Decreto Ley N°3500 de 19 de junio de 1925

Este decreto es consecuencia de la celebración en Santiago de Chile de la V Conferencia Panamericana realizada en 1923¹⁰ y que tenía como objetivos adoptar resoluciones concretas sobre la preservación del patrimonio en el continente americano. Hubo recomendaciones a todos los gobiernos en pos a dictar leyes conducentes a cumplir los objetivos trazados en la Conferencia.

Dicho decreto, dictado por el entonces Presidente de la República don Arturo Alessandri Palma nombró a una Comisión Gubernativa que debía presentar un proyecto de ley referente a lo anterior. Dicho proyecto, como mandato específico, debía regular materias tales como la restauración y conservación de los monumentos y edificios históricos y arqueológicos; la conservación y vigilancia de monumentos que se erigen en lugares públicos; la adquisición y reserva para el Estado de los elementos que deben conservarse en los Museos Nacionales; el comercio de los objetos que se extraigan de cualquier excavación y la exportación de dichos objetos.

Sin embargo, la misma historia de la ley nos señala que dicha Comisión no mantenía como objetivo final el establecimiento de una legislación definitiva en materia de patrimonio cultural, por cuanto se constituye como la primera referencia legal, de carácter preliminar.¹¹

Todo lo anterior se concretó en un proyecto de ley que dio origen al Decreto Ley N°651 del 17 de octubre de 1925 que en su Artículo 19 crea el Consejo de Monumentos Nacionales, órgano que tiene a su cargo la protección de los bienes declarados monumentos nacionales, y según lo dispone en su artículo transitorio el Decreto Ley ya mencionado, dicho órgano se regiría por las normas del Decreto Ley N°3500 hasta la dictación del respectivo

¹⁰Historia de la Ley N° 17.288. P 6.

¹¹Decreto Ley 3.500. Inciso N° 10. 1925.

Reglamento. Este órgano de la administración del Estado se mantiene a lo largo de los años y las diversas leyes al respecto, existiendo en la actualidad bajo la Ley 17.288.

El Decreto Ley N°3500 fue el primer gran paso dado en Chile con respecto a la materia, ya que se encargó de establecer las primeras normas legales referidas al patrimonio artístico, histórico y arqueológico, sin perjuicio de la existencia anterior de esfuerzos particulares para el cuidado y preservación de determinados bienes asimilables a los actuales monumentos nacionales.

El reglamento que se requería para establecer las normas que regirían el funcionamiento del Consejo de Monumentos Nacionales nunca llegó a dictarse y recién en el año 1968, don Máximo Pacheco Gómez, Ministro de Educación en aquel año, y destacado catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, propuso la formación de una Comisión que tuviera como objeto elaborar un proyecto de reglamento del Decreto Ley N°651.¹²

Es necesario, entonces, estudiar más en detalle en qué consistió el Decreto Ley N°651.

1.2 Decreto Ley N°651 de 17 de octubre de 1925

Sabemos ya que este Decreto creó el Consejo de Monumentos Nacionales y que el reglamento que había de regirlo nunca llegó a dictarse. Ahora bien, este Decreto Ley también se preocupó de regular todo lo que tuviera relación con los monumentos históricos, monumentos públicos y excavaciones arqueológicas. Además regula algo tan importante como los registros e inscripciones, cuestión fundamental para llevar una fiscalización eficaz y la protección legal que se le debía otorgar a los diferentes tipos de

¹²REVETRIA B. Mafalda. "La Propiedad Monumental en Chile. Su Régimen Jurídico". Santiago, Ediciones Revista de Derecho Público Universidad de Chile. P. 10.

Monumentos. Igualmente se ocupó de determinar las sanciones y penas para quienes incumplieran estas normas y los recursos que podrían presentarse en caso de que algún particular se viera afectado por la nueva regulación.

A favor y en contra de esta ley podemos señalar que “contempla los principales postulados sobre esta materia y considera algunos casos particulares que se pierden en una fisonomía de rasgos incompletos. Esta ley original fue redactada a impulso de excelentes intenciones y varias de sus disposiciones, muy acertadas, tienen hoy plena validez”.

Pese al gran esfuerzo que se realizó para dar vida a este importante Decreto Ley, su aplicación fue muy difícil y entrampada, puesto que además de adolecer de vacíos, habían otros factores que llevaron a que el Decreto fuese prácticamente inútil constituyéndose en letra muerta. Entre las falencias que provocaron el efecto mencionado podemos señalar las siguientes:

- Inexistencia de asignación presupuestaria para que el Consejo de Monumentos Nacionales pudiese llevar sus tareas a cabo, a tal punto que el presupuesto destinado sólo alcanzaba para realizar las labores típicamente administrativas.
- Para llevar a cabo su principal objetivo, el cual es la protección del patrimonio cultural, mediante la restauración y conservación de diversos Monumentos, el Consejo debía someterse al mismo proceso lento y burocrático que están sometidos los órganos de la administración pública en general, lo que dificultaba de sobremanera su tarea. Es decir, el Consejo de Monumentos Nacionales carecía de la autonomía necesaria para cumplir rápida y adecuadamente su labor.
- Existía en el Consejo de Monumentos Nacionales un sólo funcionario rentado que más bien se encargaba de labores meramente administrativas, todos los demás funcionarios de dicho órgano prestaban sus servicios ad-honorem.

Es obvio, además, que no existía una política definida en el Gobierno, la comunidad científica (historiadores, arqueólogos, etc.) o en la población

para considerar la relevancia del patrimonio cultural local y nacional, por cuanto, no hubo interés en dictar el reglamento de la legislación dictada en 1925 o establecer una adecuada regulación a través de esfuerzos por realizar las modificaciones legales necesarias durante la vigencia del Decreto Ley en estudio.

Trascurridos algunos años con esta legislación, se hizo en 1961 un nuevo impulso jurídico para demostrar la importancia de la tutela al patrimonio cultural, así se dicta el 28 de Noviembre del mencionado año la Ley 14.693, con un afán mucho más particular que las anteriores legislaciones, aunque con el mismo trasfondo, el de proteger nuestra identidad y cultura.

1.3 Ley 14.693 de 28 de Noviembre de 1961

Esta ley tiene un propósito mucho más particular, como ya señalamos, el de declarar Monumento Nacional el mausoleo de Gabriela Mistral junto con el terreno donde éste se encontraba asentado, además de autorizar colectas ciudadanas con la intención de recaudar en ellas los fondos necesarios para mantener y conservar el nuevo monumento nacional que se encuentra ubicado en la localidad de Montegrande en la Provincia del Elqui, actual Cuarta Región del país.

La importancia de esta legislación radica en dos cuestiones fundamentales, la primera tiene que ver con la intención, puesto que se desprende de la Ley que existe un empeño por parte del legislador de dar protección a lugares y bienes que dan cuenta de la identidad y cultura de la nación, y que por esto son importantes en nuestra historia como país. La segunda cuestión y no por ello menos importante, es la de hacer partícipes a la ciudadanía de esta obligación de tutela, pues no sólo el Estado como Fisco se ocupará de nuestro patrimonio, sino que la ciudadanía debía hacerse

responsable aportando recursos en pos de mantener en adecuada forma el mausoleo de Gabriela Mistral.

Significativo es señalar que, esta vez, la dictación del respectivo Reglamento quedaba en manos, por mandato del legislador, del Presidente de la República; lo que demuestra un voluntad mucho mayor que en las legislaciones anteriores porque el Reglamento llegue a dictarse efectivamente.

Otro punto favorable de la ley es que fija todos los puntos necesarios para que la colecta pública llegue a realizarse con éxito, designado las fechas de ésta y los funcionarios que se harán cargo, todos ellos personas que representan al Estado y los intereses culturales del país. Establece, además, que las labores de conservación, restauración y hermoseamiento quedarán a cargo de la Municipalidad de Paihuano, por lo que existe un ente responsable de realizar dicha labor, que debe dar cuenta de ella regularmente, es decir, existe una fiscalización efectiva que antes no habíamos visto.

Otra Ley de similar corte se dicta en el año 1967, por un motivo particular, pero sigue manifestando una renovada preocupación por el patrimonio nacional.

1.4 Ley 16.719 del 21 de Diciembre de 1967

Esta Ley también tiene como objetivo proteger el legado de Gabriela Mistral, pues se encarga ahora de la difusión de la obra de la poetisa chilena creando una Comisión que se encargará de esta labor. Se ocupa de la creación de un museo en el lugar donde nació Gabriela Mistral en Vicuña, destinando fondos fiscales para ello. Se modifica, además, la Ley 14.693, a la que ya nos referimos recientemente.

La Comisión creada por esta Ley está totalmente regulada por ella, ya sea en cuanto a los miembros que la componen, la manera de sesionar,

sus funciones y su financiamiento. Esto da cuenta del interés del legislador de no dejar cuestiones pendientes, como lo había hecho en ocasiones anteriores, evitando que la nueva ley fuese ineficaz.

Esta regulación pormenorizada contribuyó a establecer claramente las tareas que se debían realizar, dando énfasis a la difusión de la obra de Gabriela Mistral, pues se mandata a que ésta llegue a los establecimientos educacionales y a la ciudadanía en general de manera que sea económico adquirirla y se pueda utilizar cualquier medio de difusión de masas que haga más sencilla esta tarea.

1.5 Ley 17.288 de 4 de febrero de 1970

Y al fin llegamos a la dictación de la Ley 17.288, la llamada ley de Monumentos Nacionales, que se hizo necesaria, pues se requería una ley de carácter general que renovara las leyes antecesoras, una ley que se ocupara del patrimonio nacional como un todo y no con un énfasis específico en ciertos monumentos y llenara los vacíos de la legislación existente hasta el momento. Así surge la Ley 17.288 que guarda como objetivo principal la conservación, restauración y tutela del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de Chile.

La Ley que se encuentra actualmente en vigencia, venía a solucionar una serie de vacíos dejados por las anteriores legislaciones, el Consejo de Monumentos Nacionales queda esta vez como organismo técnico dependiente directamente del Ministerio de Educación. Se procura establecer de manera clara y precisa la fisonomía del Consejo, dándole mayor amplitud al espectro de sus funciones y atribuciones. Existe una preocupación por legislar acerca de las consecuencias, permisos, finalidades y lo que sea necesario al respecto de las excavaciones y exportaciones de bienes culturales en general. Se tuvo en cuenta la importancia y lo que significaba en términos económicos la

conservación, protección restauración, investigación y divulgación del patrimonio histórico-cultural, ocupándose la legislación de establecer de dónde vendrían los recursos destinados a la mencionada finalidad. Existía en las conciencias de los legisladores algo que no se había manifestado antes, lo cual era entender que el gasto que implicaba hacerse cargo de la mejora y tutela del patrimonio nacional significaba una inversión en cultura y educación que indudablemente crece cuándo en el Estado existe una motivación por nuestra historia tangible e intangible.

El proyecto de esta Ley se presentó casi un año antes de su definitiva promulgación, es decir, en el mes de marzo de 1969 y si bien su tramitación tenía carácter de urgencia, la ardua discusión y las ganas de ser meticulosos con respecto a la nueva ley, confluyeron en su demora. Una de las discusiones mas importantes que ocurre durante la etapa de discusión en el Congreso Nacional de la Ley 17.288 fue aquella referente al reparto de hallazgos arqueológicos. Al respecto se pidió, por parte de los parlamentarios, explicaciones al Ministro Pacheco. En esta ocasión fue el Senador Montes el cual señaló acerca del Artículo 25 de la Ley que “ésta es, realmente una disposición demasiado generosa porque, tratándose de misiones científicas extranjeras dispone que debe repartirse “miti-miti”, por decirlo así, el material obtenido en los hallazgos...”¹³ A pesar del malestar de ciertos parlamentarios, la disposición pasó los tramites constitucionales para su promulgación sin cambio alguno.

En esta ocasión, fue importante para la redacción de esta Ley la intervención de todos los miembros del Consejo de Monumentos Nacionales, personas expertas y calificadas que cuidarían el objetivo final de proteger en forma adecuada el patrimonio nacional. Decía el diputado Sr. Koenig en el debate que antecedió la dictación de la Ley: “El Proyecto tiene como finalidad

¹³ Historia de la Ley p. 58.

específica adaptar, con espíritu técnico y científico, las disposiciones legales vigentes en materia de preservación del patrimonio cultural e histórico chileno a las condiciones existentes en el ámbito nacional; su objeto no es otro que el otorgar un mayor grado de operatividad, agilidad y eficacia a la aplicación de la legislación anterior”.¹⁴

Es menester analizar la Ley 17.288 con una profundidad mayor a la que se hace en el presente capítulo, por ello dedicaremos el próximo, exclusivamente, a tocar todos los puntos a los que se refiere esta ley junto con un completo análisis de ello. Por ahora, y en las siguientes líneas, sólo nos dedicaremos a revisar algunas de las más importantes modificaciones y agregaciones hechas con posterioridad a esta ley, para poder concluir de manera eficaz este análisis histórico que da cuenta del desarrollo que la legislación en materia de patrimonio ha tenido en nuestro país.

1.6 Decreto Supremo N°484 de 1990 del Ministerio de Educación

Este Decreto crea el Reglamento sobre excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, teniendo en cuenta que el Título V, principalmente, de la Ley 17.288 se refiere a esta materia señalando que un reglamento determinará, entre otras cosas, las condiciones de los permisos que se otorguen y de su realización y la forma en cómo se distribuirán los objetos y especies obtenidas. Es necesaria, sin duda, la existencia de este reglamento por la importancia de lo tratado, pues una vaga regulación respecto a las excavaciones y/o prospecciones podría provocar que se produjeran graves e irreparables daños en el patrimonio. Es el Consejo de Monumentos Nacionales el órgano a cargo de la tarea de proponer las normas que regulen la materia que se pretende tratar en el decreto, esto por su calidad de entendidos y expertos.

¹⁴Historia de la Ley 17.288. p. 63.

El decreto supremo en cuestión define en su artículo 2° lo que debe entenderse por prospección, excavación y sitios de especial relevancia, a saber:

- **Prospección:** El estudio de la superficie de una localidad con el fin de descubrir uno o más sitios arqueológicos, antropológicos o paleontológicos que pueden incluir pozos de sondeo y/o recolecciones de material de superficie;
- **Excavación:** Toda alteración o intervención de un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico, incluyendo recolecciones de superficie, pozo de sondeo, excavaciones, tratamiento de estructuras, trabajos de conservación, restauración y, en general, cualquier manejo que altere un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico; y
- **Sitios de especial relevancia:** Aquellos que definirá el Consejo de Monumentos Nacionales sobre la base de criterios, de singularidad, potencial de información científica y valor patrimonial.

Establece además el decreto que los permisos para prospección no se concederán en áreas muy extensas y los de excavación se concederán en general para un sitio y en el caso de ser varios habrá que justificar la petición. Las autorizaciones y permisos correspondientes ya sea para prospección o excavación deberán siempre ser otorgados por el Consejo de Monumentos Nacionales, único órgano competente en estos casos. Los permisos serán otorgados tanto a nacionales como extranjeros, con el debido respaldo. Se establecen los requisitos que debe contener cada petición de permiso ya sea en el caso de chilenos o extranjeros, las cuáles varían dependiendo de cada cual. Se establece la duración del permiso y las causales de caducidad de él, así como también la obligación de dar cuenta a través de informes de sus trabajos de prospección o excavación al cabo de dos años. Durante la duración del permiso el Consejo de Monumentos Nacionales estará facultado para requerir toda la información de los trabajos, así como también los autorizados estarán obligados a rendirla. Se señala qué se entiende por salvataje, que es la recuperación urgente de datos o especies arqueológicas, antropológicas o

paleontológicos amenazados de pérdida inminente, y quiénes están facultados para realizarlo. Se establece además, y muy importante, que las especies provenientes de excavaciones y prospecciones pertenecen al Estado y el Consejo de Monumentos Nacionales se encargará de determinar a quién corresponde la tenencia para su adecuada conservación. Como últimas cosas, se incorpora el Museo de Historia Natural como el centro oficial para las colecciones de la ciencia del hombre en Chile, por lo que a él deben llegar una colección representativa de “piezas tipo” y del material obtenido en las excavaciones realizadas por nacionales y extranjeros; además se dictamina la obligación de denunciar el descubrimiento de ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico a todo aquel que al hacer prospecciones o excavaciones las encuentre; esta denuncia debe hacerse a Carabineros de Chile quienes se harán cargo de vigilar el lugar hasta que el Consejo de Monumentos Nacionales se haga cargo de él.

1.7 Ley 20.021 de 14 de junio de 2005

Esta Ley modifica la Ley 17.288, puesto que tiene el objeto de crear una nueva figura penal y sustituir la unidad en que se expresan sus multas.

La nueva figura penal creada es el daño y apropiación de un monumento nacional y en el caso de las multas la unidad que se sustituye es “sueldos vitales” por “UTM” (unidad tributaria mensual).

En este caso se derogan las partes finales del artículo 12°, 18°, 19° y 22°, pues ellas establecían las multas en sueldos vitales, unidad que ya se encuentra en desuso. Modifica además el inciso final del artículo 23°, el 26° y el 30° con respecto a lo mismo, agregando referencias a nuevas disposiciones.

Se sustituye el artículo 38 por el siguiente:

"Artículo 38.- El que causare daño en un monumento nacional, o afectare de cualquier modo su integridad, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales."

Y se incorpora el artículo 38 bis:

"Artículo 38 bis.- La apropiación de un monumento nacional, constitutiva de los delitos de usurpación, hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación, se castigará con pena de multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales, además de la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo a las normas generales.

Tratándose del hurto, si no fuere posible determinar el valor del monumento nacional, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, además de la multa aludida en el inciso precedente."

Se deroga el artículo 41° y 43° y se reemplaza el artículo 44° por el siguiente:

"Artículo 44.- Las multas establecidas en la presente ley, a excepción de aquéllas fijadas en el artículo 38, serán aplicadas por el juez de letras en lo civil que corresponda al lugar en que se cometa la infracción, a petición del Consejo de Monumentos Nacionales o por acción popular."

1.8 Ley 20.033 de 01 de julio de 2005

La consecuencia que tiene esta ley en cuanto a patrimonio histórico-cultural es que establece una exención total del impuesto territorial para los Monumentos Históricos inmuebles que no están destinados a fines comerciales. Para estos efectos modifica la Ley 17.235 sobre Impuesto Territorial, el Decreto

Ley N°3.063 sobre Rentas Municipales, la Ley 18. 695 Orgánica Constitucional de Municipalidades y faculta a las Municipalidades para otorgar condonaciones que indica.

Determina una exención del 100% a los Bienes Raíces que cumplan con la condición de ser declarados Monumentos históricos o públicos, acreditados por el Consejo de Monumentos Nacionales, cuando no estén destinados a actividades comerciales, entre otros.

Por otro lado y por último hay que destacar la preocupación que existe en el país, establecida como una política nacional de estar a la vanguardia de lo que significa la protección a Monumentos históricos, arqueológicos y culturales. Chile, como es de esperar, no ha estado al margen del desarrollo que internacionalmente ha experimentado la materia, es así como Chile ha ratificado distintas Convenciones de la UNESCO, destacando las siguientes:

- Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, esta Convención fue aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, en París. En Chile está vigente desde el 12 de mayo de 1980 por causa del Decreto Supremo N°259 del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Convención sobre la protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado, ésta fue aprobada por la Conferencia Intergubernamental convocada por la UNESCO, realizada en La Haya el 14 de mayo de 1954, en un período en que el mundo había estado convulsionado por las Guerras; aun cuando Chile se mantuvo ajeno al escenario bélico. Así, través del Decreto Supremo N°240 de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, se promulga la mencionada Convención además del Reglamento para la aplicación de ésta, su Protocolo y el Segundo Protocolo.

- Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, La UNESCO la aprobó el 17 de octubre de 2003, mientras que en Chile en el 2009 se ratificó mediante el Decreto Supremo N°11 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Lo anterior da cuenta del interés que existe en Chile por dar tutela a nuestro patrimonio, consecuencia de nuestra historia y reflejo de nuestras tradiciones. Pese a las debilidades que aún podemos encontrar en la legislación ocupada de la materia y en el funcionamiento y organización de las instituciones llamadas a colaborar con esta labor, podemos decir que el país sí ha entendido la importancia de conservar lo mejor posible nuestros Monumentos, erradicándose el problema en la ejecución de la normativa protectora del patrimonio cultural en nuestro país.

En el próximo capítulo desarrollaremos este sentido internacional de la protección monumental y pasaremos lista al actual sistema –si es que así se le puede llamar a este conjunto de normas vigentes- acerca de los monumentos nacionales.

CAPITULO II:

LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL PATRIMONIO CULTURAL

Una vez analizados los aspectos históricos que acompañan a la normativa sobre Monumentos Nacionales, debemos introducirnos al estudio pormenorizado de las leyes, reglamentos y normas en general que regulan este ámbito y que proveen de protección a la memoria cultural consistente en los monumentos nacionales, lo cual nos servirá de base jurídica suficiente para la exposición del caso. Cabe mencionar que este trabajo ha sido abordado, con mayor o menor amplitud, por varios trabajos como este, entre los cuales contamos “La Propiedad Monumental en Chile. Su Régimen Jurídico” de Mafalda Revetria; “Régimen legal de la propiedad monumental en Chile” de Nelson Adasme; y, “Monumentos Nacionales. Legislación y Análisis Crítico” de Catalina del Campo y Alejandra Santibañez, razón por la cual nos ceñiremos a describir la estructura general de la ley N°17.288 y posteriormente ahondar en los aspectos más relevantes para el conocimiento general del lector y una mejor comprensión del caso que inspira este trabajo. Finalmente, con un afán de redondear los conocimientos en materia de protección del patrimonio monumental, analizaremos la diversa normativa relacionada, como la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 y la abundante regulación internacional sobre el patrimonio cultural que atraviesan de forma importante el área objeto de estudio, lo cual hace imposible pasar por alto dedicar una mirada sucinta a dichos cuerpos legales.

2.1 Base conceptual del estudio

Para entender la regulación sobre monumentos nacionales debemos hacer una breve explicación conceptual sobre los términos que utilizaremos a continuación. Debemos primeramente conocer que el concepto de Cultura es de una amplitud que cabe destacar a la hora de brindarle protección. La Real Academia de la Lengua Española define cultura como “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”¹⁵. En cuanto al concepto de Patrimonio Cultural, este se define por parte de Paola Carvajal como “el producto de diferentes tradiciones culturales e históricas...”¹⁶.

La Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, suscrita en París el año 1972, igualmente aventura una definición de Patrimonio cultural; la cual dice lo siguiente:

I. Definiciones del Patrimonio Cultural y Natural

Artículo 1:

“A los efectos de la presente Convención se considerará “patrimonio cultural”:

- Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

¹⁵ **REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Diccionario de la Lengua Española. [En Línea] <<http://www.rae.es/rae.html>> [Consulta: 14 febrero 2010]

¹⁶ **GONZALEZ C. Paola.** “Definición, Importancia y Marco Jurídico de Protección de los Monumentos Nacionales a Nivel Nacional e Internacional (Convenciones y Recomendaciones de la Unesco) EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p.11.

- Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,
- Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, estético, etnológico o antropológico.”

Finalmente, para el autor Juan José González Rus el Patrimonio Cultural se sintetiza en el “conjunto de bienes que tienen en común poseer un valor cultural objetivo, que les dota de una característica compartida capaz de aglutinarlos bajo una referencia única”¹⁷. Es esta última, la definición que más grafica la extensión del concepto; por lo cual nos quedaremos con esta.

De esta forma podemos afirmar que existe una relación particular entre la protección del patrimonio cultural y el de los monumentos nacionales, al ser estos últimos una expresión del primero, una relación del tipo género-especie. Así también podemos encontrar otros elementos propios del patrimonio cultural que si bien no caben dentro del concepto de Monumento Nacional que se explicará más adelante pero que no por eso dejan de pertenecer al concepto de Patrimonio Cultural como ya lo hemos descrito, siendo el caso del Patrimonio Cultural Inmaterial que recién en estos últimos años ha sido explorado por las ciencias jurídicas y sociales para su regulación, la cual actualmente es absolutamente novedosa en nuestro país.

La legislación regula tanto el patrimonio cultural, como los monumentos nacionales, aun cuando no contempla una definición para cada concepto. En esto existe cierta correspondencia dentro del ordenamiento jurídico, ya que se

¹⁷ **GONZALEZ RUS.** Juan José. “Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artística”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1995. pp. 33.

entrega a la Constitución la referencia al patrimonio cultural en general y a leyes especiales uniformar las distintas expresiones de dicho patrimonio, como lo hace la Ley N°17.288 con los Monumentos Nacionales.

La descripción de los conceptos anteriores ya nos comienzan a dar una pista acerca de la existencia de un esquema, un diagrama conceptual que empieza con el concepto general y omnipresente de la Cultura y que termina en aspectos tan pequeños como la protección de Monumentos Históricos, declaración de Zonas Típicas o la penalización de conductas atentatorias al Patrimonio Cultural. Este esquema conceptual que a la luz de lo mencionado podría ser fácilmente aprehendido por la legislación, lamentablemente no se ve reflejado en la realidad jurídica de nuestro país, lo cual analizamos a continuación.

2.2 Esquema general de la protección del Patrimonio Cultural

Iniciar un estudio completo sobre la protección legal del patrimonio cultural en nuestro ordenamiento puede ser una tarea de muy difícil debido a lo disperso de las normas, la ausencia de un orden legislativo o una diagramación de las disposiciones al respecto. Esto se explica fundamentalmente debido a lo rezagado que se encuentra este ámbito de regulación dentro de nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta que la protección cultural es una preocupación sumamente reciente y de corta data en nuestro país.

Si bien es cierto que la Ley N°17.288 tiende a aglutinar varias de las disposiciones atinentes a la protección de los monumentos nacionales, igualmente es cierto que el simple estudio de dicha ley no nos llevaría a un conocimiento completo del asunto en estudio, debiendo aquel que desee interiorizarse en la protección monumental por parte de la ley estudiar una serie de leyes y reglamentos que regulan sectores específicos.

Vale la pena mencionar al respecto, que este fenómeno de dispersión normativa se encuentra en la mayor parte de las ramas del derecho y atraviesa innumerables ámbitos específicos de estudio, debiendo acudir a más de una ley o cuerpo legal si deseamos conocer sobre conceptos como arrendamiento de inmuebles, establecimiento de determinadas sociedades o regímenes patrimoniales matrimoniales. Sin embargo, la reunión de las normas contenidas en diversos cuerpos legales en un solo estatuto brindaría un factor de protección adicional a los monumentos nacionales y el Patrimonio Cultural, por cuanto las herramientas de protección estarían al alcance y en conocimiento de la población en general.

Una vez reconocido esta falta de sistematización y orden dentro de la regulación cultural y de protección de los monumentos nacionales, debemos sumar la existencia de amplios vacíos legales respecto de materias tan importantes como la situación del patrimonio subacuático, que es sumamente atinente al caso Oriflama, la protección penal y administrativa, entre otras.

Hacer el estudio de este ámbito de la regulación nacional requiere brindarle al lector un esquema, que si bien no existe en las leyes, la doctrina está llamada a realizar. Tomamos ese llamado considerando que una correcta diagramación acerca de cómo el derecho nacional e internacional norma esta área de la vida humana conlleva la ventaja evidente al establecer un camino fácil de recorrer para aquel que desee estudiar esta parte del ordenamiento.

El punto de partida del estudio se encuentra en la Constitución Política, siendo esta la muestra fehaciente de lo disperso de la regulación cultural, debido a que no existe un numeral específico dentro del catálogo de garantías constitucionales que disponga la protección cultural, sino más bien lo realiza de forma desperdigada, refiriéndose a ella de forma tangencial a la hora de garantizar derechos de mayor índole como a la Educación o al Medio Ambiente

libre de contaminación. A continuación explicaremos como la Constitución hace referencia a nuestro tema de estudio.

2.3 El Patrimonio Cultural en la Constitución

Explicar cómo la Constitución protege el Patrimonio Cultural debe hacerse sabiendo un elemento esencial, que es la diversidad de disciplinas y áreas tanto de Derecho como de otras ciencias las que inciden directamente tanto en el concepto de Patrimonio Cultural como en su protección. Por esta razón no es extraño, aunque sí criticable, que la Constitución se refiera de forma dispersa a la protección del Patrimonio Cultural en su articulado.

Así las cosas, son los numerales 8°, 10° y 24° del Artículo N° 19 de la Constitución Política los que sientan las bases de la protección del Patrimonio Cultural, los que a su vez hacen alusión tópicos como el Medio Ambiente, la Propiedad y la Educación.

El Artículo 19 N°8 indica que:

“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Más de alguno se preguntará ¿Qué relación guardan el Medio Ambiente con el Patrimonio Cultural? A simple vista para alguien que recién se acerca al tema, ciertamente ninguno, pero la perspectiva tiende a cambiar desde el momento en que la Constitución no realiza una definición concreta de lo que se entiende por Medio Ambiente, con lo cual se entrega a la ley el deber de realizar esta conceptualización. Respondiendo a eso, la Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente define Medio Ambiente en su Artículo 2° señala:

“II) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

De esta forma se incluye dentro del concepto de Medio Ambiente elementos socioculturales y dentro de estos la protección del Patrimonio Cultural. Así lo menciona igualmente Paola Carvajal diciendo que “...pese a que nuestra Constitución no define el concepto de medio ambiente, sí lo hace la Ley N°19.300, incluyendo entre sus contenidos a los elementos socioculturales o sus interacciones, consagrando por esa vía la protección del patrimonio cultural.”¹⁸

La relación legal entre Medio Ambiente y Patrimonio Cultural tiene una importancia significativa a la hora de dar aplicación al Artículo 20 inciso 2° de la Constitución, haciendo aplicable el llamado “Recurso de Protección del Medio Ambiente” en casos donde se restrinja la garantía mencionada, lo cual no es menor en vista y considerando la escases de herramientas de protección que brinda el ordenamiento jurídico nacional para lograr la reprimir las conductas que atenten contra el Patrimonio Cultural en general y a los Monumentos Nacionales en particular.

Por otra parte, el Artículo 19 N°10 inciso 5° establece que:

“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles: estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.”

Este numeral tiene dos objetivos destacables al señalar primero la protección del Patrimonio Cultural y junto a esto el incremento de dicho

¹⁸ **GONZALEZ C.** Paola. “Definición, Importancia y Marco Jurídico de Protección de los Monumentos Nacionales a Nivel Nacional e Internacional (Convenciones y Recomendaciones de la Unesco) EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p.12.

Patrimonio, lo cual se condice con lo señalado por la UNESCO en su Recomendación sobre la Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas, “El Patrimonio Cultural... es indispensable preservarlo tanto como sea posible, de acuerdo a la importancia histórica y artística, de tal manera que la significancia y mensaje del patrimonio cultural lleguen a ser una parte del espíritu de los pueblo, quienes pueden además ganar conciencia de su propia identidad”¹⁹.

A propósito de este numeral 10 del Artículo 19, Rodrigo Ropert Fuentes señala que “expresa el deber fundamental de aumentarlos (los bienes culturales), lo que debe entenderse no solo como la construcción material de nuevos bienes culturales, sino también, como el conocimiento y difusión de elementos del patrimonio de alcance local o de grupos específicos, en la generalidad de la población”²⁰, con lo cual nos quiere dar a conocer una de las consecuencias de incluir la protección cultural en este numeral; implica una vinculación entre la difusión cultural vía educación y la protección e incremento del Patrimonio Cultural, dando a entender que el incremento de dicho Patrimonio se entiende siempre y cuando exista un conocimiento por parte de la población del significado de dichos bienes que la legislación se esmera en cuidar.

Sin embargo el artículo más debatido e importante de la protección del Patrimonio Cultural en la Constitución chilena es, sin duda alguna, el Artículo 19 N°24 que consagra “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. Es el inciso 2° del mismo precepto el cual señala dentro de las limitaciones enmarcadas en la “función social del derecho de propiedad”, entre las cuales se encuentra “la

¹⁹ **UNESCO.** Recomendación sobre la Preservación del Patrimonio Cultural Amenazado por Obras Públicas o Privadas. Paris, 1968.

²⁰ **ROPERT F. Rodrigo.** “La Conservación del Patrimonio Cultural Urbano en el Ordenamiento Jurídico Chileno: Hacia una Regulación más Eficiente.” Revista de Derecho Ambiental N°1: p. 118. 2003.

conservación del patrimonio ambiental”. Nuevamente nos topamos con la relación Medio Ambiente y Patrimonio Cultural, y como ya hemos señalado anteriormente, la inclusión de dicho patrimonio en el concepto de Medio Ambiente hace que la función social de la propiedad reconozca a la protección del Patrimonio Cultural como una de las limitaciones al derecho de propiedad que tan fuertemente consagra la Constitución.

Lo anteriormente señalado es de vital importancia, ya que es sobre esta base, la limitación del derecho de propiedad sustentado por la función social del derecho de propiedad, lo que permite a la normativa sobre Patrimonio Cultural y en específico a la Ley N° 17.288 aplicar restricciones administrativas y dar lugar a expropiaciones en pos de la protección de los bienes cuya propiedad se encuentran en manos de privados.

Finalmente adelantaremos que la modificación constitucional del año 1989 proveyó de rango constitucional a aquellos tratados internacionales que versen sobre los derechos humanos, lo cual incidirá, como posteriormente explicaremos, en la aplicación de normas ratificadas por Chile en el ámbito internacional, todo esto derivado del Artículo 5 inciso 2° que establece límites a la soberanía.

De esta manera podemos sintetizar como la Constitución protege el Patrimonio Cultural de nuestro país, de una forma escasa y precaria, aun cuando propone un “puerto de zarpe” para la gran empresa que significa albergar y cobijar la memoria artística, histórica y arqueológica que representa el Patrimonio Cultural de nuestro país.

2.4 Aspectos jurídicos internacionales del Patrimonio Cultural

Las regulaciones internacionales y las instancias o conferencias mundiales y continentales han tenido siempre una gran importancia en la

protección del Patrimonio Cultural. Sin ir más lejos, fue la Unión Panamericana en su Quinta Conferencia celebrada en Santiago de Chile el año 1923 la que dio el impulso incipiente pero inicial para la regulación de los Monumentos Nacionales en nuestro país. Por eso es necesario estudiar la vertiente internacional de las fuentes de la protección del Patrimonio Cultural, toda vez que la legislación interna recoge muy a menudo estas directrices internacionales para aplicarlas al ámbito interno.

Como ya habíamos adelantado en el apartado anterior, la modificación a la Constitución Política del año 1989 en la Ley N° 18.825 incorporó en su Artículo 5 inciso 2° la limitación a la soberanía del Estado en los siguientes términos:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Esto incide de manera importante en la materia en estudio debido a que esta ventana hacia la normativa internacional que presenta la Constitución, dando rango legal a los tratados internacionales ratificados según los procedimientos previstos en la misma legislación, deja ingresar en rango legal a la regulación sobre el Patrimonio Cultural al Convenio sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, ratificada por el Estado de Chile en febrero de 1980, y la posibilidad cierta del ingreso de otras normativas en el caso de ser ratificadas por Chile en el futuro.

Si bien es cierto que son escasas las Convenciones y Protocolos internacionales sobre la materia en estudio que están en vigencia en nuestro país, la Recomendaciones y Tratados no ratificados pasan a formar una especie de “*soft law*” de la protección Cultural, razón por la cual analizaremos algunas de ellas y su atingencia en la materia en estudio.

Las Convenciones de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural son:

- a) Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en evento de Conflicto Armado, La Haya, 1954.

Esta Convención tiene por objeto regular la situación de los bienes culturales, que define en su Artículo primero, en el caso de Conflicto Armado, disponiendo en sus Artículos 3 y 4 lo siguiente:

“Artículo 3.- Salvaguardia de los bienes culturales

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas.

Artículo 4.- Respeto a los bienes culturales

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar los bienes culturales sitiados tanto en propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes, absteniéndose de utilizar esos bienes en sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y absteniéndose de todo acto de hostilidades respecto de tales bienes.”²¹

Esta Convención está solamente adherida por Chile en Septiembre de 2008, debido a que la ratificación se realizó con posterioridad al fin del plazo estipulado por el tratado mismo.

Sin lugar a dudas, este instrumento internacional fue consecuencia directa de la destrucción del numeroso patrimonio cultural europeo perdido y/o destruido durante las Guerras Mundiales, y así lo menciona el mismo instrumento:

²¹UNESCO. Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en evento de Conflicto Armado, La Haya, 1954.

“Reconociendo que los bienes culturales han sufrido graves daños en el curso de los últimos conflictos armados y que, como consecuencia del desarrollo de la técnica de la guerra, están cada vez más amenazados de destrucción...”²²

- b) Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, Paris, 1970.

Esta Convención en lo principal menciona lo siguiente:

“Artículo 2

1. Los Estados Partes en la presente Convención reconocen que la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de los bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes, y que una colaboración internacional constituye uno de los medios mas eficaces para proteger sus bienes culturales respectivos contra todos los peligros que entrañan aquellos actos.
2. Con este objeto, los Estados Partes se comprometen a combatir esas prácticas con los medios de que dispongan, sobre todo suprimiendo sus causas, deteniendo su curso y ayudando a efectuar las reparaciones que se impongan.”²³

El Estado de Chile no ha ratificado ni mucho menos suscrito esta Convención, pese a la importancia que podría llegar a tener en el desarrollo de una política coherente sobre protección del Patrimonio Cultural.

- c) Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, Paris, 1972.

Esta Convención es una de las dos que actualmente el Estado Chileno ha ratificado, y como ya hemos mencionado anteriormente, se incorpora con rango constitucional según el Artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución

²²ídem.

²³UNESCO. Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, Paris, 1970.

Política. El “*Chapeau*” de este tratado reconoce algunos de los hechos que hemos indicado a lo largo de este capítulo, señalando lo siguiente:

“Considerando que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo,

Considerando que la protección de ese patrimonio a escala nacional es en muchos casos incompleto, dada la magnitud de los medios que requiere y la insuficiencia de los recursos económicos, científicos y técnicos del país en cuyo territorio se encuentra el bien que ha de ser protegido.”²⁴

Igualmente crea una institucionalidad específica para el resguardo del Patrimonio Cultural, denominado “Comité intergubernamental de protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional”, denominado “el Comité del Patrimonio Mundial”.

- d) Convención sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, Paris, 2001.

Este instrumento internacional tiene vital importancia en el presente trabajo, debido al caso que lo inspira y las características especiales que presenta. Este tratado no está suscrito por Chile y sus disposiciones tienen una atingencia específica en una solución al Caso Oriflama.

Omitiremos referirnos mayormente a esta Convención durante este acápite, debido a que será objeto de un análisis más detallado en el Capítulo X de nuestra memoria.

- e) Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Paris, 2003.

²⁴UNESCO. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, Paris, 1972.

Esta Convención ha sido ratificada por Chile a partir de Diciembre de 2008, y en lo principal regula la protección del patrimonio cultural inmaterial de la siguiente forma:

“Artículo 11: Funciones de los Estados Partes

Incumbe a cada Estado Parte:

- a) Adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;
- b) Entre las medidas de salvaguardia mencionadas en el párrafo 3 del Artículo 2, identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.”²⁵

Junto con lo señalado, la Convención procede a definir el concepto de Patrimonio Cultural Inmaterial y crear la institucionalidad necesaria para el resguardo de este, como el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

La importancia de esta Convención y su ratificación por parte del Estado chileno ha llevado a los parlamentarios a presentar mociones para la modificación de la legislación vigente sobre monumentos nacionales y patrimonio cultural para la incorporación de este tratado al ordenamiento jurídico nacional, por ejemplo la moción del honorable senador Nelson Ávila que modifica la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales estableciendo la categoría de monumentos nacionales inmateriales.

A las Convenciones por parte de la UNESCO, debemos mencionar las Recomendaciones que elabora el mismo organismo a partir del saber experto que poseen sus profesionales, las cuales tienen por objeto otorgar directrices a

²⁵UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Paris, 2003.

los Estados para que protejan de la forma más eficiente posible el Patrimonio Cultural. Autores nacionales consideran estas Recomendaciones como “el conocimiento de connotados expertos y representan un numero de principios generalmente aceptados y estandarizados sobre el tema que se está abordando. Ellos son seguidos, a menudo, por los legisladores y estudiosos nacionales, de modo que llegan a ser parte de los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas”.²⁶

En materias de Patrimonio Cultural, la UNESCO ha presentado las siguientes Recomendaciones a los Estados miembros:

- a) Recomendación relativa a la salvaguardia de la belleza y carácter de paisajes y sitios, Paris, 1962.
- b) Recomendación sobre medio de prohibir y prevenir la exportación, importación y tráfico ilícito de propiedad del patrimonio cultural, Paris, 1962.
- c) Recomendación relativa a la preservación de patrimonio cultural amenazado por obras públicas o privadas, Paris, 1968.
- d) Recomendación relativa a la protección, a nivel nacional, del patrimonio cultural y natural, Paris, 1972.
- e) Recomendación relativa al intercambio internacional de Patrimonio Cultural, Nairobi, 1976.
- f) Recomendación relativa a la salvaguardia y rol contemporáneo de las áreas históricas, Paris, 1978.

2.5 Las leyes especiales

Finalmente y luego de ver la regulación general del Patrimonio Cultural debemos internarnos en estudio de las leyes específicas que protegen las especies del Patrimonio Cultural que menciona la ya citada Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO.

²⁶ **GONZALEZ C.** Paola. “Definición, Importancia y Marco Jurídico de Protección de los Monumentos Nacionales a Nivel Nacional e Internacional (Convenciones y Recomendaciones de la Unesco) EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p.22.

Ya hemos destacado el carácter disperso de la normativa sobre Patrimonio Cultural, sin embargo existen leyes que concentran parte de dicha normativa, como lo es la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales y el Reglamento sobre Excavaciones (Decreto Supremo N°484, de 1990, del Ministerio de Educación). Igualmente es menester dar una panorámica de las demás leyes especiales, que muchas veces regulan sectores muy distintos y ajenos a la cultural, aun cuando por sus características el legislador se ve obligado a introducir normas sobre patrimonio cultural, como en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (Decreto Supremo N°47, de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo), la Ley de Donaciones con Fines Culturales (N° 18.985), la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (N° 19.300, la Ley de Exención de Impuesto Territorial para Monumentos Históricos sin Fines Comerciales (N°20.033) y finalmente una breve revisión de algunos proyectos de ley que se encuentran, al momento de la realización de este trabajo, en discusión parlamentaria.

2.6 La ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales

Una de las especies que componen el Patrimonio Cultural son los Monumentos Nacionales, los cuales son regulados por la Ley N° 17.288 que se encuentra en vigencia desde el año 1970 en nuestro ordenamiento jurídico.

Ya hemos revisado la historia de la legislación monumental en nuestro país, así como la génesis de esta ley, junto con sus modificaciones durante la presente década, ahora es el turno de brindar al lector un esquema general y focalizado de esta ley, que sin duda alguna la base del Caso Oriflama por lo que entender sus instituciones es de vital importancia para los capítulos venideros.

La Ley de Monumentos Nacionales actualmente vigente contiene 54 artículos divididos en 12 títulos:

- I. De los Monumentos Nacionales
- II. Del Consejo de Monumentos Nacionales
- III. De los Monumentos Históricos
- IV. De los Monumentos Públicos
- V. De los Monumentos Arqueológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes
- VI. De la Conservación de los Caracteres Ambientales
- VII. De los Santuarios de la Naturaleza e Investigaciones Científicas
- VIII. De los Canjes y Préstamos entre Museos
- IX. De las Penas
- X. Del Registro e Inscripciones
- XI. De las Penas
- XII. Título Final

La estructura general es muy simple y concuerda con las leyes dictadas en aquella época, guarda ciertas disposiciones propias de la legislación precedente como las del Decreto Ley 651 de 1925 e incorpora muchos campos nuevos de la protección monumental como la regulación de hallazgos arqueológicos y la extensión del concepto de monumento nacional a obras propias de la naturaleza. Sin embargo esta ley, así como muchas dictadas en las décadas de 1970-80 sigue vigente con modificaciones mínimas, lo que manifiesta la calidad del legislador en aquella época al crear leyes operativas aun a pesar de los considerables cambios de todo ámbito en la sociedad a la cual se pretende regular.

Si bien es cierto, la Ley integra varias aristas la protección monumental, nos focalizaremos en aquellas que representan mayor interés al entendimiento del caso y en general al conocimiento del lector, dejando de lado o revisando someramente partes de la Ley que gozan de escasa aplicación práctica o que distan de interesar al Caso Oriflama.

2.6.1 El concepto de monumento nacional

Entendemos por Monumento a “todo signo material que sirve como fuente histórica para la reconstrucción y vivencia del pasado”²⁷, la Real Academia de la Lengua Española lo define como “Objeto o documento de utilidad para la historia, o para la averiguación de cualquier hecho.”²⁸. Estos conceptos dan evidencias de la amplitud del concepto que no solo atiende a aquellas construcciones que coloquialmente se entienden por monumentos, como lo son las figuras conmemorativas o estatuas públicas, sino que extiende el campo del concepto a bienes²⁹ de diversa naturaleza que cumplen con la condición de tener una utilidad para la reconstrucción de la memoria histórica.

Qué se entiende por Monumento Nacional lo señala el Artículo 1° de la Ley N° 17.288, sin embargo, no lo hace elaborando un concepto general como estamos acostumbrados; sino más bien lo hace a través de la enumeración de una serie de bienes y/o lugares que considera que deben entenderse por Monumentos Nacionales. A pesar de lo anterior, la doctrina se ha aventurado a construir un concepto general de Monumento Nacional, de las cuales rescatamos la creada por Mafalda Revetria, la cual consideramos por lejos la mas acertada.

²⁷ **REVETRIA B.** Mafalda. “La Propiedad Monumental en Chile. Su Régimen Jurídico”. Santiago, Ediciones Revista de Derecho Público Universidad de Chile. P. 15.

²⁸ **REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Diccionario de la Lengua Española. [En Línea] <<http://www.rae.es/rae.html> > [Consulta: 14 febrero 2010]

²⁹ **Nota:** Bienes en el sentido civil de la palabra, delimitación con cosa.

“Bienes materiales que por interés histórico, científico, artístico y en general, cultural que ellos tienen, han sido sometidos –mediante un procedimiento establecido o por el solo ministerio de la ley- a la protección y tuición del Estado con el objeto de que sean conservados debidamente, imponiendo, por tal motivo, a sus propietarios particulares ciertas limitaciones en su derecho de dominio”³⁰

De esta definición podemos extraer algunos elementos dignos de comentar:

- “Bienes Materiales”

Al indicar a los bienes materiales, esto se hace con una clara alusión al concepto civil de cosa corporal³¹, excluyendo de esta forma la declaración de cosas incorporeales como Monumento Nacional. No obstante esto, el futuro de la protección cultural ya ha puesto su mirada en el resguardo del “Patrimonio Inmaterial”, de lo cual hablaremos más adelante.

- “Por interés histórico, científico, artístico y en general, cultural”.

Acá surge una disyuntiva no menor para la aplicación de esta ley. ¿Qué es un monumento nacional? Ciertamente la definición que realiza la ley deja muchos vacíos, lo cual es muy lógico al remitirse a indicar cosas y no delimitar mediante un concepto los bienes que son objeto de protección por parte de la ley, sin embargo la polémica resulta de la definición de aquellas cosas que la ley señala como monumento nacional. Por ejemplo, el artículo primero indica “Son monumentos nacionales... las piezas u objetos antro-po-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural... y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia...”. Es esta última frase “cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia” la que nos lleva a preguntarnos ¿Quiénes son los encargados de adscribir la calidad de interés a las cosas que

³⁰REVETRIA B. Mafalda. Ob. Cit. P. 16.

³¹Nota: Véase el Artículo 565 y ss. Del Código Civil

señala la ley? A priori surgen muchas respuestas: son los operadores jurídicos al interpretar la ley, es una institución u organismo técnico como el Consejo de Monumentos Nacionales que señala la ley en su artículo 2º son los que profesan la misma ciencia o arte como lo señala el Código Civil en su Artículo 12 “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”. Así también surgen muchos casos conflictivos debido a lo subjetivo que puede parecer calificar el interés subyacente en una cosa para la historia, arte o ciencia.

Responder a la pregunta recién planteada tiene vital importancia para la aplicación de la ley a casos como el “Oriflama”, ya que las consecuencias de una declaratoria de monumento nacional sobre un bien nacen a partir de la interpretación que se puede dar a ciertos pasajes de este artículo primero y veintiuno de la Ley. De las respuestas a priori que mencionamos anteriormente creemos que cada una presenta una dificultad y varias desventajas a la hora de llevar a la práctica la norma y en cuanto a la aplicación de la ley. Dar a los operadores jurídicos o a los que profesan ciencias o arte; como arqueólogos, arquitectos e historiadores; de forma exclusiva dicha atribución podría llevar a extremos indeseables para la efectiva protección del patrimonio cultural que representan los monumentos nacionales, consideramos que debiese ser un organismo técnico como el Consejo de Monumentos Nacionales el encargado de interpretar la ley debido básicamente a que este organismo creado por la propia Ley N°17.288 es el que posee los profesionales y técnicos adecuados para tamaña labor, incorporando en este tanto operadores jurídicos como profesionales afines al ámbito de la protección monumental que pueden dar una visión más ecléctica sobre el asunto de determinar que es y que no es un monumento nacional.

- “Mediante un procedimiento establecido o por el solo ministerio de la ley”.

Es la misma Ley sobre Monumentos Nacionales la que establece la declaración de Monumento Nacional según dos formas generales: mediante procedimiento ante el Consejo de Monumentos Nacionales en el caso de los Monumentos Públicos e Históricos y los Santuarios de la Naturaleza, o mediante el solo ministerio de la ley en el caso de los Monumentos Arqueológicos.

- “Han sido sometidos a la protección y tuición del Estado con el objeto de que sean conservados debidamente”.

Esta afirmación da lugar a la labor del Estado en general y del Consejo de Monumentos Nacionales de velar por el cuidado y mantención de los bienes declarados como Monumentos Nacionales. Y así lo expresa la Ley en su Artículo 6 N° 3. Cabe destacar que al entregarse la tuición al Estado de estos bienes culturales, se obliga a todos los órganos que lo componen al debido cuidado de estos.

- “Imponiendo, por tal motivo, a sus propietarios particulares ciertas limitaciones en su derecho de dominio”

Hablamos en este elemento de limitaciones al derecho de dominio o propiedad, el mismo que consagra, garantiza y protege el Artículo 19 N°24 de la Constitución Política. Este no es un tema pacífico tanto en doctrina como en jurisprudencia, por lo cual dedicaremos un acápite a su estudio.

De esta forma ya hemos determinado un concepto genérico de monumento nacional y la forma en la cual debe realizarse las calificaciones que atañen a esta. Por último nos queda un solo aspecto relevante que mencionar y tiene que ver con la confusión que existe en muchas personas entre monumento nacional y bien nacional. Ambos conceptos provienen de cuerpos normativos distintos, mientras monumento nacional surge de la ley a la cual

estudiamos en este trabajo, el concepto de bien nacional es propio de la teoría de la ley que presenta Andrés Bello en el título preliminar de su Código Civil, siendo este último el que lo define como "...aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.". La relación entre estos dos conceptos tan parecidos en la nomenclatura jurídica una de género-especie sólo en ciertos casos, ya que los monumentos nacionales pueden o no ser bienes nacionales. En los casos donde los monumentos nacionales son parte del patrimonio del Estado, estos son una especie de bienes nacionales del tipo "bienes fiscales" ya que su uso no pertenece a todos los habitantes de la nación, como lo señala el inciso 3° del artículo 565 del Código Civil. Lo anterior nos lleva a reconocer que existen monumentos nacionales que se encuentran bajo el dominio privado, con lo cual la calidad de monumento nacional se transforma en una herramienta exclusivamente de protección desde el punto de vista del patrimonio cultural del país o una limitante al dominio privado desde la perspectiva del dueño de un bien considerado monumento nacional.

2.6.2 Clasificación de los Monumentos Nacionales

La ley en este aspecto es muy clásica, dividiendo el tratamiento de los monumentos nacionales en 4 grupos, cada uno de ellos es objeto de un título diferente de la ley. De esta forma tenemos: a) Monumentos Históricos, b) Monumentos Públicos, c) Monumentos Arqueológicos y d) Santuarios de la Naturaleza.

a) Monumentos Históricos

La ley los define siguiendo el concepto de monumento nacional del artículo primero, a través de la enumeración de bienes, como se expresa a continuación.

Artículo 9°: "Son Monumentos Históricos los lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su

calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo.”

El Mensaje Presidencial que se expone en la historia de la Ley 17.288 señala a estos monumentos como “...patrimonio histórico-artístico que abarca los diferentes aspectos de la vida civil, religiosa y castrense...”. Mafalda Revetria señala que los Monumentos Históricos “no están solo referidos a la historia en sentido estricto, sino que comprende objetos y lugares donde ocurrieron hechos que interesan a la historia militar, civil, religiosa, constitucional, artística, literaria, científica y económica del país en el periodo indiano y de la independencia”.³²

El Artículo 9° hace referencia a dos criterios relevantes para la consideración de un bien como monumento histórico, distinguiendo en cuanto al lugar físico al mencionar “lugares, ruinas, construcciones y objetos”, refiriéndose así tanto a bienes inmuebles como a muebles y en cuanto a la propiedad de dichos bienes ya sean estos de “propiedad fiscal, municipal o particular”. Paola Carvajal señala al respecto que “el elemento esencial de un monumento histórico radica en la calidad de la cosa misma, el interés histórico o artístico a ella incorporado por personajes o sucesos acaecidos, y la antigüedad del bien”.³³

La ley igualmente expresa otro aspecto relevante de los Monumentos Históricos, esto es, que no todos los bienes muebles o inmuebles que contengan la calidad mencionada anteriormente son considerados Monumentos Nacionales. La declaración por medio de un decreto supremo y la participación del Consejo de Monumentos son vitales a la hora de distinguir entre un Monumento Nacional y un simple bien con interés o calidad de histórico, “dado

³² **REVETRIA B.** Mafalda. Ob. Cit. P. 26.

³³ **GONZALEZ C.** Paola. “Definición, Importancia y Marco Jurídico de Protección de los Monumentos Nacionales a Nivel Nacional e Internacional (Convenciones y Recomendaciones de la Unesco) EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p.15.

que para revestir esa calidad requiere ser declarado como tal, de acuerdo al procedimiento señalado por la ley...”.

Así las cosas, para la existencia de un monumento nacional de tipo histórico deben cumplirse los siguientes requisitos de fondo:

- Tratarse de un bien mueble o inmueble de los que menciona la ley.
- Que posean una calidad o interés histórico o artístico por su antigüedad.
- Ser declarados mediante decreto supremo según lo indica la ley.

b) Monumentos Públicos

Sin lugar a dudas este tipo de monumentos son los mas arraigados en la conciencia colectiva y además los que se identifican mayormente como monumentos nacionales por parte de la población.

La ley lo define en su Artículo 17 como:

“las estatuas, columnas, fuentes, pirámides, placas, coronas, inscripciones y, en general todos los objetos que estuvieren colocados o se colocaren para perpetuar memoria en campos, calles, plazas y paseos o lugares públicos.”

Este tipo de bienes corresponden a lo que señala el Código Civil en su Artículo 589 inciso 2° como bienes nacionales de uso público. Con esto queda consagrado el dominio de la Nación sobre estos bienes y garantiza el uso de todos los chilenos. Varios autores destacan a propósito de esta correspondencia entre Monumentos Públicos y Bienes Nacionales de Uso Público, una consecuencia obvia pero digna de destacar, esto es, que los bienes declarados Monumentos Públicos quedan fuera del comercio, por lo cual no pueden ser apropiados por el dominio privado.

La mantención de estos monumentos no es algo que se escapa a la regulación de la ley, siendo el Artículo 20 el que carga a las Municipalidades con la responsabilidad de mantener los Monumentos Públicos que se encuentren dentro de su comuna.

c) Monumentos Arqueológicos

Esta clasificación es la que sin duda alguna tiene mayor importancia para el denominado Caso Oriflama, dado que la ley regula bajo este ámbito los naufragios y restos antro-po-arqueológicos que tienen interés histórico en su conservación.

El Artículo 21 los indica como:

“Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antropológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional. Para los efectos de la presente ley quedan comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren.”

Mafalda Revetria señala que este precepto debe complementarse con lo señalado en el Artículo 1° de la Ley, incluyendo de esta forma a “...los enterratorios o cementerios y 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”.

Susana Simonetti hace una definición mucho más escueta, pero no por eso menos útil, ya que detecta correctamente las particularidades que haremos patentes dentro de unos momentos, diciendo que “corresponde a las piezas, o a los lugares, ruinas o yacimientos con vestigios de ocupación humana, que

existen en un contexto arqueológico, es decir, que no están siendo utilizados por una sociedad viva o en funcionamiento. La ley establece que todos los bienes arqueológicos son de propiedad del Estado”.³⁴

En cuanto a la definición legal, Mario Vásquez y María Teresa Planella señalan respecto al concepto de Monumento Arqueológicos que “afortunadamente la definición legal de monumento arqueológico de la ley 17.288, aunque carece de sistematicidad, es lo bastante amplia como para incluir todo tipo de sitios arqueológicos y no se centra únicamente en la existencia de objetos de interés arqueológico”.³⁵

El concepto de Monumento Arqueológico nos deja varias particularidades dignas de enfatizar. Primero, la norma comienza diciendo que “Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado...” con lo cual descartamos inmediatamente la necesidad de declaratoria por parte de la autoridad de este tipo de bienes como Monumentos Nacionales. Esto sienta una marcada diferencia de estos objetos con el resto de los monumentos que regula la ley, lo cual no hace mas que evidenciar la necesidad intrínseca que acompaña a este tipo de objetos de ser resguardados de una forma adecuada, debido a su fragilidad y facilidad para su destrucción. El legislador responde a esta necesidad con la intención de brindar una mayor protección a los Monumentos Arqueológicos, debido a su alta sensibilidad y debilidad. Ciertamente es muchísimo más fácil la destrucción de un asentamiento arqueológico que un Monumento Publico. La ubicación de estos Monumentos Arqueológicos por otra parte hace que la ley se preocupe de regularlos de una forma mucho mas especial.

³⁴**SIMONETTI.** Susana. “El Consejo de Monumentos Nacionales”. EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p.101.

³⁵**VASQUEZ M. Mario y PLANELLA O.** María Teresa. “Minería y Patrimonio Cultural Arqueológico” EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p. 49.

Es obvio decir que un objeto arqueológico es una muestra significativa de la vida humana en tiempos pasados y nos dan la posibilidad única a través de la ciencia de reconstruir las diversas formas de vida humana que han existido a lo largo de estos miles de años que lleva nuestra raza sobre la faz de la tierra. Esto no hace más que destacar la importancia de estos objetos sobre los demás que regula la ley que no presentan este grado de fragilidad o complejidad.

Lo anteriormente señalado nos hace pensar en la existencia de una especie de “Dominio Público Especial del Estado” sobre este tipo de bienes, asimilándose su situación con, por ejemplo, la de la minería en Chile. En efecto, la mecánica utilizada por el legislador parece ser la misma, al mencionar que todas las minas son de propiedad exclusiva del Estado y a su vez todos los monumentos arqueológicos son del igual dominio estatal. Así lo menciona Paola González Carvajal en su artículo “Protección Jurídica del Patrimonio Cultural en Chile: Diagnóstico, Avances y Tareas Urgentes del Estado en esta Materia” diciendo que “En mi opinión, el fundamento de este régimen de propiedad pública de los monumentos arqueológicos radica en que, al igual que en el caso de ciertas sustancias minerales consideradas estratégicas, tales monumentos poseen un valor intrínseco y únicamente bajo tutela directa del Estado pueden ser debidamente protegidos”.³⁶

Así en resumidas cuentas, todos los bienes muebles e inmuebles que señala la ley como Monumentos Arqueológicos, son de dominio exclusivo del Estado. Sin embargo esto conlleva la discusión constitucional sobre el dominio de las cosas y la apropiación que existiría en este precepto de bienes que podrían estar en el dominio privado. Cuando estos bienes se encuentran en manos fiscales no se presenta problema alguno, sin embargo cuando

³⁶ **GONZALEZ C.** Paola. “Protección Jurídica del Patrimonio Cultural en Chile: Diagnóstico, Avances y Tareas Urgentes del Estado en esta Materia.” Revista de Derecho Ambiental N°3: p. 115. 2009.

permanecen en manos de privados, existiría a los ojos de algunos autores, como Mafalda Revetria, una confiscación de bienes. Esto confluye en la discusión constitucional entre la Teoría de la “Confiscación de Bienes” y la del “Dominio Público Especial” a las que hacíamos referencia y que abordaremos con mayor detención en otro capítulo de este trabajo.

Y Segundo, existe una limitación geográfica claramente expresada en el precepto legal, lo cual ayuda a la aplicación de la norma. La ley señala en dos ocasiones límites para la protección de los monumentos arqueológicos, lo cual no deja de llamar nuestra atención. El Artículo 1° al referirse al concepto de Monumento Nacional “...los objetos antropo-arqueológicos... que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales...” repitiendo casi idéntica fórmula en el Artículo 7 esta vez diciendo “... piezas antropo-arqueológicos que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional.” Esto no es un detalle menor, debido a que existen vestigios de tipo arqueológicos que importan a la protección monumental que se encuentran en áreas remotas del territorio nacional, lo cual no deja de suscitar controversia, según veremos en el caso que se centra esta memoria.

Finalmente debemos hacer referencia a los diversos tópicos que regulan la protección de este tipo específico de monumentos, lo que abarca desde las excavaciones en búsqueda de estos objetos hasta el reparto y/o propiedad de los vestigios arqueológicos encontrados.

- Las excavaciones de carácter Arqueológico.

La Ley en estudio dedica ocho de sus cincuenta y cuatro artículos para normar las excavaciones arqueológicas y el destino de las piezas encontradas. Al respecto señala un principio general: Ninguna persona, ya sea natural o jurídica, chilena o extranjera, puede realizar excavaciones arqueológicas,

antropológicas o paleontológicas sin la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales. Así lo mencionan los artículos 22, en el caso de personas naturales o jurídicas chilenas y 23 en el caso de las extranjeras con lo cual no hace mas que reafirmar lo predicado en el primer artículo de la ley al entregar la tuición y protección de los Monumentos Nacionales al Consejo.

La Ley hace una diferenciación importante entre las personas naturales y jurídicas chilenas y las extranjeras, lo cual se aprecia en los artículos 22 y 23, haciéndose eco de la tendencia mundial de los museos universales que construyen sus colecciones a partir de la extracción de objetos arqueológicos de distintos rincones del planeta y la importancia de este tipo de bienes para la identidad nacional mediante el estudio de la cultura antecesora a nuestros tiempos, la ley obliga a que –en caso de misiones científicas extranjeras que realicen excavaciones en territorio nacional- deben cumplir con dos requisitos previos para el otorgamiento del permiso al que hacíamos mención: i) la persona a cargo de la investigación debe pertenecer a una institución extranjera solvente y ii) trabajar en colaboración con una institución científica estatal o universitaria chilena.

La forma en la cual dichos permisos deben extenderse y los requisitos de procedencia de estos están uniformados en el Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, vigente en conformidad al Decreto Supremo N° 484 de 1990 del Ministerio de Educación derivado de la propuesta del Consejo de Monumentos Nacionales. Dicho Reglamento señala en su encabezado “Que, en materias tan delicadas y que atañen directamente a la ubicación y conservación del patrimonio arqueológico, antropológico y paleontológico de la Nación, es necesario regularlas adecuadamente para que no se produzcan daños irreparables”.

- Distribución de los Hallazgos

El Hallazgo o Descubrimiento de una cosa está regulado primariamente en el Código Civil en sus artículos 624 y siguientes, conceptualizándolo como una especie de ocupación de cosas inanimadas, entendida esta como el modo de adquirir las cosas que no tiene dueño o como lo dice en artículo 606 “las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o el Derecho Internacional.”

El Código considera el “descubrimiento de un tesoro” una especie de Hallazgo, toda vez que “se llama tesoro 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.” Es dentro de esta definición que cabrían los conceptos que hemos analizado ya como objetos arqueológicos, por lo cual a primera vista serían las reglas del Código Civil las que regulen la distribución de estos objetos.

Siguiendo esta distribución propuesta por Bello, el tesoro se divide en partes iguales entre el dueño del terreno y el descubridor cuando el descubrimiento se ha realizado fortuitamente o con permiso del primero, de lo contrario el tesoro queda completamente para el dueño del terreno.

Sin embargo la Ley N° 17.288 cambia este esquema general del Código Civil siendo esta una ley especial que por esto se antepone a la ley general. El esquema de distribución de la Ley se presenta con diferencias dependiendo del descubridor, o en este caso el que realiza la excavación, recordando la obligación de solicitar permiso que ya antes hacíamos mención.

De esta manera los objetos que forman parte de hallazgos arqueológicos, antropológicos o paleontológicos que se susciten a propósito de una excavación autorizada por el Consejo, se repartirán de la siguiente forma:

- I) En el caso de excavaciones realizadas por el Consejo de Monumentos Nacionales, organismos fiscales o personas o corporaciones que reciban subvención del Estado los objetos pertenecerán al Estado, según lo señalan los Artículos 24 inciso 1° de la Ley y el Artículo 22 del Reglamento,
- II) Cuando la excavación es realizada por particulares a su costo, es decir sin subvención del Estado como en el caso anterior, los objetos quedan bajo custodia del Consejo de Monumentos, dándole facilidades al descubridor para el estudio de dichas piezas.
- III) Finalmente cuando la excavación es realizada por “misiones científicas extranjeras”, existe una especie de premio o galardón para el descubridor, otorgándosele el 25% de lo encontrado, correspondiéndole al Consejo el derecho preferente de selección.

Esto último no deja de ser una llamativo, incorporando una especie de discriminación positiva al componente extranjero en la realización de excavaciones con fines arqueológicos, dejando a los particulares nacionales en un nivel inferior al no otorgar este premio a dichos sujetos, lo que como ya vimos si ocurre cuando un extranjero participa en la excavación.

De lo anterior podemos concluir que desde el punto de vista de las misiones científicas extranjeras, la Ley le impone mayores requisitos a cumplir para el otorgamiento de permisos de excavación con fines arqueológicos, lo cual se compensa con el derecho al 25% de lo hallado.

- Museos y Tenencia de los Objetos Hallados

Si bien es cierto genéricamente el Estado es el dueño de los objetos hallados en las excavaciones arqueológicas por el solo ministerio de la ley, además de aquellos encontrados de manera fortuita según los Artículos 26 y 27 de la Ley y el Artículo 23 del Reglamento, en la práctica esto se concreta con la

existencia de los museos y las instituciones encargadas de la tenencia de estos objetos.

El Artículo 28 de la Ley indica al Museo Nacional de Historia Natural como el “centro oficial para las colecciones de la ciencia del hombre en Chile” existiendo la obligación de enviar colección representativa de “piezas tipo” de cada hallazgo a esta institución estatal, siendo reforzada por el Artículo 24 inciso final de la Ley. Mientras el Reglamento en su Artículo 21 da la tenencia del resto de los objetos hallados a “las instituciones que aseguren su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio” haciendo énfasis en la prioridad existente a favor de los museos regionales por sobre las demás instituciones.

d) Santuarios de la Naturaleza

Los Santuarios de la Naturaleza son tratados por la Ley 17.288 en su título VII, definiéndolos como “todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado.” (Artículo 31)

De la definición legal de Santuarios de la Naturaleza se desprende la característica más importante de estos monumentos: siempre se tratan de bienes inmuebles ya que se hace mención a “sitios terrestres o marinos”, lo cual restringe e imposibilita la declaratoria de un bien mueble como Santuario de la Naturaleza, lo cual responde a un razonamiento lógico.

Otra definición digna de destacar entiende a estos tipos de monumentos como “las áreas terrestres o marinas cuya conservación es de interés para la ciencia o para el Estado, por cuanto poseen especies, bienes o formaciones

naturales importantes desde el punto de vista de la zoología, paleontología, geología, de la botánica o de la ecología.”³⁷

En este tipo de monumentos, el legislador amplía el ámbito de cobertura entendiendo la existencia de una zona particularmente rica en objetos y lugares dignos de estudio para distintas ramas de la ciencia, con lo cual evita trámites innecesarios como la declaratoria a nivel singular de cada uno de dichos objetos como monumento nacional para obtener así su protección.

Una vez declarado Santuario de la Naturaleza el Consejo De Monumentos Nacionales -como a lo largo de todo este estudio hemos visto- toma bajo custodia esta zona, debiendo solicitarse autorización a dicho ente ya no solo para realizar excavaciones, sino también para “cualquier otra actividad que pudiera alterar su estado natural”. Esta última frase que aparece en el inciso 3° del Artículo 31 de la Ley no deja de llamar la atención, toda vez que puestos en el caso de que el inmueble esté en manos de privados, se le irroga al Consejo de Monumentos Nacionales una de las principales potestades o facultades del derecho de dominio, lo cual representa una alteración de su esencia y por ende una “cuasi-expropiación” a todas luces ilegal. Nos detendremos en este punto mas adelante.

Son pocos los monumentos de este tipo que se hayan declarado hasta el día de hoy, lo cual ha relegado a estos a un segundo plano, lo cual se produce principalmente por la superposición de leyes y figuras jurídicas que existen en esta área. La protección de “monumentos naturales” como podrían ser la flora y fauna de una determinada zona, así como las extensas áreas forestales de nuestro país, han sido reguladas por categorías incluidas en otras leyes, como los Parqueso Reservas Nacionales.

³⁷ SIMONETTI, Susana. Art. Cit. P. 101.

e) Las Zonas Típicas o Pintorescas

La Ley las define en su Título VI De la Conservación de los Caracteres Ambientales como “ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos”. (Artículo 29)

Mafalda Revetria le niega a esta clasificación su calidad de Monumento Nacional, encuadrándola mas bien como “zonas de protección en las cuales hay monumentos históricos o ruinas arqueológicas”.³⁸ De cualquier forma, el objetivo de estas zonas típicas o pintorescas es resguardar el entorno y el carácter ambiental que rodea a los bienes declarados monumentos nacionales.

Estos monumentos deben ser declarados por medio de decreto supremo a propuesta del Consejo de Monumentos Nacionales de la misma forma en que se realiza para los monumentos históricos.

La idea central de esta categoría de monumentos es delimitar un entorno contiguo al monumento histórico o arqueológico e irrogarle al Consejo de Monumentos Nacionales la facultad de autorizar la intervención de dichos ambientes. Para un mejor desarrollo de esta función, el Artículo 30 nos señala algunos ámbitos y estructuras que deberían ser normadas por el Reglamento de Zonas Típicas, como la ejecución de obras de reconstrucción o mera conservación, colocación de anuncios, avisos o carteles, estacionamiento de automóviles, alambrado telefónico y eléctrico, entre otras.

Sin embargo, el Reglamento sobre Zonas Típicas, que exige la Ley 17.288 en su Artículo 30, nunca ha sido dictado. Al respecto Rodrigo Ropert Fuentes señala que “para paliar esta situación, y en uso de sus facultades normativas, el CMN (Consejo de Monumentos Nacionales) ha elaborado

³⁸REVETRIA B. Mafalda. Ob. Cit. p.35.

normas generales para precisar el procedimiento de declaración de estas zonas y regula las solicitudes de intervención que deben presentarse para su revisión.”³⁹

Hace algunos años la noción de Zona Típica original, basada en la existencia de un monumento histórico o arqueológico cuyo ambiente o entorno debía ser protegido, ha cambiado. Fue el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que en Septiembre de 1996 y a raíz de la declaratoria de la Población Los Castaños de Santiago como Zona Típica, señaló que la existencia de un monumento histórico o arqueológico para declarar Zona Típica o Pintoresca regía solo y exclusivamente sobre los “lugares” de acuerdo al Artículo 29 de la Ley 17.288, con lo cual se libera de este requisito a la “poblaciones”. Esto dio luz verde a un aumento de las declaratorias de Zonas Típicas y Pintorescas en nuestro país al alero de dicho fallo y como muestra de la creciente iniciativa ciudadana por el cuidado, protección y el rescate de ciertos barrios o pueblos que poseen gran importancia para la identidad nacional.

Con esto damos por revisados las categorías que nos presenta la Ley de Monumentos Nacionales.

2.7 La institucionalidad cultural

El interés por la cultura en nuestro país se ha ido desarrollando lentamente en la conciencia de las personas y por sobre todo de la administración del Estado. Muestra de ello ha sido el debate reciente para dotar a nuestro país de una nueva institucionalidad cultural que permita el correcto fomento de dicho ámbito, así como la debida protección del patrimonio cultural de la nación.

³⁹ **ROPERT F.** Rodrigo. Art. Cit. p. 121.

Sin duda alguna el órgano que mas se relaciona con el tema de investigación de este trabajo es el Consejo de Monumentos Nacionales, sin embargo son varios los órganos estatales que conforman la red de instituciones a cargo de la cultura en Chile, como la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM), el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Ministerio de Educación.

Es el Ministerio de Educación el órgano actual de la administración del Estado que mas injerencia tiene en el ámbito de la cultura en este momento, haciendo caso del mandato constitucional del Artículo 19 N°10 inciso 6° de proteger e incrementar el patrimonio cultural de la nación. Esto se traduce en la intervención del Ministro de Educación en la toma de decisiones de los órganos que de su Ministerio dependen como en el caso del Consejo de Monumentos Nacionales en donde el Ministro ocupa el cargo de “Presidente” y en el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, según el Artículo 1° de la Ley 19.891 que crea dicho servicio público autónomo, el Ministro de Educación asiste al Jefe de Servicio (que a su vez tiene rango ministerial) en “los actos administrativo del Consejo en los que, según las leyes, se exija la intervención de un Ministerio”, además de formar parte de dicho Consejo.

De esta forma el actual panorama de la institucionalidad cultural de nuestro país se resume en tres órganos: el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, cuyo Presidente el tiene rango de Ministro de Estado y se encuentra encargado de las políticas gubernamentales en materias culturales, la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos –órgano descentralizado y autónomo con patrimonio propio- y finalmente el Consejo de Monumentos Nacionales que surge como un órgano eminentemente técnico.

Por otra parte, y fruto de esta inquietud actual sobre la institucionalidad cultural de nuestro país ha surgido el proyecto de unificar la administración de

estos órganos en uno solo, que logre uniformar los criterios y esfuerzos del estado para la difusión de la cultura y la protección del patrimonio cultural. Dicho órgano es el llamado “Instituto del Patrimonio” el cual yace en un proyecto de ley enviado al Congreso para su tramitación legislativa en Septiembre de 2009 y que fusiona las atribuciones del DIBAM y del Consejo de Monumentos Nacionales en un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio sometido a supervigilancia a través del Ministerio de Educación.

Dicho cambio responde a la creciente crítica sobre la disfuncionalidad de los organismos actuales y teniendo en cuenta que una centralización de los esfuerzos estatales en el ámbito de la cultural, sumados a la experiencia y buenos resultados logrados hasta el día de hoy por los órganos que se pretenden reemplazar, establecería en Chile un cauce productivo para el objetivo general de ampliar el acceso de los ciudadanos a la cultura, así como brindar una mayor protección al patrimonio cultural tanto material como inmaterial.

Muestra de lo dicho anteriormente, el mensaje presidencial del proyecto de ley que instaura el Instituto del Patrimonio Cultural señala lo siguiente:

“El Instituto que proponemos crear busca un desarrollo más amplio que el permitido por la actual institucionalidad. Junto con crear un servicio público especializado, se pretende centralizar ciertos procesos decisorios, proponer políticas públicas en la materia, coordinar el trabajo de los organismos ya existentes y dotar de recursos a la acción patrimonial, buscando como resultado desarrollar una mayor conciencia patrimonial y cultural y una mayor participación de los ciudadanos en pos de su protección, valoración y difusión.”

La creación del Instituto del Patrimonio Cultural no ha sido un proyecto exento de debates, sino por el contrario se encuentra lejos de ser un tema

pacífico entre los organismos, autoridades y personas involucradas en el ámbito de la cultura. No son pocas las voces que defienden el actual sistema institucional y que a la vez centran el obstáculo al progreso cultural del país en otros sectores, enfocando las soluciones fuera de lo meramente institucional.

Sea cual sea el resultado de este proyecto legislativo, es importante destacar este y otros tantos proyectos de ley -que duermen en el Congreso- en cuanto a su aporte al avance cultural y la muestra de que nuestra sociedad está entendiendo definitivamente que una debida protección de nuestro patrimonio cultural es una de las tantas aristas de un país desarrollado.

2.8 El Consejo de Monumentos Nacionales

El Consejo de Monumentos Nacionales tiene su origen en el Decreto Ley 651 de Octubre de 1925. La Ley 17.288 actualmente lo presenta en su Artículo 2 como “un organismo técnico que depende directamente del Ministerio de Educación Pública...”, sin embargo un concepto más preciso sobre el Consejo nos lo entrega Susana Simonetti diciendo que “El Consejo de Monumentos Nacionales es el órgano técnico del Estado de Chile encargado de la protección y tuición del patrimonio cultural y natural de carácter monumental.”⁴⁰

La importancia del Consejo de Monumentos Nacionales para la Ley comienza a visualizarse en el primer artículo de esta, el cual marca la misión que entrega la Ley a este órgano de la administración pública al señalar que la “tuición y protección (de los monumentos nacionales) se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales”. A lo largo de todo su articulado, la Ley hace alusión a esta tarea primordial que le encarga al Consejo de Monumentos Nacionales entregándole el destino de cada uno de los monumentos nacionales, declarados por el mismo órgano, en sus manos.

⁴⁰SIMONETTI, Susana. Art. Cit. p. 100

- Composición e Integrantes

El Consejo de Monumentos Nacionales es un órgano de carácter colegiado, siendo compuesto de la forma en que señala la Ley en su Artículo 2°, el cual sigue la siguiente fórmula:

- a) Del Ministro de Educación Pública, que lo presidirá;
- b) Del Director de Bibliotecas, Archivos y Museos, que será su Vicepresidente Ejecutivo;
- c) Del Conservador del Museo Histórico Nacional;
- d) Del Conservador del Museo Nacional de Historia Natural;
- e) Del Conservador del Museo Nacional de Bellas Artes;
- f) Del Conservador del Archivo Nacional;
- g) Del Director de Arquitectura de la Dirección General de Obras Públicas;
- h) De un representante del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo;
- i) De un representante de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía;
- j) De un representante del Colegio de Arquitectos;
- k) De un representante del Ministerio del Interior, que podrá ser un oficial superior de Carabineros;
- l) De un representante del Ministerio de Defensa Nacional, que deberá ser un oficial superior de las Fuerzas Armadas;
- m) De un abogado del Consejo de Defensa del Estado, que será su asesor jurídico;
- n) De un representante de la Sociedad de Escritores de Chile;
- o) De un experto en conservación y restauración de monumentos;
- p) De un escultor que represente a la Sociedad Nacional de Bellas Artes y a la Asociación de Pintores y Escultores de Chile;
- q) De un representante del Instituto de Conmemoración Histórica de Chile;
- r) De un representante de la Sociedad Chilena de Arqueología, y
- s) De un miembro del Instituto de Historia de la Arquitectura de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile.
- t) Un representante del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, y
- u) Un representante del Servicio Nacional de Turismo.

Los integrantes del Consejo que no lo sean por derecho propio durarán en su cargo por 3 años, siendo designados por el Presidente de la República, a excepción del “Escultor que represente a la Sociedad

Nacional de Bellas Artes y a la Asociación de Pintores y Escultores de Chile”, el que será designado por medio de una terna propuesta por las instituciones que se señalan y en el caso del “Experto en conservación y restauración de monumentos” que será designado bajo propuesta del Ministerio de Educación.

Además de los miembros del Consejo, este órgano está compuesto de un Secretario “encargado de extender las Actas, tramitar acuerdos y desempeñar las comisiones que se le encomienden” según lo menciona el Artículo 3 de la Ley, junto con el Visitador General y los visitadores especiales (cerca de 60) que menciona el Artículo 4 de la Ley que colaboran llevando la vigilancia y trabajo del Consejo a las zonas alejadas del lugar de asiento del órgano.

Junto con los ya señalados, en el Consejo de Monumentos Nacionales trabajan aproximadamente 60 personas, entre ellas profesionales altamente calificados en los diversos ámbitos que requieren la protección y tuición de los monumentos y el patrimonio cultural que la Ley deja bajo su tutela.

- Funciones y Atribuciones

Las atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales se encuentran enumeradas en el Artículo 6 de la Ley, la cual versa de la siguiente forma:

1. Pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales determinados bienes, y solicitar al Ministro de Educación la dictación del Decreto correspondiente. Cualquier persona o entidad puede solicitar la declaración de un Monumento Nacional.

2. Proteger los Monumentos Arqueológicos y los Monumentos Paleontológicos.
3. Autorizar las intervenciones en los Monumentos Nacionales y concederlos permisos para realizar excavaciones e investigaciones de carácter arqueológico o paleontológico.
4. Autorizar la instalación y los traslados de los monumentos públicos.
5. Gestionar la adquisición por parte del Estado de los Monumentos Históricos que sean de propiedad particular que convenga conservar en poder de él.
6. Elaborar los proyectos o normas de intervención de los Monumentos Nacionales, proponer al Gobierno los reglamentos de la Ley 17.288, así como las medidas administrativas tendientes a la mejor conservación de los Monumentos Nacionales.
7. Ejecutar solo o por intermedio de otro organismo trabajos de restauración, reparación, conservación o señalización de los Monumentos Nacionales.
8. Formar el registro de Monumentos Nacionales y de los Museos de Chile.
9. Realizar publicaciones y exposiciones para difundir el patrimonio.
10. Autorizar los préstamos de bienes culturales muebles y colecciones museológicas que tienen la condición de Monumento Nacional, así como su salida al extranjero; autorizar la salida al exterior de las colecciones de Museos del Estado.
11. Combatir el tráfico ilícito de bienes culturales.
12. Prevenir y sancionar los daños y la destrucción a los Monumentos Nacionales.

Sin embargo, las atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales van mucho más allá de las descritas en la Ley, ya que han sido leyes posteriores las que le han irrogado otras atribuciones, como es el caso de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente de la cual adquirió participación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental según veremos más adelante. Mientras nos limitaremos a citar a Rodrigo Ropert Fuentes que en su artículo “La Conservación del Patrimonio Cultural Urbano en el Ordenamiento Jurídico Chileno” señala que “los instrumentos de gestión ambiental, fundados en el principio preventivo que contempla la LBGMA, como son... el sistema de evaluación de impacto ambiental... tienen un rol relevante a la hora de proteger el patrimonio cultural urbano.”⁴¹

Otras de las atribuciones adquiridas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 17.288 están representadas por la calidad de órgano encargado de la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, aprobada por Chile en 1980.

- Funcionamiento

El Consejo de Monumentos Nacionales sesiona mensualmente, momento en que se juntan los miembros de dicho consejo y analizan los temas propuesto por las reunionestemáticas que se realizan una vez a la semana. Es en dichas reuniones temáticas que se elaboran las tablas donde se incluyen los casos más relevantes y las decisiones de mayor importancia para ser tratadas en el consejo.

La mayor parte de las decisiones se toman en aquellas reuniones temáticas, dirigidas por comisiones especializadas en las áreas relativas a la protección de los monumentos nacionales (arquitectura, arqueología,

⁴¹ROPERT F. Rodrigo. Art. Cit. p. 132.

etc.) en las cuales participan los profesionales funcionarios del órgano además de los asesores de este mismo.

Así las cosas, el Consejo sesiona para zanjar las propuestas analizadas previamente en las comisiones, llegando a esta instancia sólo las decisiones de mayor calibre.

Por otra parte, vale la pena mencionar la limitante principal que afecta el funcionamiento del Consejo de Monumentos Nacionales, esto es la calidad de órgano centralizado. Esto a simple vista impide la toma de decisiones a nivel regional, debido principalmente a que el Consejo sesiona exclusivamente en su sede ubicada en la ciudad de Santiago. Este obstáculo ha sido sobrellevado por el Consejo mediante la instauración de los llamados “Comisiones Asesoras de Monumentos Nacionales” que no son mas que réplicas de la conformación del Consejo, pero a nivel regional, provincial o hasta comunal, aun cuando no poseen facultades resolutorias tienden a descentralizar las decisiones y a llevar la toma de decisiones a lugares más apartados de la sede donde sesiona el Consejo.

De esta forma el Consejo de Monumentos Nacionales se muestra como “una institución antigua pero muy recientemente consolidada” ⁴²que funciona hasta la actualidad con el carácter de voluntarios de muchos de sus integrantes, los cuales ejercen labores no remuneradas

No son pocos los desafíos institucionales con los que carga el Consejo de Monumentos, y no es del todo seguro que se lleguen a cumplir, en vista y considerando la posible fusión de dicho órgano en el nuevo Instituto del Patrimonio Cultural. Entre estos podemos señalar, siguiendo lo dicho por Susana Simonetti, los siguientes:

⁴²SIMONETTI, Susana. Art. Cit. p 104.

- Ser capaces de llevar a cabo grandes programas sin estar abocados a reaccionar a lo que impone el medio.
- Complementar la Ley; modificarla, perfeccionarla.
- Aumentar Alianzas con el sector público y privado.
- Pasar de la protección de los monumentos a una etapa de desarrollo y valorización de estos.
- Poner al Patrimonio como medio y fin del desarrollo humano, convirtiendo a los monumentos nacionales en instrumentos para el bienestar integral de las personas.

2.9 Las sanciones que protegen los Monumentos Nacionales

La legislación cultural relativa a los monumentos nacionales ha incorporado, con el pasar de los años, distintas sanciones con el objeto de brindar una protección más efectiva a dichos bienes. Y si bien es cierto, la Ley 17.288 original contenía determinadas sanciones, éstas han sido modificadas y actualizadas en los últimos años para mejorar la aplicación práctica de estas.

El panorama sancionatorio dentro de la Ley 17.288 se divide en tres tipos de sanciones: civiles, administrativas y penales. A esto se suman otros mecanismos de protección de la misma índole que se encuentran contenidos en las normas relacionadas a la Ley, como la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente y la Ley Indígena 19.253.

Así las cosas pasaremos a revisar cada una de estas cuatro aristas del esquema.

- Sanciones Civiles

El hecho de causar un daño al patrimonio cultural del país, especialmente de los monumentos nacionales puede conllevar sanciones civiles según la Ley 17.288, ya que en el Código Civil la protección cultural se encuentra ausente y muy lejos de ser tomada en cuenta, por

razones que atienden lógicamente a la época de dictación de dicho cuerpo legal.

Son dos los casos donde podría implicarse la responsabilidad civil en la Ley, esto es en sus artículos 26 y 40, los cuales versan de la siguiente forma:

“Art. 26. Toda 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 obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador Provincial, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él.

La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la **responsabilidad civil solidaria de los empresarios o contratistas a cargo de las obras**, por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de denunciar el hallazgo.”

“Art. 40. Las obras o trabajos que se inicien en contravención a la presente ley, se denunciarán como **obra nueva**, sin perjuicio de la sanción que esta ley contempla.”

Entendemos al sujeto activo de la acción de responsabilidad civil en el caso del Artículo 26, al Consejo de Defensa del Estado en representación del Estado de Chile, toda vez que el Consejo de Monumentos Nacionales no consta con la personalidad jurídica propia para hacerlo y atendiendo a la titularidad del Estado sobre la propiedad de aquellos objetos de carácter arqueológico, histórico, antropológico o paleontológico, según lo menciona el inciso primero de la norma en cuestión.

Mientras que en el caso del Artículo 40, este nos remite a las Acciones Posesorias a las que hace referencia el Código Civil en su Artículo 930 y a su procedimiento establecido por el Código de

Procedimiento Civil en sus artículos 565 al 570, para hacer valer dicha acción.

“Art. 930. El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda **obra nueva** que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión...”

“Art. 565. Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciada, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción a su costa, de lo que en adelante se haga. En la misma resolución mandará el tribunal citar al denunciante y al denunciado para que concurren a la audiencia del quinto día hábil después de la notificación del demandado, debiendo en ella presentarse los documentos y demás medios probatorios en que las partes funden sus pretensiones.”

- Sanciones Administrativas

Quizás estas son las más abundantes a lo largo del texto de la Ley, debido a la rapidez de los procedimientos administrativos y a la efectividad preventiva que poseen. Estas sanciones se expresan generalmente en multas las cuales recientemente fueron ajustadas en Unidades Tributarias Mensuales. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.021 que modifica la Ley 17.288, dichas multas estaban expresadas en “Sueldos Vitales” cuya escasa actualidad y reajustabilidad hacían de dichas multas una sanción irrisoria.

Esta arista del esquema responde al Derecho Administrativo Sancionador, parte de un único *“ius puniendi”* estatal, incorporado a la legislación cultural para su protección, independiente del Derecho Penal.

Las sanciones administrativas de tipo pecuniarias se encuentran a lo largo de todo el texto como mostramos a continuación:

Artículo 12: Destrucción o modificación de un Monumento Histórico. (5-200 UTM.)

- Artículo 18: Iniciar trabajos para colocar objetos de carácter conmemorativo sin permiso del CNM. (5-50 UTM.)
- Artículo 22: Excavaciones arqueológicas sin permiso del CNM. (10-500 UTM.)
- Artículo 26: No cumplimiento del deber de denunciar el hallazgo de objetos arqueológicos, históricos, antropológicos o paleontológicos. (5-200 UTM.)
- Artículo 30: Infracción a normas sobre Zonas Típicas y Pintorescas. (5-200 UTM.)
- Artículo 31: Excavación no autorizada por CNM en Santuario de la Naturaleza. 5-500 UTM.

Por otra parte, el Artículo 42 indica una particularidad incluida en la ley, la cual entrega una acción popular para denunciar las infracciones existentes a esta ley, otorgando un 20% del producto de la multa que se aplique a favor del denunciante. Esto no deja de ser peculiar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, asimilándose solamente a la figura jurídica del galardón propia del derecho privado. Esto se introduce como una forma de incentivar la aplicación de la ley en la ciudadanía, aun cuando no se conoce hasta el día de hoy caso alguno en el cual se haya dado aplicación a este precepto, siendo hasta la actualidad “letra muerta”. A pesar de lo mencionado, reactivar la aplicación de normas como estas podrían dar en el futuro un mayor sentido de protección a los monumentos nacionales.

Finalmente es el Artículo 44 el que entrega la aplicación de estas multas al juez de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se cometió la infracción, ya sea a petición del Consejo de Monumentos

Nacionales o bajo acción popular. Dichos juzgados deberán ingresar a Tesorería Fiscal -de forma mensual- el producto de las multas por infracción a la Ley 17.288, a la orden del Consejo de Monumentos Nacionales.

- Sanciones Penales

Manuel Zárate Campos menciona en su artículo “La Protección de los Monumentos Nacionales en Materia Penal, Algunos Comentarios a las Modificaciones Incorporadas a la Ley 17.288” que “la protección del patrimonio cultural de nuestro país... antes de acudir a la aplicación de la sanción penal, no puede prescindir de los mecanismos previstos en el derecho civil y administrativo, los que sumados a una permanente educación al ciudadano, permitan entender y comprometerse con la preservación de aquel, reservando el derecho penal solo para aquellos casos en que los anteriores evidencien su escaso rendimiento y eficacia de disuasión y prevención de dichas conductas.”⁴³

Así las cosas, la incorporación de tipos penales dentro de Ley, debe atender al criterio mencionado recientemente, siendo el último elemento en aplicar, dando siempre preferencia a sanciones menos gravosas que logren idéntico resultado.

La Ley 17.288 incluye tipos penales para la protección de los monumentos nacionales, desde su entrada en vigencia, pero ha sido desde su modificación en junio de 2005 por parte de la Ley 20.021, que dichos tipos penales tienen la consistencia necesaria para su correcta aplicación.

⁴³ZÁRATE C. Manuel. “La Protección de los Monumentos Nacionales en Materia Penal. Algunos Comentarios a las Modificaciones Incorporadas a la Ley 17.288.” EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p. 47.

De esta forma son dos los tipos penales que incluye la Ley en su Título X
De las Penas:

- Conductas de daño a la integridad de un Monumento Nacional

“Art. 38. El que causare daño en un monumento nacional, o afectare de cualquier modo su integridad, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales.”

Este delito tiene entre sus características la ampliación de su verbo rector respecto del tipo penal incluido en la versión original de la Ley, englobando en “Causar Daño” una serie de tipos comisivos. Por otra parte se eliminaron las referencias a “causar perjuicios” que alentaba imprecisiones por cuanto se entendía normalmente en un sentido patrimonial económico, lo cual restringe el tipo penal teniendo en cuenta la intrincada valoración de los bienes monumentales; así como la referencia a “piezas o partes” reemplazándola por el concepto de integridad del monumento nacional.

Otro punto a destacar es la penalidad, la que “ya no depende del valor del daño material causado, sino que constituye un delito independiente, cuyo marco penal es invariable, cualquiera que sea el monto del daño causado.”

- Conductas de apropiación de un Monumento Nacional

“Art. 38 bis. La apropiación de un monumento nacional, constitutiva de los delitos de usurpación, hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación, se castigará con pena de multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales,

además de la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo a las normas generales.

Tratándose del hurto, si no fuere posible determinar el valor del monumento nacional, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, además de la multa aludida en el inciso precedente.”

Este delito otorga una pena de multa a la comisión de cualquiera de los delitos mencionados en el precepto legal arriba reproducido, pena la que se agrega a la correspondiente al delito propiamente tal. Así en el caso de hurto de un bien arqueológico, procedería la pena privativa de libertad correspondiente al hurto como si se tratara de un bien cualquiera, agregándose la pena pecuniaria establecida por la Ley 17.288. (50-200 UTM)

El mayor avance que presenta este delito incorporado por la Ley 20.021, es la estimación que realiza para facilitar la fijación de la pena en el caso del posible hurto de un bien declarado monumento nacional. Así señala el inciso 2° del Artículo 38 bis, aplicando presidio menor en sus grados mínimo a máximo siempre y cuando el bien sea de difícil valoración.

- Sanciones en Normas relativas

A los delitos ya mencionados debemos sumar los que se muestran en el Código Penal, como lo son los del Artículo 485 N°5 y N°7 que pena el daño en archivos, registros, bibliotecas o museos públicos y en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros y otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.

Junto con esto podemos señalar las acciones correspondiente a la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, la cual consagra la “acción

por daño ambiental destinada a la reparación del medio ambiente y una acción indemnizatoria ordinaria que puede ejecutar el afectado directo”,⁴⁴ siendo los titulares de dicha acción las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño, las Municipalidades por hechos acaecidos en sus comunas y el Estado por medio del Consejo de Defensa del Estado.

2.10 Normativa relacionada a los Monumentos Nacionales

No son pocas las leyes que se refieren a patrimonio cultural en general y a los monumentos nacionales en lo especial. El aumento de la legislación nacional y la creciente intervención del derecho en la mayoría de las áreas de la actividad humana en la actualidad ha producido indefectiblemente una convergencia de leyes que de alguna u otra forma, ya sea de manera directa o tangencial regulan aspectos relativos a los monumentos nacionales.

Muestra de este fenómeno y por eso partes integrantes del grupo de “Normas relacionadas a los Monumentos Nacionales”; son la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la Ley 19.253 conocida como la Ley Indígena, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ley de Donaciones con fines Culturales y la Ley de Exención de Impuesto Territorial para Monumentos Históricos sin Fines Comerciales N°20.033. Procederemos a hacer una breve reseña de estas leyes, explicando al mismo tiempo la importancia que tienen en el tema de la protección de los monumentos nacionales.

Por otra parte, al realizarse el inventario de Patrimonio Cultural Inmueble allá por el año 2003, la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas indicó que de 7510 inmuebles, un 85% es de propiedad privada y solo un 15% se encuentra en manos de alguna institución pública o estatal, mientras

⁴⁴**GONZALEZ C. Paola.** “Protección Jurídica del Patrimonio Cultural en Chile: Diagnostico, Avances y Tareas Urgentes del Estado en esta Materia.” Revista de Derecho Ambiental N°3: p. 111. 2009.

que solo un 25% se encuentra protegido por alguna de las categorías de protección existentes. El peor de los datos de dicho inventario es que en ese entonces, solo el 60% de dichos inmuebles se encontraban en “buen estado”, lo cual no deja de ser alarmante.⁴⁵

Lo antes dicho cobra importancia a la hora de analizar estas leyes relacionadas, debido a que funcionan muchas veces como complemento a la cobertura que brinda la Ley 17.288 y sirven como útiles herramientas de protección en áreas donde existen vacíos en la legislación cultural propiamente tal. Así no es de extrañar la utilización de mecanismos existente en estas leyes relacionadas para lograr estrechar esa brecha de desamparo y exposición al daño de los monumentos nacionales y el patrimonio cultural material en general, que se muestra en las cifras.

2.10.1 Ley 19.300

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente cobra importancia por la definición amplia de medio ambiente que contiene en su Artículo 2° letra II conceptualizándolo como:

“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana y natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida humana en sus múltiples manifestaciones.”

Este concepto de medio ambiente incluye elementos socioculturales, lo cual sumado a lo consagrado en la Constitución en su Artículo 19 N° 8, convierte a este tipo de legislación una herramienta eficaz de protección de los monumentos nacionales, toda vez que la Ley 19.300 presenta como principal característica el establecimiento del Sistema de Evaluación de Impacto

⁴⁵**Nota:** datos obtenidos del artículo de Rodrigo Ropert Fuentes “La Conservación del Patrimonio Cultural Urbano en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Hacia una Regulación más Eficiente.”

Ambiental, al cual se deben someter los proyectos o actividades urbanos mencionados por el Artículo 10 de dicha Ley.

“Art. 10: Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberá someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

p) La ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas, monumentos naturales, reservas vigentes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos que la legislación lo permita.”

“Art. 11: Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán de elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.”

Para entender mejor el panorama de esta ley debemos señalar que los proyectos deben pasar por el SEIA siempre y cuando caigan dentro de la descripción del Artículo 10, y de ser así pueden hacer por medio de una Declaración de Impacto Ambiental o por medio de un Estudio de Impacto Ambiental siempre y cuando se encuentren o no en las circunstancias del Artículo 11 respectivamente.

Rodrigo Ropert Fuentes señala que “para determinar si algunos proyectos que afectan bienes del patrimonio cultural urbano deben o no ingresar al SEIA (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental), es de gran relevancia el alcance del término “área colocada bajo protección oficial” que emplea la letra p) del Artículo 10 de la LBGMA.”

Para salvar esta imprecisión, el Reglamento del SEIA incorporó en el Artículo 2 una definición de Área Protegida⁴⁶, de la cual se desprende que se encontrarían abarcados los Monumentos Históricos y las Zonas Típicas y Pintorescas de la Ley 17.288.

Todo lo anterior presenta la adquisición de nuevas funciones por parte del Consejo de Monumentos Nacionales, el cual a partir de la Ley 19.300 interviene y participa en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, calificando la viabilidad de los proyectos y protegiendo la integridad del patrimonio cultural del país a través del sistema de impacto ambiental que da la ley en estudio.⁴⁷ Ropert señala al respecto que “es importante definir el rol del CNM en relación a los proyectos de intervención que se pretendan ejecutar en inmuebles protegidos. Un camino es mantener sus competencias actuales (se requiere autorización previa para todos los proyectos de intervención), para lo cual es imprescindible propender a su descentralización, tanto territorial como funcional”⁴⁸ haciendo alusión a dos aspectos que generan la participación del Consejo de Monumentos Nacionales en el SEIA, primero la definición del rol específico del Consejo dentro del proceso sabiendo que dicho órgano cuenta con el personal profesional para cumplir labores de estudio y fiscalización de proyectos y segundo la necesaria descentralización que actualmente funciona de forma incipiente a través de los consejos asesores regionales y provinciales, situación la cual debiese consolidarse legalmente para una mejora del actuar de dicho órgano en el proceso de estudio ambiental que propone la Ley 19.300. Así también diagnostica el problema Paola González C. diciendo que “un serio problema que enfrenta en la actualidad el Consejo de Monumentos Nacionales

⁴⁶ Nota: La ley las define como “cualquier porción de territorio, delimitada geográficamente y establecida mediante acto de autoridad pública, colocada bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental.”

⁴⁷ **Nota:** Véase el artículo de GONZALEZ C. Paola. “Acerca del Consejo de Monumentos Nacionales como Órgano con Competencia Ambiental. Institucionalidad Pública y Fiscalización (Conama, Consejo de Monumentos Nacionales y Consejos Asesores).

⁴⁸ **ROPERT F.** Rodrigo. Art. Cit. p. 138.

para el logro de una gestión eficaz en su desempeño como órgano con competencia ambiental, es su carácter centralizado y concentrado, cuyo funcionamiento se radica en Santiago. La ley 17.288 no contempla su desconcentración territorial. No obstante, por mandato legal de la Ley 19.300 debe evaluar y fiscalizar cientos de proyectos que se ejecutan a lo largo de todo el territorio nacional.”⁴⁹

Una segunda perspectiva de esta ley en cuanto a los monumentos nacionales es la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil del culpable de daño ambiental a través de la acción de responsabilidad civil por daño ambiental a la cual ya hemos hecho mención anteriormente, así como la posibilidad de interponer el “Recurso de Protección del Medio Ambiente” derivado del Artículo 20 inciso 2° y 19 N° 8 de la Constitución.

2.10.2 Ley Indígena

La Ley Indígena N° 19.253 data de 1993 y establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. (CONADI), siendo publicada en el Diario Oficial en octubre de 1993.

Esta ley, entre sus normas y de forma dispersa, establece el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas considerando el patrimonio cultural intangible o inmaterial como el tangible o material dentro del cual se destaca la protección de los bienes arqueológicos y históricos.

“Artículo 28: El reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas contemplará:

⁴⁹**GONZALEZ C. Paola.** “Protección Jurídica del Patrimonio Cultural en Chile: Diagnostico, Avances y Tareas Urgentes del Estado en esta Materia.” Revista de Derecho Ambiental N°3: p. 109. 2009.

- f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico-cultural e histórico indígena.”

2.10.3 Ley General de Urbanismo y Construcciones

Hasta ahora hemos visto leyes relacionadas con los monumentos nacionales desde el punto de vista positivo. La Ley General de Urbanismo y Construcción se caracteriza por tener una relación negativa con dichos bienes, debido a que es una ley -que por sus características y objetos de regulación- debería guardar íntima relación con la Ley 17.288, pero que en la realidad no hace referencia alguna a esta, suscitando una serie de problemas e imprecisiones, según pasamos a detallar.

La Ley General de Urbanismo y Construcción incluye dentro de sus normas el concepto de “Planos Reguladores” que son “instrumentos de planificación generales, cuya función esencial es promover el desarrollo armónico del territorio por medio de la fijación de normas urbanísticas.”⁵⁰ Dichos planes son realizados por las Municipalidades correspondientes a la zona determinada y consideran un proceso de elaboración donde son múltiples los órganos que intervienen y el periodo entre su análisis y su puesta en vigencia muchas veces puede durar años, lo cual atenta contra la protección de los monumentos nacionales que podría brindar esta ley.

Una adecuada muestra de la falta de preocupación de la legislación urbanística por la protección de los monumentos nacionales es la “desvinculación entre estos dos cuerpos legales, (que) ha significado que se superpongan las zonas típicas y las zonas de conservación histórica⁵¹, lo que implica que muchos inmuebles estén protegidos por ambas categorías y por consiguiente, cualquier proyecto de intervención en ellos, requiera autorización

⁵⁰ **ROPERT F.** Rodrigo. Art. Cit. p. 126.

⁵¹ **Nota:** Véase el inciso 2° del Artículo 60 de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

de tres organismos que tienen poca coordinación entre sí.” Se hace referencia al Consejo de Monumentos Nacionales, las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo y las Direcciones de Obras Municipales.

Un esfuerzo por salvar esta falta de convergencia entre ambas leyes se encuentra en el Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo⁵² que modifica la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, toda vez que intenta armonizar las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcción de manera que las categorías de protección no se superpongan y se logre una eficiente cobertura de las zonas y bienes del patrimonio cultural.

2.10.4 Ley de Donaciones con Fines Culturales

La Ley de Donaciones con Fines Culturales incorpora beneficios tributarios a aquellas personas naturales o jurídicas que realicen donaciones en la forma prescrita por la ley y cumpliendo los requisitos de declarar sus rentas efectivas según contabilidad completa y tributen en la primera categoría o estén afectos a impuesto global complementario.

Dicho beneficio se traduce en un 50% de crédito sobre el impuesto de primera categoría o global complementario deducido del total de la donación y en el caso de las empresas donde no pueda deducirse como crédito, este saldo podrá deducirse como gasto necesario para la producción de la renta.

Esta ley, al igual que la de exención de impuesto territorial que veremos a continuación, es un avance significativo en la tarea de dar a la protección monumental una base financiera sustentable. Sin embargo no son pocas las críticas que arrecian sobre esta ley, alegando que “el gran defecto de la ley es que se excluyen los monumentos de propiedad privada. El argumento para esta

⁵²**Nota:** Véase el Artículo 2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.

exclusión es que no sería equitativo que un privado utilice recursos estatales para aumentar el valor de su inmueble, que luego podría vender.”⁵³ Y si bien es cierto el argumento de exclusión parece a toda vista muy lógico y necesario, no deja de representar la tendencia actual aun existente de considerar “la orientación de recursos hacia la preservación patrimonial... un gasto más que una inversión...”⁵⁴.

2.10.5 Ley de Exención de Impuesto Territorial para Monumentos Históricos sin Fines Comerciales

La Ley N°20.033 de 2005 modifica la Ley N°17.235 sobre Impuesto Territorial, el Decreto Ley N°3063 sobre Rentas Municipales y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Esta Ley modifica el cuadro de exenciones del Impuesto Territorial agregando una exención del 100% en los “bienes raíces declarados monumentos históricos o públicos, acreditados por el Consejo de Monumentos Nacionales, cuando no estén dedicados a actividades comerciales”. Sin duda alguna esta ley representa un avance en cuanto alivia la carga impositiva que debía soportar el dueño de un inmueble declarado monumento nacional.

Ángel Cabeza Monteiro, ex Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales señala al respecto que “la crítica más permanente y consistente en contra de la legislación de monumentos nacionales en Chile es la ausencia de beneficios tributarios o financieros para quienes son propietarios de tales bienes, sean estos muebles o inmuebles. Originalmente, la Ley de Monumentos Nacionales, aprobada por el Congreso en 1970, consideraba beneficios, pero éstos fueron derogados, quedando la responsabilidad de

⁵³ **ROPERT F.** Rodrigo. Art. Cit. P. 130.

⁵⁴ **ROPERT F.** Rodrigo. Art. Cit. P. 130.

mantener los monumentos en manos de sus propietarios.”⁵⁵ Dichas palabras emitidas en el contexto de la introducción al trabajo de Carlos Stark sobre “Aspectos Financieros de la Legislación sobre Monumentos Nacionales en Chile” encuentran respuesta en esta ley, aun cuando en el mismo texto se presentan proposiciones y antecedentes que están lejos de ser consagrados por el ordenamiento jurídico actual.

Lo antes mencionado se refleja, por ejemplo, en disposiciones como la presente en el Decreto con Fuerza de Ley número 1 de 1979 del Ministerio de Hacienda, el cual deroga beneficios tributarios a la exportación e incluso canje entre Museos o instituciones científicas, tanto de monumentos como de piezas consideradas Monumento Nacional según la ley.

En resumen, esta ley aun cuando es un auténtico avance, y sus disposiciones muestran una fácil aplicación en la mayor parte de los casos, mantiene sectores insuficientes en el cumplimiento del objetivo de establecer un diagrama legal que incorpore herramientas de corte financiero, impositivo, penales y administrativas; para la adecuada protección y fomento del patrimonio cultural.

⁵⁵ **CABEZAS M.** Ángel. Presentación del Trabajo. EN: STARK. Carlos. “Aspectos Financieros de la Legislación sobre Monumentos Nacionales en Chile: Antecedentes, Proposiciones.” Santiago, Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación, 1998. p. 2

CAPITULO III:

CRÍTICAS Y COMENTARIOS SOBRE LA NORMATIVA VIGENTE

Una vez que hemos revisado la historia de la legislación sobre monumentos nacionales en nuestro país, analizado el panorama legal vigente sobre patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno y una pequeña muestra de los sistemas comparados, nos encontramos en condiciones para emprender una tarea más difícil, esto es, comentar los puntos más particulares de la legislación, develar las principales falencias de la protección del patrimonio cultural hoy por hoy y criticarlas desde el punto de vista jurídico. Así también no podemos dejar escapar la oportunidad de reseñar los proyectos de ley que pretenden modificar ciertos aspectos de la legislación cultural y por qué no, arriesgarnos a proponer ciertas modificaciones que ayuden a una cobertura optima de los bienes culturales que forman parte de todos los chilenos.

3.1 Limitaciones al derecho de propiedad en la Ley 17.288

El estudio de la Ley 17.288, desde su promulgación, ha estado muy vinculado al derecho privado mediante las limitaciones que aplica la declaratoria de monumento nacional al derecho de propiedad que consagra actualmente la Constitución Política en su Artículo 19° numero 24 y en el Artículo 582 del Código Civil.

Las limitaciones al derecho de propiedad están establecidas a partir del mismo cuerpo legal que lo consagra, la Constitución en el inciso segundo del Artículo 19 numero 24. Dicho inciso establece la denominada “función social” de la propiedad al señalar que “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones

que deriven de función social.”. Este precepto expresa el deber -a la hora de establecer limitaciones al derecho de propiedad- de hacerlo mediante su consagración en una ley, lo cual impide, a contrario sensu, añadir limitaciones a través de reglamentos o fuentes infra-legales.

La función social que describe la Constitución Política se encuentra comprendida por “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental”. Esto incide obviamente en las características propias del derecho de propiedad en cuanto a su aspecto absoluto, perpetuo y exclusivo, y así lo afirma la doctrina señalando “las limitaciones del derecho de propiedad, impuestas por el interés público, inciden directamente sobre lo absoluto, lo perpetuo y lo exclusivo del dominio; en relación a lo absoluto ellas producen un debilitamiento en el derecho de manera general; en relación a lo exclusivo, la limitación tiene como efecto un desmembramiento del derecho; y en relación a lo perpetuo la limitación tiene como consecuencia jurídica la privación de la propiedad, o si se quiere, la extinción de la misma.”⁵⁶

Lo anteriormente señalado son prolegómenos para la respuesta a las preguntas ¿cuáles son las limitaciones al dominio de la Ley 17.288? ¿de qué consisten? y ¿cómo se aplican en la práctica?

La Ley 17.288 claramente establece limitaciones al derecho de propiedad, por cuanto subyuga las facultades que otorga el derecho de propiedad a su dueño estableciendo una serie de obligaciones y deberes, como la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales para la conservación, destrucción, transformación o reparación de un inmueble declarado monumento histórico en manos de un privado.

⁵⁶ **REVETRIA B.** Mafalda. “La Propiedad Monumental en Chile. Su Régimen Jurídico”. Santiago, Ediciones Revista de Derecho Público Universidad de Chile. P. 58.

Estas limitaciones han sido objeto de controversia, dando lugar a una sentencia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de los preceptos de la ley, la cual se analiza mas adelante.

La situación no deja de ser relevante por cuanto existe una fuerte discusión en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la extensión del concepto de “función social” y los elementos que lo componen, toda vez que estaríamos en presencia en un caso –como el de las restricciones de la Ley de Monumentos Nacionales- donde la línea divisoria entre lo que es función social y lo que no, cobra una especial relevancia. Así existiría una posición a favor de restringir la extensión de la “función social” de la propiedad según se manifiesta en ciertos autores como Enrique Evans el cual afirma que “la Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Ello sólo procede cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de ahorrantes, de afiliados provisionales, u otros, son muy valiosos y podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional.”⁵⁷

Otra parte de la doctrina, mas apegada a la finalidad protectora del patrimonio cultural de la Ley 17.288, considera que las limitaciones al derecho

⁵⁷EVANS, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Volumen 2. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1999. P. 124.

de propiedad de dicha ley no son más que restricciones administrativas, que responden al componente interés público de la función social de la propiedad, razón por la cual no existiría inconstitucionalidad de dichos preceptos. Así lo afirma Mafalda Revetria señalando que “se entiende por restricciones administrativas, las condiciones legales de ejercicio del derecho de propiedad que tienen por objeto permitir el libre desenvolvimiento de la actividad administrativa, debilitando el carácter absoluto del derecho mencionado.

El desmembramiento que las mencionadas limitaciones producen en el derecho de propiedad, no implican un desmembramiento de este derecho, sino que tienden solo a eliminar trabas a la administración en el cumplimiento de sus fines; por tanto, al no haber una desmembración, no existe perjuicio o detrimento necesario para reclamar una indemnización por ello.”⁵⁸

Volveremos sobre esta discusión con mayor profundidad al analizar los fallos que se refieren a la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de algunos pasajes de la Ley 17.288.

De esta manera, las principales restricciones que presenta la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, al normal ejercicio del derecho de propiedad son:

3.1.1 Respecto de los Monumentos Históricos.

Estas limitaciones se encuentran en los Artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 y dicen relación con el control y vigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales sobre los inmuebles que sean declarados monumentos históricos según el procedimiento fijado por la ley. En esta limitación distinguimos dos especies; una general que se refiere a la exigencia de una autorización por parte del Consejo para la realización de trabajos de conservación, reparación o

⁵⁸REVETRIA B. Mafalda. Ob. Cit. p.56.

restauración, la cual tiene como objetivo subyacente la mantención de los estilos de construcción de dichos inmuebles los cuales pueden llegar a ser modificados mediante estos actos de conservación. Esta limitación general aplica a inmuebles que se encuentren en dominio público o privado. En cambio, existe una limitación especial, dirigida exclusivamente a los inmuebles que se encuentra en el dominio privado, exigiendo la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales ya no solamente para trabajos de conservación, sino también para destrucción, transformación y construcciones aledañas, a lo cual se suma la prohibición de edificar o excavar en sitios eriazos objetos de declaración de monumento histórico, sin la mentada autorización previa del Consejo.

A estas limitaciones debemos añadir la obligación que otorga la ley al dueño (privado) de un inmueble monumento histórico, de conservarlo a su costo.

3.1.2 Respecto a las Zonas Típicas

Las limitaciones derivadas de una declaratoria de zona típica son, respecto de las aplicadas a los monumentos históricos, de mayor extensión y proporción, toda vez que limitan el dominio ya no solo de los inmuebles particulares, sino también de las áreas públicas de la zona.

El Artículo 30 de la Ley de Monumentos Nacionales hace referencia a estas limitaciones, las cuales se dividen en dos: 1) la existencia de autorización previa del Consejo para las nuevas construcciones, reconstrucciones y trabajos conservativos en la zona. Esto se traduce en la práctica que debe existir una autorización del Consejo para el cambio de color en la pintura de fachada de una edificación de la zona típica. El precepto legal va mucho más allá y define los criterios para el otorgamiento de dicha autorización –lo cual no ocurre en los demás casos a lo largo del texto legal- siendo este la conservación del “estilo

arquitectónico general de dicha zona”. Y 2) las limitaciones derivadas del Reglamento de Zonas Típicas, que aún no ha sido dictado.

De esta forma vemos que la ley no escatima en limitaciones al derecho de propiedad, estableciendo fuertes multas y sanciones ante la infracción de dichas limitaciones, como la paralización de obras no autorizadas mediante la fuerza pública. (Artículo 30 inciso final)

Si bien hemos analizado las principales limitaciones, la ley consagra otras que hemos omitido estudiar en profundidad, como las derivadas de los Santuarios de la Naturaleza, debido a su escasa atingencia al entendimiento general del trabajo.

3.2 Inconstitucionalidad en la Ley 17.288

Ante las discusiones doctrinales referidas en el acápite anterior de esta memoria, es que ha surgido situaciones donde se ha alegado la inaplicabilidad de los preceptos de la Ley 17.288, teniendo por fundamento la desactualización de la normativa de dicha ley a las condiciones actuales del ordenamiento jurídico, considerando que la Ley de Monumentos Nacionales es anterior a la actual Constitución Política y sus modificaciones posteriores.

El caso a estudiar en este ámbito es el denominado “caso del Palacio Pereira” en la cual se pone en controversia la aplicación de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 por parte de una sociedad que mantiene el dominio de un inmueble declarado monumento histórico por el Consejo de Monumentos Nacionales.

3.2.1 Caso del Palacio Pereira

El Palacio Pereira se encuentra ubicado en el centro de Santiago, específicamente en la Calle Huérfanos número 1515, bien el cual se mantiene

bajo una declaratoria de monumento histórico según la Ley 17.288, por lo cual pasa a quedar bajo los supuestos de los Artículos 11 y 12 de dicha Ley. Son estos mismos artículos los que se ven cuestionados mediante la presentación de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁵⁹ por parte del dueño del inmueble, la Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda., la cual previamente litigaba en contra del Estado exigiendo la indemnización de perjuicios por la “privación del uso y goce del derecho de propiedad del inmueble”⁶⁰.

La Corte Suprema termina por declarar la inaplicabilidad de los preceptos de la Ley 17.288 en cuestión basándose en que las limitaciones aplicadas por la Ley al derecho de dominio no podían ser consideradas como derivadas de los intereses generales de la Nación que corresponden a la función social de la propiedad según la Constitución. Para esto se basa en los textos de Enrique Evans sobre “Los Derechos Constitucionales” y en los documentos de la Comisión Constituyente, que en su sesión N°157 trató el tema de la limitación al derecho de dominio.

Este fallo ha sido debatido abundantemente por la doctrina, existiendo parte de ella que afirma dicha sentencia por cuanto reconoce la función social de la propiedad, impone un límite a dicha función garantizando el derecho de propiedad en su esencia, posición seguida por el Abogado Juan Eduardo Figueroa, quien aprovecha de señalar al respecto que “esta sentencia de la Corte Suprema debiera servir de base para que nuestras autoridades políticas impulsen una reforma profunda de la Ley 17.288”⁶¹. Por otra parte existe una posición crítica del fallo, por cuanto “perjudica grandemente el patrimonio

⁵⁹ **Nota:** El recurso es inexistente en la actualidad, debido a modificaciones en las normas sobre el Tribunal Constitucional.

⁶⁰ **GONZÁLEZ C.,** Paola. “Caso Pereira, Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, deducido por Soc. Inmobiliaria “Maullín Limitada”. Revista de Derecho Ambiental. N° 2: p 197. 2006.

⁶¹ **FIGUEROA V.** Juan E. “Inconstitucionalidad en la Ley de Monumentos”. Revista Fundamenta N°36: p.66. 2007.

cultural histórico de Chile”⁶² haciendo hincapié en que la tesis seguida por la Corte Suprema “no ha sido uniformemente aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema y pugna ostensiblemente con instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile”⁶³

Al respecto, y más allá de las posiciones válidamente argumentadas sobre el contenido del fallo sobre el caso del Palacio Pereira, coincidimos con la opinión del Abogado Figueroa en cuanto a que el fallo de la Corte Suprema demuestra la necesidad de actualizar la Ley 17.288 a las disposiciones constitucionales existentes, tópico que abordaremos con mayor extensión en pasajes posteriores de esta memoria.

3.3 Teorías sobre el dominio de los bienes arqueológicos

Cuando hacíamos referencia a la estructura jurídica de la Ley de Monumentos Nacionales, en el Capítulo 2 de esta memoria, mencionábamos acerca de los monumentos arqueológicos, las teorías que se pueden construir sobre su dominio por parte del Estado. Decidimos denominarlas “Teoría de la Confiscación de los Bienes” y “Teoría de Dominio Público Especial”. Ahora toca desarrollarlas con mayor extensión por cuanto forman parte importante de las particularidades de la ley en estudio.

3.3.1 Teoría de la Confiscación de los Bienes

Esta teoría surge del texto de Mafalda Revetria, por cuanto entiende que existe una confiscación de bienes por parte del Estado en el momento de pasar a su dominio los bienes que son considerados monumentos arqueológicos según la ley y se encuentran en manos de particulares. Se refiere a una

⁶² GONZÁLEZ, Paola. Art. Cit. p.203

⁶³ GONZÁLEZ, Paola. Art. Cit. p.203

confiscación, marcando la diferencia con el concepto de expropiación debido a la inexistencia de indemnización al propietario del bien.

Esta teoría se encuentra ya pasada en el tiempo, considerando que fue acuñada en los años posteriores a la dictación de la Ley 17.288, sin embargo muestra como se cuestiona la constitucionalidad de esta vigencia partir de los cambios generales que sufrió el ordenamiento jurídico nacional y teniendo en cuenta que la Ley 17.288 surge durante una república de corte socialista donde la visión del Estado interventor no mantenía la posición restringida a la cual se le atañe en la actualidad. El panorama actual del ordenamiento jurídico chileno nos muestra cada vez menos a un Estado expropiador o confiscatorio, regulándose estrictamente dichas figuras. Así se refiere la autora diciendo “en caso de que dichas ruinas u objetos estén dentro de extensiones de terreno de propiedad particular, esta norma es inconstitucional ya que importa una confiscación de bienes, la que en nuestro Derecho solo procede como sanción penal en los casos de asociaciones ilícitas...”⁶⁴

En general cuesta coincidir actualmente con esta teoría, ya que echaría por tierra la protección de la ley a los monumentos arqueológicos, considerando además las soluciones que el ordenamiento jurídico ha dado para otras aéreas del derecho con similares condiciones, según veremos en la teoría siguiente.

3.3.2 Teoría del Dominio Público Especial

El concepto de dominio público especial se encuentra originalmente en nuestro actual Código de Minería, el cual data de la década de los ochenta específicamente Octubre de 1983, y dice relación con el dominio del Estado sobre las sustancias minerales estratégicas que indica el Código de Minería en su Artículo 7, las cuales ingresan como el general de las sustancias minerales al dominio público por el solo ministerio de la ley.

⁶⁴REVETRIA B. Mafalda. Ob. Cit. p.31

Es este concepto el que puede ser duplicado en la legislación cultural, y específicamente en la propiedad pública de los bienes arqueológicos de nuestro país. Así lo sostiene Paola Carvajal, como ya fue señalado en el Capítulo 2 de esta memoria, quien se refiere a esta teoría señalando que “el fundamento de este régimen de propiedad pública de los monumentos arqueológicos radica en que, al igual que en el caso de ciertas sustancias minerales consideradas estratégicas, tales monumentos poseen un valor intrínseco y únicamente bajo tutela directa del Estado pueden ser debidamente protegidos”⁶⁵.

De esta forma, los bienes arqueológicos son de propiedad del Estado, se encuentren donde se encuentren, a pesar de que se encuentren bajo dominio privado. Esto tiene como consecuencia directa la destrucción de la alegación de inconstitucionalidad que hacía referencia Mafalda Revetria en la teoría anterior sobre esta materia. Aun cuando, la extensión de la figura del dominio público especial al área cultural podría parecer excesivamente novedoso, no podemos quitarle valor como argumento a favor de la protección del patrimonio arqueológico en específico, lo cual concuerda con el espíritu general de la Ley 17.288.

3.4 Proyectos de Ley para modificar la legislación cultural

Existen actualmente varios proyectos de ley que tienen por finalidad modificar la legislación cultural relacionada con los monumentos nacionales. En este apartado de esta memoria brindaremos un breve repaso a los proyectos más importantes y las consecuencias que podrían tener en la protección monumental en un futuro.

⁶⁵ **GONZALEZ C.** Paola. “Protección Jurídica del Patrimonio Cultural en Chile: Diagnóstico, Avances y Tareas Urgentes del Estado en esta Materia.” Revista de Derecho Ambiental N°3: p. 115. 2009.

3.4.1 Patrimonio Inmaterial

El 13 de marzo de 2009 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto N° 11 del Ministerio de Relaciones Internacionales promulgó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, otorgándole vigencia en nuestro país. Este decreto llevó a la presentación de una serie de proyectos de ley que tenían por objeto la modificación, actualización y adaptación de la Ley de Monumentos Nacionales a las disposiciones de la Convención recién aprobada.

Dicha Convención de la UNESCO define que se considera, a partir del Decreto N° 11, patrimonio cultural inmaterial en nuestro país, señalando que se considera “patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.”⁶⁶

Así las cosas, estudiaremos dos proyectos de ley al respecto, el primero presentado en Septiembre de 2006 por el Senador Eduardo Frei y Jaime

⁶⁶UNESCO. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, Paris, 1972. Artículo 2 N° 1.

Naranjo, y el segundo presentado en Noviembre de 2008 por el Senador Nelson Ávila.

Ambos proyectos, en el texto de la moción, representan la necesidad de aplicar las recomendaciones de la Convención sobre Patrimonio Inmaterial de la UNESCO a la legislación vigente de nuestro ordenamiento jurídico, haciendo énfasis en la importancia de este tipo de expresión cultural a lo largo del país, aun cuando para la fecha de la presentación de ambos proyectos, no había mediado ratificación de la Convención por parte de nuestro país.

A) Proyecto Frei-Naranjo

Este proyecto promueve la agregación al Inciso 2° del Artículo 1° de la Ley 17.288 del siguiente texto:

“Serán considerados también monumentos nacionales de carácter inmaterial las tradiciones y expresiones orales, las artes del espectáculo (como la música tradicional, la danza y el teatro), los usos sociales rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, así como las técnicas artesanales tradicionales, todos de acuerdo a la definición que hace de ellos la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)”⁶⁷

B) Proyecto Ávila

El proyecto del Senador Ávila va un poco más allá y además de reproducir el texto del proyecto Frei-Naranjo para su agregación al Artículo 1° Inciso 2°, propone sumar una atribución al Consejo de Monumentos Nacionales, respecto al Patrimonio Cultural Inmaterial.

“Reemplácese el numeral cuarto del artículo sexto de la ley 17.288, pasando el actual numeral cuarto a ser quinto y así sucesivamente.

2. Elaborar una política de protección de los monumentos nacionales de carácter inmaterial que comprenda su identificación,

⁶⁷ Nota: Numero de Boletín 4494-04 de 2006

documentación, registro, investigación, preservación, promoción, valorización, transmisión y revitalización.”⁶⁸

Los proyectos presentados han tenido distinto destino, siendo uno archivado en la Cámara del Senado, mientras que el del Senador Ávila aun se encuentra en tramitación, sin embargo la falta de iniciativa por parte del legislativo y ejecutivo para realizar modificaciones a la Ley 17.288 presagia un final similar del proyecto Frei-Naranjo.

3.4.2 El Instituto del Patrimonio

El 1 de Septiembre de 2009 fue presentado a través de un mensaje presidencial el proyecto de ley que crea el Instituto del Patrimonio, el cual actualmente se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados.

Este proyecto tiene por objeto modificar la institucionalidad cultural de nuestro país y le daremos un estudio pormenorizado en las próximas páginas de este trabajo, dada su importancia y magnitud en las modificaciones legales e institucionales, así como la relevancia para el lector el conocer las falencias de la institucionalidad actual que pretende remendar dicho proyecto de ley, lo cual desarrollaremos a continuación.

3.5 Críticas a la institucionalidad cultural

Las principales críticas a la institucionalidad cultural se expresaron en la Comisión de Institucionalidad Patrimonial que encargo en julio del 2006 por parte de la Sra. Ministra de Educación y la Sra. Ministra Presidenta del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA) – y por instrucciones expresas de la Presidenta de la República Sra. Michelle Bachelet expuestas en el Día del Patrimonio del año 2006- de formular una propuesta técnica para el perfeccionamiento de la institucionalidad patrimonial del país y avanzar en el

⁶⁸Nota: Numero de Boletín 6217-04 de 2008

desarrollo de una política patrimonial, concebida como una prioridad dentro de las políticas culturales.

Esta Comisión elaboró un informe final que se dio a conocer en el mes de Abril de 2007, texto el cual estudiaremos y analizaremos, presentando las principales críticas y falencias que expresa la Comisión, agregando evidentemente las que por una razón u otra se omiten en el informe.

La Comisión señala en su informe que “Una nueva propuesta de institucionalidad patrimonial no significa un juicio de valor negativo con relación a las instituciones actuales, sino que por el contrario, la tarea realizada por éstas es la que permite pasar a un estadio superior y actualizado de acción pública en materia de patrimonio.

La DIBAM y el CMN son instituciones antiguas y con tradición y han desarrollado un rol decisivo en la gestión y difusión del patrimonio público, como asimismo en su protección y defensa, y es sobre la base de esa experiencia, que se propone construir la nueva orgánica.”⁶⁹

En dicho informe, la Comisión presenta falencias en la institucionalidad cultural de tipo técnicas, legales y de recursos, lo cual se traduce en una dispersión en el plano operativo que hace inútil los esfuerzos de los órganos actualmente involucrados en la protección y fomento del patrimonio cultural de nuestro país.

No son pocos los que alegan por la falta de presencia regional del Consejo de Monumentos Nacionales, lo cual ha sido “parchado” mediante la creación de una institucionalidad para-legal que considera consejos asesores

⁶⁹**COMISIÓN DE INSTITUCIONALIDAD PATRIMONIAL.** “Propuestas de perfeccionamiento de políticas, instrumentos e institucionalidad patrimonial”, Abril. 2007. P.38.

regionales, los cuales no tienen fundamento en la Ley 17.288 que regula al Consejo de Monumentos Nacionales.

Esta situación se reproduce en otros órganos distintos al Consejo de Monumentos, lo que dificulta la toma de decisiones por parte de las autoridades que dirigen estos órganos administrativos. En la práctica se presentan casos donde el Consejo debe decidir sobre la autorización de modificación de un barrio o zona típica o la declaración de un bien que se encuentra a miles de kilómetros de distancia de su centro de toma de decisiones ubicado en Santiago, lo cual en algunos casos representa una distorsión de las medidas tomadas, sin perjuicio del correcto desempeño de los funcionarios de dichos órganos.

La dispersión operativa no solo dice relación con la ausencia de la descentralización en los órganos propios de la institucionalidad cultural, sino también en una descoordinación entre los distintos órganos en la toma de decisiones. Esto se debe a que en el plano cultural son muchas las leyes y decretos que confluyen desde diversos sectores del ordenamiento jurídico, los cuales dan poder de decisión a órganos como la DIRECTEMAR o los gobiernos regionales, los cuales no mantienen -muchas veces- una comunicación fluida con el Consejo de Monumentos Nacionales. Esto tendrá una expresión práctica en los Capítulos posteriores donde veremos como una contradicción de decisiones entre el Consejo y la DIRECTEMAR ponen en riesgo la conservación de monumentos de tipo arqueológico en el caso Oriflama.

Es evidente la necesidad de una centralización de los esfuerzos en materia cultural, a través de una política pública unificada y ejecutada por un órgano general y con fuerte presencia regional. A esto responde la propuesta de la Comisión de Institucionalidad Patrimonial para crear el Instituto del

Patrimonio como órgano de la administración pública que cumpla con reparar las falencias actuales de la legislación y la institucionalidad cultural.

La Comisión expresa lo anterior señalando que:

“El diagnóstico realizado arrojó, junto a diversos desarrollos positivos registrados en las últimas décadas y años que han implicado una mayor atención a la cultura, al patrimonio y a la infraestructura en la materia, otros aspectos deficitarios que constituyen claros desafíos para su superación. Entre éstos se señalan: una institucionalidad cultural que quedó a medio camino y que muestra a diversas instituciones operando en este campo de modo disperso, la falta de una mirada global del Patrimonio como una política de Estado que canalice la preocupación nacional que comienza a percibirse sobre la materia, lenguas autóctonas que se deterioran, edificios amenazados o destruidos, sitios arqueológicos abandonados, manifestaciones populares subvaloradas, entre otros aspectos.

El país requiere de un esfuerzo vigoroso y ambicioso, de una política patrimonial prioritaria que esté a la altura del desafío. Corresponde al Estado - junto a una política pública abierta, que invite a la participación de toda la comunidad y del sector privado en la tarea patrimonial- asumir un rol activo, de guía, asesoramiento y gestión de recursos, y un compromiso real y permanente en la protección del patrimonio cultural y natural y en la promoción del acceso de todos a su apreciación, vivencia y disfrute.”⁷⁰

3.6 El Instituto del Patrimonio

El 18 de Mayo de 2009 se presentó al trámite legislativo ante la Cámara de Diputados un mensaje presidencial⁷¹, en el cual se contemplaba la creación de una nueva institucionalidad cultural, a partir del nacimiento del denominado “Instituto del Patrimonio” como institución centralizadora de las funciones y atribuciones dispersas en materia cultural con una fuerte presencia en las regiones de nuestro país.

⁷⁰ **COMISIÓN DE INSTITUCIONALIDAD PATRIMONIAL.** “Propuestas de perfeccionamiento de políticas, instrumentos e institucionalidad patrimonial”, Abril. 2007. P.9.

⁷¹ **Nota:**Número de Boletín 6680-24 de 2009.

Esta iniciativa presidencial tiene directa relación con los resultados y observaciones de la Comisión de Institucionalidad Patrimonial, a la cual ya hemos hecho referencia en este trabajo y “de los esfuerzos y acciones concretas iniciadas el año 2005, con la publicación del documento “Chile Quiere Más Cultura, Definiciones de política cultural 2005-2010”, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, tendiente a fortalecer la institucionalidad cultural en Chile.”⁷² , como lo señalan los antecedentes del documento donde se contiene el mensaje.

Vale la pena mencionar que la elaboración de este proyecto de ley tuvo como fuentes inmateriales los modelos comparados de México y Brasil, los cuales se tuvieron a la vista para generar la nueva institucionalidad cultural en los cuales “se pueden distinguir componentes comunes tanto organizativos como funcionales que hemos tenido presentes para la elaboración del presente proyecto de ley.”⁷³

A continuación procederemos a estudiar algunos de los elementos relevantes que presenta este proyecto de ley, que de ser aprobado, modificaría de una manera sustancial el actual panorama de la legislación e institucionalidad cultural.

3.6.1 Objeto del Instituto del Patrimonio

El proyecto de ley fija al Instituto del Patrimonio como el órgano de la administración que tiene por misión “contribuir activamente, y con participación de la comunidad, a la identificación, registro, difusión, valoración, protección, conservación y salvaguardia del patrimonio cultural de la Nación.”⁷⁴, lo cual se ve expresado con el Artículo 2 del proyecto de ley mencionando además que

⁷² **Nota:** Mensaje Presidencial N° 426-357 de Mayo de 2009.

⁷³ **Nota:** Mensaje Presidencial N° 426-357 de Mayo de 2009. P.4

⁷⁴ **Nota:** Mensaje Presidencial N° 426-357 de Mayo de 2009. P.7

tendrá por objeto “la dirección, administración, gestión y coordinación de las bibliotecas, archivos y museos de propiedad del Estado y del patrimonio que custodian.”⁷⁵

3.6.2 Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de este nuevo órgano del estado está mencionada en el artículo 1° del proyecto de ley, en el cual se propone como un servicio público, de tipo descentralizado, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio.

Lo anterior es una consecuencia de dos situaciones; 1) la fusión del Consejo de Monumentos Nacionales y la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos en este nuevo Instituto del Patrimonio y 2) las deficiencias presentes en la institucionalidad actual como la falta de presencia regional de los organismos encargados de implementar las políticas sobre cultura y la falta de independencia que acusaban ambos organismos a la hora de defender sus intereses al depender del Consejo de Defensa del Estado para ser representados judicialmente.

“Artículo 1°.- Créase el Instituto del Patrimonio Cultural, en adelante, también, "el Instituto", como servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

La Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos y el Consejo de Monumentos Nacionales, pasarán a conformar el Instituto del Patrimonio Cultural, con sus recursos y personal, cualquiera sea la calidad jurídica de estos.

El Instituto estará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Educación y tendrá su domicilio y sede en la ciudad de Santiago, sin perjuicio de desconcentrarse territorialmente en Direcciones Regionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 8°.

⁷⁵ **Nota:** Proyecto de Ley que “Crea Instituto del Patrimonio Cultural” Artículo 2 inciso 2°.

El Instituto constituirá un servicio público de aquellos regidos por el Sistema de Alta Dirección Pública, establecido en la ley N° 19.882.”⁷⁶

3.6.3 Atribuciones

Las facultades y atribuciones del Instituto del Patrimonio son divididas en dos, existiendo atribuciones genéricas relacionadas con el objeto del Instituto según hemos visto, y atribuciones específicas como órgano de la administración del Estado y que dicen relación con “en seis grandes categorías: las de diseño y elaboración de políticas; las de investigación y ejecución de estudios; las de coordinación con entidades públicas y privadas; las de ejecución de planes y programas; las de dictación de normativas y fiscalización de bienes culturales; y las de administración de bienes y fondos.”⁷⁷

3.6.4 Modificaciones a la Ley 17.288

Otro de los puntos especialmente relevantes para este trabajo, en cuanto al proyecto de ley, son las modificaciones que plantea sobre la Ley 17.288, lo cual parte por demostrar la decisión del ejecutivo de aquel entonces de “parchar” la ley existente en desmedro de la elaboración de una nueva normativa cultural de fondo, de la forma como se realiza en el ámbito institucional de la cultura.

Estas modificaciones tienen como objeto actualizar la ley, agregando la protección del Patrimonio Cultural Inmaterial según lo dispone la Convención UNESCO que se refiere al respecto, así como derogar las normas y/o partes de la ley en las cuales se menciona y regula el Consejo de Monumentos Nacionales, el cual es absorbido en sus funciones y estructura por el Instituto del Patrimonio.

⁷⁶ **Nota:** Mensaje Presidencial N° 426-357 de Mayo de 2009. P.13

⁷⁷ **Nota:** Mensaje Presidencial N° 426-357 de Mayo de 2009. P.8

En cuanto al Patrimonio Cultural Inmaterial, el proyecto de ley sigue las soluciones presentadas en proyectos de ley anteriores para incorporar esta categoría cultural a la actual Ley 17.288, según hemos estudiado mas arriba. Así las cosas, se propone agregar un inciso al Artículo 1° de la Ley, en la siguiente forma:

“Es misión del Estado también, a través del Instituto del Patrimonio Cultural y en la forma que determina la presente ley, promover la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, el que incluye, entre otras, las tradiciones y expresiones orales, las expresiones artísticas, los usos sociales rituales y actos festivos, los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, así como las técnicas artesanales tradicionales.”

Mientras que a su vez incorpora una nueva categoría de monumentos nacionales a partir de las “Obras Maestras del Patrimonio Inmaterial del país y Tesoros Humanos Vivos”, regulando su declaratoria en la ley reemplazando los actuales Artículos que dicen relación con el funcionamiento del Consejo de Monumentos Nacionales.

El proyecto de ley reconoce a las Obras Maestras del Patrimonio Inmaterial como “las tradiciones y expresiones orales, las expresiones artísticas, los usos sociales rituales y actos festivos, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes, los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, así como las técnicas artesanales tradicionales, que por su valor excepcional sean declarados tales por resolución del Instituto del Patrimonio Cultural”, concepto que responde parcialmente al señalado por la Convención de la UNESCO sobre la materia. Igualmente el proyecto establece ciertas reglas para la declaratoria de esta categoría de monumentos nacionales, especificando la realización de programas de identificación, conservación y difusión de estas Obras Maestras.

3.6.5 Particularidades del Proyecto de Ley

Sin duda alguna la principal particularidad del proyecto de ley que analizamos es la consagración, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, de un concepto claro y preciso de lo que debiese entenderse por “Patrimonio Cultural” el cual se ve reflejado en el Artículo 12 del proyecto, el cual lo define como “el conjunto de bienes materiales e inmateriales a los que la comunidad les atribuye valores a ser transmitidos de una época a otra, o de una generación a las siguientes. Comprende a las formas de expresión, los modos de vivir y de crear, las creaciones científicas, literarias, artísticas y tecnológicas, las obras y expresiones religiosas, los objetos, documentos y demás artefactos producto de manifestaciones artístico-culturales, las edificaciones y conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico y científico.”, el cual se encuentra en consideración a la Convención UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, suscrita en Paris el año 1972, a la cual ya hemos hecho referencia.

Otra de las particularidades que presenta el proyecto de ley, que mas que particularidad se muestra como una franca ventaja, es cumplir con el anhelo planteado en esta memoria de refundir los esfuerzos dispersos en numerosas disposiciones legales; a través de una institucionalidad convocante de la motivación pública por el fomento y la protección del Patrimonio Cultural. El proyecto de ley es una iniciativa valorable por cuanto ordena el panorama de la regulación cultural y aúna potencias en búsqueda de principios que claramente presenta a través de sus incisos y mensajes.

Finalmente cabe mencionar que a la hora de elaborar este trabajo, el proyecto de ley que hemos desarrollado latamente en este acápite, se encuentra aun en tramitación legislativa.

3.7 Tráfico ilícito de bienes culturales

El tráfico ilícito de bienes culturales se presenta como un asunto importante para el caso que analizaremos a continuación, por cuanto representa uno de los peligros a la integridad de los bienes culturales pertenecientes a la nación entera, según lo proclama el texto y el espíritu de la legislación chilena al respecto.

La lógica del tráfico ilícito de bienes culturales no tiene como simple arista la infracción a la ley que deja fuera del comercio a los bienes declarados monumentos nacionales y por lo tanto considerados bienes culturales, sino por el actuar necesario para poner en el comercio dichos bienes. Como es de presumirse, el tráfico ilícito tiene como antecedente previo, por regla general, el robo y destrucción del entorno donde se encuentran dichos bienes culturales, lo cual termina finalmente en el detrimento del mismo bien al caer en manos de privados que no poseen ni les interesa la conservación de dichos bienes.

Otro aspecto del tráfico ilícito es el hecho de desarraigar dichos bienes culturales, expresión de la historia y memoria de nuestro país, del conocimiento público. La comercialización de los bienes culturales pone bajo dominio de los privados, que pueden costear la compra de estos bienes, la memoria que pertenece a cada uno de los chilenos y, por qué no decirlo, de la humanidad entera que tiene el derecho de acceder a conocer estos bienes.

Lo lamentable del asunto es que una vez robados y traficados, los bienes culturales son difíciles de encontrar siendo extremadamente improbable su regreso a manos de las instituciones públicas encargadas de la conservación y promoción de la cultura. A esto contribuye la existencia reconocida de particulares dedicados a la elaborar colecciones privadas a partir de bienes culturales de distintas partes del mundo.

Existen pocos estudios sobre el tráfico ilícito de bienes culturales en el ordenamiento jurídico chileno, sin embargo en ellos se señala que “la destrucción o deterioro de un bien del patrimonio cultural se encuentra pobremente tratado”⁷⁸

La normativa internacional ha regulado este ilícito, entre otros medios, a través de:

- A) La Convención UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales de 1970.
- B) Convención UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, de 1995.
- C) Recomendaciones de la UNESCO sobre el intercambio internacional de bienes culturales de 1976.

Si bien es cierto, la normativa internacional al respecto es considerable y las últimas modificaciones a la Ley 17.288 que establece delitos con penas actuales (ley 20.021), el tema sigue pendiente en Chile, por cuanto no existe una incorporación de dicha normativa internacional ni se aplican los delitos contra los monumentos nacionales y sus penas.

Este tema es de vital importancia en el caso de los monumentos arqueológicos, los cuales requieren de técnicas especiales de extracción y conservación, existiendo casos donde el robo para el tráfico de estos bienes conlleva la destrucción de las piezas y el lugar donde se encontraban, que para los expertos en arqueología, tiene igual o mayor valor que la pieza misma.

Este tópico de la protección monumental y del patrimonio cultural en general tiene aplicación en el caso que analizaremos en los capítulos

⁷⁸**DURÁN M.** Valentina. “Tráfico Ilícito de Bienes Culturales”. Memoria de Título (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2002. P. 44

siguientes, donde se deja entrever la posibilidad de un tráfico ilegal de bienes culturales en el caso de no mediar fiscalización por parte de los órganos del Estado encargados de custodiar dichos bienes. Si bien es cierto, puede que en dicho caso no se aplique este concepto, forma parte de la discusión y parece importante ilustrar al lector sobre el asunto para el cabal entendimiento de este trabajo.

3.8 Propuestas para mejorar la protección del patrimonio cultural

Ya habiendo desarrollado y abordado con mediana profundidad los elementos mas relevantes de la legislación chilena protectora de la cultura material como inmaterial, nos arriesgaremos a presentar una serie de propuestas en pos de un mejoramiento de las falencias que hemos señalado en este trabajo, expresando así las criticas personales a los distintos tópicos impuestos en los capítulos anteriores.

3.8.1 Necesidad de actualizar la Ley 17.288

Al analizar el proyecto de ley sobre la creación del Instituto del Patrimonio mencionábamos la propuesta de actualizar la regulación de los monumentos nacionales haciendo agregaciones y derogaciones a la anticuada ley existente. Esta medida es absolutamente inadecuada por cuanto no son pocos los argumentos y situaciones en la práctica que solventan la necesidad de cambiar por completo la Ley 17.288.

Claramente la Ley 17.288 refleja el espíritu de protección de la cultura material de los años en que fue dictada, pero los parámetros y consideraciones han cambiado en demasía a lo largo de sus años de vigencia. El mismo hecho de haber sido dictada bajo el alero de una Constitución (de 1925) que ha sido reemplazada, los reparos sobre la inconstitucionalidad a la que ha dado lugar y

principalmente las lagunas y deficiencias en su técnica legislativa respaldan la idea de cambiarla en forma general y no modificarla parceladamente.

Se debe plantear una modificación a la Ley que considere la participación de los privados de forma más activa en el desarrollo, cuidado y difusión de los monumentos nacionales y el patrimonio cultural, que le dé poder de intervención a los propietarios en los procedimientos de declaratoria de monumento nacional y que se modifique la discriminación al momento de repartir el dominio de piezas arqueológicas solo a misiones extranjeras y no a misiones nacionales.

Existe la necesidad de poner al tanto la legislación sobre los monumentos nacionales con el resto del ordenamiento jurídico, especialmente con aquellas leyes dictadas con posterioridad a la elección del modelo económico liberal que rige actualmente en nuestro país. Para esto se necesita definir primeramente cual será la política pública del Estado, no solo del gobierno de turno, sobre el cuidado del patrimonio cultural de Chile.

3.8.2 Dictación de normas que eliminen los vacíos legales

Si algo representa globalmente a la legislación cultural en nuestro país, y especialmente respecto a los monumentos nacionales, son los innumerables carencias legales existentes, lo cual se ve representado, por ejemplo en la ausencia de un procedimiento de intervención del propietario en la declaración de monumentos nacionales en la Ley 17.288 o en la no dictación del reglamento que debiese regular aspectos específicos sobre las Zonas Típicas.

Debe ser tarea del legislador llenar dichos vacíos de forma concreta, o de lo contrario dar las atribuciones a un órgano determinado de la administración del Estado, para que imparta mediante instrucciones o circulares que uniformen los aspectos que se encuentran sin solución legal.

3.8.3 Mejoramiento de la institucionalidad

El proyecto de ley que crea el Instituto del Patrimonio es a todas luces un avance gigante con respecto a lo que actualmente tenemos en la institucionalidad cultural, dada la remozada orgánica y la estructura descentralizada que presenta.

Sin embargo, la implementación de este tipo de proyectos debe estar a la altura de las circunstancias y generar así los efectos propuestos en el mensaje presidencial, especialmente en la incorporación de agencias regionales que velen por la protección del patrimonio cultural en todas las zonas de nuestro territorio, brindando mayor poder de fiscalización y un aumento en la cercanía a la población y los problemas particulares que afectan al patrimonio cultural de cada región.

3.8.4 Aumento de los incentivos económicos

Varias han sido las opiniones que han reclamado un aumento en los incentivos económicos para los particulares poseedores de bienes declarados monumentos nacionales.

Ciertamente, el valor de un inmueble puede variar con la declaratoria de Monumento Nacional por parte del Consejo. La obligación legal que representa el cuidado y mantenimiento de dichos bienes puede llevar a un detrimento económico considerable; lo cual ha llevado a hacer la “vista gorda” en la fiscalización de este tipo de obligación por cuanto en muchos casos para los propietarios es económicamente imposible de cumplir.

Al respecto debiese existir una mayor preocupación por crear incentivos económicos para la conservación y restauración de los bienes culturales, ya sea a partir de la inversión pública o privada; ya que solo de aquella forma se puede lograr una efectiva fiscalización del cumplimiento de la obligación legal de

mantener los monumentos por parte de los propietarios, los cuales ya no tendrán la excusa de la imposibilidad económica.

3.8.5 Políticas públicas sobre patrimonio cultural

Este debe ser el punto más importante de las propuestas en materia de patrimonio cultural, ya que si bien es cierto no han sido pocos los esfuerzos de los gobiernos pasados para definir una política global sobre patrimonio cultural, esta aún requiere de precisiones de gran relevancia.

Ya hacíamos referencia a la participación de los particulares en la protección del patrimonio cultural, por cuanto se encuentran prácticamente ausentes tanto de la toma de decisiones como de la ejecución de acciones en pos de dicha protección y difusión. Por esto es necesaria una definición pronta sobre el rol de los particulares en la cultura, considerando que un Estado como el chileno, no posee los recursos necesarios para llevar a cabo, por ejemplo, operaciones de salvataje arqueológico u otro tipo de medidas que requieren de altas inversiones en dinero y trabajo.

La actual legislación en el área de la cultura se encuentra a medio definir entre un sistema donde el Estado controla el patrimonio cultural bajo su costo y un sistema donde se entrega a la iniciativa privada la protección del patrimonio cultural.

A nuestro parecer, debiese haber un retroceso del Estado en ciertas áreas de la protección al patrimonio cultural permitiendo la comunión entre particulares y el Estado para conseguir tres resultados importantes; la conservación del patrimonio cultural, llevar dicho patrimonio al conocimiento de cada uno de los habitantes a través de la educación y la difusión generalizada de los bienes culturales y finalmente, enlazar la promoción de la cultura con las áreas productivas del país, como el turismo.

Aun cuando, la opinión vertida en este acápite puede ser debatida por aquellos que defienden a ultranza la vocación pública sobre la protección del patrimonio cultural, lo cual en ningún caso deja de tener asidero, debe existir consenso en cuanto a exigir una política pública definida, permanente, incondicionada y duradera en cuanto a la cultura, evitando que se revisen todos los mecanismos de protección o la institucionalidad completa con cada gobierno.

Así debería ser tarea de todos debatir sobre lineamientos a largo plazo sobre que queremos para la cultura y la memoria de nuestro país, haciendo a la política cultural de Chile una política de Estado.

CAPITULO IV:

LA PROTECCION MONUMENTAL EN LA LEGISLACION COMPARADA

La protección del patrimonio cultural en general y de los monumentos en particular, ha sido una temática que ha trascendido las Convenciones UNESCO, llegando a plasmarse en la legislación de la mayoría de los países del mundo occidental. Debido a esto que nos vemos en el deber de brindarle al lector una escueta reseña de las legislaciones mas importantes alrededor del mundo que regulan el tema que inspira este trabajo, haciendo énfasis en aquellos países que guardan un mayor interés para nuestro país, y el caso en cuestión, ya sea por cercanía territorial o temporal con nuestro país y nuestra Ley sobre Monumentos Nacionales.

De esta forma mostraremos las soluciones que los ordenamientos jurídicos de España, México, Paraguay, Perú, Francia y Argentina han dado a la problemática de la promoción y protección del patrimonio cultural, haciendo énfasis en el concepto de bienes culturales de cada legislación, los derechos u deberes para los propietarios de los bienes, la institucionalidad entorno a los monumentos y el financiamiento que propone cada ordenamiento para la conservación y protección de los bienes culturales.

4.1 España

La legislación española regula la protección de los monumentos nacionales mediante la “Ley del Patrimonio Histórico Español” N° 16/1985 del 25 de junio de 1985.

Dicha Ley gira en torno al concepto del Patrimonio Histórico Español, el cual se ve definido su Artículo 1º incorporando a dicho concepto “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico.”

La Ley del Patrimonio Histórico Español responde al mandato constitucional de los Artículos 46 [“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.”] y 44 de la Constitución Española de 1978 [“1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”]

La regulación española protege tanto muebles como inmuebles y establece categorías de bienes similares a las que realiza la legislación chilena, dividiéndose en 5:

- 1) Monumento: bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal que tengan interés histórico, artístico, sensoriales o botánicos.
- 2) Jardín Histórico: espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos.

- 3) Conjunto Histórico: agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.
- 4) Sitio Histórico es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.
- 5) Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.⁷⁹

La Ley en estudio igualmente incluye dentro de su ámbito de protección, al patrimonio documental y bibliográfico bajo una categoría diferenciada a las cinco ya señaladas.

En cuanto a la institucionalidad, en España se establece un Consejo del Patrimonio Histórico (Artículo 3) el cual vigila la protección de los monumentos en forma genérica, incorporando además una serie de órganos de la administración pública central y regional para el asesoramiento de dicho Consejo. Sin perjuicio de lo anterior, son “organismos competentes para la

⁷⁹ Véase Artículo 15 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985.

ejecución de esta ley los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del Patrimonio y los de la Administración del Estado, cuando se indique de modo expreso o cuando resulte necesario para proteger el patrimonio.”⁸⁰

En cuanto a las obligaciones del propietario del bien cultural afectado estas guardan estrecha relación con las entregadas por la Ley chilena sobre la materia, sin embargo vale la pena mencionar la mayor extensión de la cobertura y exactitud de la ley española en cuanto a los deberes de custodia y conservación, dando con esto una mejor eficacia en la práctica. Deberes como el de permitir la inspección periódica de los bienes muebles o inmuebles afectados es muestra de las herramientas que brinda explícitamente esta ley para la protección monumental. Así, haciendo un parangón entre la ley chilena y la española, esta última contiene mayor especificidad aun cuando coincide en los criterios generales de la norma chilena, abordando de esta forma la principal crítica de texto que se le puede brindar a esta última; esto es el tratamiento generalizado de temas que requieren de mayor detalle.

El financiamiento de la protección monumental se aborda en la legislación española en su título VIII “De las medidas de fomento”, utilizando diversas fórmulas, siendo la principal la del Artículo 68.1 que señala “.En el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno.” A esto se suman fórmulas de incentivo tributario y sobre donaciones que se ven presentes en la legislación chilena igualmente.

⁸⁰CABEZA. M. Ángel y SIMONETTI. Susana. “Legislación Comparada de Patrimonio Cultural.”. En: Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales N°13, 1996. P.8.

4.2 México

Los Estados Unidos Mexicanos regulan la protección monumental a través de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas de 1972, siendo junto con la legislación española sobre el tema, una de ley comprehensiva y detallista a la hora de normar situaciones relativas a la protección de los bienes culturales del país, específicamente sobre las implicancias patrimoniales de los bienes afectados.

Se entiende por bienes culturales a los monumentos arqueológicos, artísticos, históricos y zonas de monumentos determinados expresamente por la ley y que sean declarados como tales de oficio o a petición de parte. La declaratoria de monumento está a cargo del mismísimo Presidente de la República, tal como lo estipula el Artículo 5 de la Ley.

Así las cosas, la legislación mexicana reconoce las siguientes categorías monumentales:

- a) Monumentos Arqueológicos: bienes muebles e inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento de la hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, de la flora y de la fauna, relacionados con esas culturas. (Artículo 28)
- b) Monumentos Artísticos: bienes muebles e inmuebles que revistan valor estético relevante. La misma Ley señala los criterios para identificar dicho valor estético relevante. (Artículo 33)
- c) Monumentos Históricos: bienes vinculados con la historia de la nación, a partir del establecimiento de la cultura hispánica en el país, en los términos de la declaratoria respectiva o por determinación de la Ley. (Artículo 35)

d) Zonas de Monumentos: Existen zonas de monumentos por cada una de las categorías anteriores. La Ley se refiere a ellas como la comprensión de varios monumentos de la misma categoría en un espacio determinado o con una relación determinada. (Artículo 37-41)

La institucionalidad que provee la Ley en estudio para la protección monumental se deriva del Artículo 3, el cual señala las autoridades encargadas de la ejecución de los preceptos de la Ley, aludiendo a:

- I.- El Presidente de la República;
- II.- El Secretario de Educación Pública;
- III.- El Secretario del Patrimonio Nacional;
- IV.- El Instituto Nacional de Antropología e Historia;
- V.- El Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura y
- VI.- Las demás autoridades y dependencias federales, en los casos de su competencia.

A esto debemos agregar la Comisión Nacional de Zonas y Monumentos Artísticos, que se crea a partir del mandato del Artículo 34 de la Ley.

En cuanto a las obligaciones del propietario, como comentábamos anteriormente, la Ley se preocupa de brindar un amplio detalle de las condiciones patrimoniales de los bienes afectados. Como en todas las legislaciones que hemos revisado, la obligación de conservación permanece en el ordenamiento mexicano, con la siguiente particularidad; se le otorga al Instituto competente la posibilidad de actuar en pos de la conservación del bien cultural, cuando el propietario no la realice, accionando el cobro mediante la Tesorería de la Federación, lo cual se presenta como una herramienta de gran utilidad para evitar el abandono y/o destrucción de los bienes culturales

afectados como monumentos. Así mismo se contempla el deber de solicitar autorización en los casos de modificación o alteración de los bienes afectados, yendo la legislación, en este caso, mucho más allá de lo lógico, afectando con este deber de autorización de la autoridad competente en los casos de intervención de bienes próximos al bien cultural en el caso de que dicha modificación pueda significar un desmedro del bien cultural.

4.3 Perú

La protección monumental se encuentra contemplada por el ordenamiento jurídico peruano en la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación de 1985. Dicha ley define al Patrimonio Cultural en su Artículo 1° inciso 2° correspondiendo a “los bienes culturales que son testimonio de creación humana, material o inmaterial, expresamente declarados como tales por su importancia artística, científica, histórica o técnica. Las creaciones de la naturaleza pueden ser objeto de igual declaración.”

Entre las particularidades de esta ley se encuentra la presunción de bien cultural, que yace en el Artículo 2 de la misma. Esta se refiere a todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, ya sean de propiedad del Estado o en manos de particulares que tengan origen en las épocas prehispánicas, virreinal o republicana de la historia del Perú, y que tengan la importancia señalada por el Artículo 1°.

La legislación peruana divide los bienes culturales, según el Artículo 4 de la Ley, en inmuebles: a) sitios arqueológicos, b) edificios y demás construcciones de valor artístico, científico, histórico técnico; y c) conjuntos y ambientes de construcciones, urbanos o rurales, que tengan valor. (Símil de las Zonas Típicas)

En cuanto a la institucionalidad cultural, la Ley crea un Consejo del Patrimonio Cultural de la Nación en su Artículo 9, con una composición similar al del Consejo de Monumentos Nacionales chileno. Dicho ente tiene como atribución el otorgamiento de autorizaciones de construcción y conservación, difusión del patrimonio cultural, aprobar proyectos de expropiación basados en el Artículo 5 de la Ley, entre otras. Sin perjuicio de lo anterior existe en Perú la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación que velan por la protección del patrimonio bibliográfico y documental, junto con el Instituto Nacional de la Cultura que vigila el patrimonio arqueológico, así como las manifestaciones inmateriales de cultura, como idiomas nativos o tradiciones orales.

Las limitaciones impuestas sobre el uso y goce de un bien afectado por declaratoria de patrimonio cultural de la nación siguen los mismos lineamientos que los seguidos por Chile, obligando al propietario a la conservación de los bienes. Sin embargo el Artículo 5 de la Ley en estudio nos presenta una particularidad, al autorizar la declaratoria de utilidad pública para la expropiación de un bien cultural que se encuentre en riesgo de abandono o destrucción.

Los beneficios que otorga el Estado peruano a los propietarios de bienes culturales incluyen rebajas tributarias en impuestos específicos sobre el bien, tanto como a su transferencia, siempre y cuando esta se efectúe dentro de los marcos dados por la Ley. Igualmente se incorpora beneficios a las donaciones con carácter cultural, en términos similares a la fórmula utilizada por el legislador chileno.

4.4 Paraguay

Es la Ley N° 946/82 de Protección de los Bienes Culturales de 1982 la que provee protección y regula los bienes culturales monumentales. Al contrario de las legislaciones de España y México que resaltan por su regulación detallada, la legislación paraguaya se presenta como una ley marco, breve y general, lo cual no atenta contra la cobertura de protección de los bienes culturales.

El concepto de bien cultural es configurado por el Artículo 4, el cual versa de la siguiente manera:

“Artículo 4.

Son bienes culturales bajo la protección de esta ley, los pertenecientes a la época pre-colonial, colonial y al periodo de la independencia, y en particular, al de los gobiernos del Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, Don Carlos Antonio López y Mariscal Francisco Solano López, que se mencionan seguidamente:

a) los monumentos, ruinas, templos, sepulcros, edificios públicos y privados de interés histórico o cultural;

b) restos paleontológicos, arqueológicos, antropológicos, etnográficos e históricos;

c) libros, manuscritos, periódicos, mapas, grabados, fotografías y documentos históricos o culturales;

d) obras y colecciones científicas y técnicas;

e) colecciones numismáticas, filatélicas, heráldicas y de armas;

f) obras pictóricas, esculturas, muebles y otros objetos con valor histórico, que los hagan valiosos a los fines de esta ley;

g) los lugares, objetos y accidentes de la naturaleza que por valor histórico-cultural ameriten ser puestos bajo la protección de esta ley;

h) los lugares y fortificaciones históricos, en particular los de las batallas de Cerro Mbaé y Tacuary, los de la Triple Alianza y Guerra del Chaco, así como las armas, uniformes, documentos y otros objetos que sean reliquias de ellas; e,

i) las poblaciones o partes de ellas que conserven tradiciones o aspectos peculiares de la cultura nacional; y los lugares típicos, pintorescos y de belleza natural que merezcan ser mantenidos sin sufrir alteraciones.”

Los bienes culturales poseen protección, ya no desde la declaratoria como ocurre en las legislaciones ya vistas, sino que mediante su inscripción en el inventario correspondiente, debiendo declararse solo aquellos bienes de tipo inmaterial descritos en el Artículo 5 de la Ley.

Así mismo, de la lectura de la Ley y en especial del Artículo 4, la normativa paraguaya no incluye la división en categorías de los bienes culturales protegidos, lo cual demuestra la generalidad de esta misma.

En cuanto a la institucionalidad, la Ley señala la creación de la Dirección General de Bienes Culturales dependiente del Ministerio de Educación y Culto junto con un órgano asesor denominado Consejo de Bienes Culturales compuesto a la usanza de la legislación chilena, aun cuando se compone de 6 miembros de ámbitos ad hoc con la conservación monumental. (Artículo 13)

Como ya es natural a esta altura del análisis, la legislación paraguaya otorga al propietario el deber de conservar el bien cultural, aun cuando emula la formula mexicana de restauración estatal contra cargo del propietario. Esto se equilibra con los escasos beneficios que otorga la ley al propietario privado, siendo la principal manifestación de esto, el “apoyo” que debe brindar la Dirección General de Bienes Culturales a los propietarios que no tengan la situación económica suficiente para cubrir los gastos de reparación y conservación, así como las ya tradicionales, en el derecho comparado, rebajas tributarias.

CAPITULO V:

EL CASO DEL NAVIO “ORIFLAMA”

El estudio de la legislación sobre patrimonio cultural y los monumentos nacionales si bien se ha visto llevado a la práctica en múltiples ocasiones, existen escasas situaciones donde la solución que se pueda brindar pueda llevar a cuestionar los principios de toda la legislación, dada la magnitud de los temas a tratar. Así se puede ver numerosas colisiones entre los fines públicos y privados en cuanto a protección monumental se trata. Sin embargo, la intervención de la actividad empresarial y económica en estos últimos años, en sectores como la cultura, ha llevado a que existan alrededor del mundo -y hasta hace unos pocos años en Chile- una segunda perspectiva acerca de la legislación monumental, donde los límites de lo público y privado parece desfallecer ante el consenso y la necesidad de actividad conjunta que merecen ciertos desafíos entre el sector público y el privado,

La legislación sobre monumentos nacionales, así como las instituciones estatales para la protección del patrimonio cultural, en ciertas ocasiones mantenía un rango de acción limitado a la promoción y protección de dicho patrimonio de la destrucción por parte de sus propietarios. No obstante, el avance de las ciencias, las nuevas tecnologías, los nuevos horizontes mercantiles, junto con los significativos cambios sociales que ha experimentado la sociedad chilena y el mundo entero desde la década de los setentas –fecha de la dictación de la actual Ley de Monumentos Nacionales- ha llevado al surgimiento de casos como el que analizaremos a continuación, en los cuales la protección monumental se ve enfrentada a uno de sus desafíos más grande.

El Caso del Oriflama es un caso de renombre que ha tocado de manera importante el tema de los monumentos en Chile, específicamente de los monumentos arqueológicos, teniendo en cuenta el potencial geográfico y la historia de nuestro país. A su vez su importancia surge de la suma de intereses, tanto públicos como privados que ven en este caso la oportunidad de hacer negocios millonarios, popularidad electoral, bienestar de pueblos y ciudades del país o el robustecimiento de la cobertura a los bienes culturales de nuestro país.

En este capítulo brindaremos un paneo general a la historia del galeón español que actualmente es el foco de la controversia, los intentos para localizarlo y evaluar sus especies y finalmente describiremos la “batalla legal” que ha generado la posible extracción y dominio de las especies encontradas bajo el mar de nuestro país.

5.1 Historia del Navío “Oriflama”

El navío Oriflama fue construido para la Armada francesa en la ciudad mediterránea de Toulón, lugar donde se emplazaba el principal astillero de Francia y el refugio de la escuadra de guerra de dicho país. Su construcción es obra del ingeniero Pierre Blaise Coulomb, siendo botado al mar en el año 1743. Las dimensiones del navío eran 41,3 metros de eslora; 40,18 metros de quilla, 10,78 metros de manga; 4 metros de plan (aproximados); 5,16 metros de puntal y 1,72 metros de entrepuentes.

Su función era eminentemente militar, formando parte de la Armada Francesa. Mantenía una artillería considerable para la época, con 56 cañones en total, distribuidos a lo largo del buque. (Primera batería, segunda batería y alcázar)

El Oriflama formó parte de las batallas contra la Real Armada Inglesa, conflicto en el cual fue capturado por los ingleses en 1761, siendo transformado en buque mercante por parte de la marina inglesa. No existen datos del paso del Oriflama por manos inglesas, sin embargo se subentiende que dicho periodo no fue muy extenso, dado que el navío siguió denominándose como los franceses lo habían bautizado.

Fue entre 1761 y 1762 que por órdenes del Rey Carlos III de España, el gobierno español pasa a tomar posesión de los barcos ingleses que se encontraban anclados en sus puertos, a raíz de la escalada bélica que se producía por ese entonces entre ambos bandos. Así fue como, a pesar de mantener su calidad de barco mercante, el Oriflama fue rebautizado pasando a llamarse “Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo”.

Finalmente, el navío fue subastado, adjudicándosele la compañía Juan Baptista de Uztars, hermanos y compañía, que como es de suponerse practicaba el comercio entre España y Nueva España. Es en razón de esto último que entre los años 1763 y 1768 el navío es utilizado en varios viajes a América, zarpando de Cádiz (España) hacia Veracruz (México), La Habana (Cuba) y Lima (Perú).

Los investigadores han determinado su último viaje con fecha 18 de febrero de 1770 con destino el puerto de El Callao en el Perú virreinal, zarpando -como era habitual- desde el puerto de Cádiz. La embarcación estaba capitaneada por Joseph Antonio de Alzaga con una tripulación fijada en 176 personas y una carga considerable. Se ha calculado que el Oriflama transportaba cerca de 628,5 toneladas de mercaderías en su último y fatal viaje hacia América.

Entre las especies que cargaba el navío, se encontraban 1738 cajones que contenían preciosos objetos de cristalería provenientes de La Granja de

San Ildefonso, por encargo del Rey, para ser vendidos en el virreinato del Perú. El valor de la cristalería en la España del siglo XVIII y sus colonias eran elevadísimos, existiendo un mercado formal y otro no despreciable basado en el contrabando.

El infortunio del Oriflama vino aparejado de dos factores: 1) el climático, toda vez que las evidencias de la época señalan una serie de cambios climáticos durante el siglo XVIII debido al fin de una pequeña era glacial y un aumento de las temperaturas de la tierra, lo que trajo consigo fuertes tormentas y variaciones climáticas especialmente en zonas como el Estrecho de Magallanes, y 2) los castigos propios de los viajes desde Europa a las colonias indianas, el frío, la hambruna hacían frecuentes las enfermedades como el escorbuto que se producía por la escasa ingesta de vitamina C por parte de los tripulantes de los buques mercantes que venían hacia América en aquella época, los cuales se mantenían con una dieta excluyente de frutas y verduras. Entre la tripulación del Oriflama se contaban ya 106 enfermos graves y 78 muertos que habían sido echados al mar durante la travesía, dejando solo a 30 hombres para la conducción de la navegación del navío, con lo que no daban a basto.

La última vez que se vio al Oriflama fue ya frente a las costas chilenas fue el 25 de Julio de 1770 entre los puertos de Concepción y Valparaíso, siendo avistados por el navío español San Joseph, alias El Gallardo, quien al identificar al Oriflama envía un bote para abordarlo y verificar su situación ante la falta de respuesta de este último a los avisos y banderas de señales transmitía el San Joseph. Fue cuestión de tiempo para que los miembros del San Joseph se percataran de la malograda situación del Oriflama, solicitando inmediatamente los pertrechos y asistencia necesaria para acudir en la ayuda de los tripulantes enfermos y dar rumbo al buque hacia un puerto. Sin embargo, mientras se realizaban estas maniobras de ayuda, un fuerte del viento norte alejó al

Oriflama del San Joseph impidiendo que el bote retornara con las provisiones para el Oriflama. Tras una persecución rumbo al sur, el Oriflama se perdió, siendo visto con dirección al Puerto de la Concepción de Penco, razón por la cual el San Joseph desistió en seguirlo y continuó su viaje hacia Valparaíso.

El día 27 de Julio de 1770, el navío mercante Oriflama naufraga frente a las costas de la actual Región del Maule en la desembocadura del río Huenchullami, cercano a Curepto.

Posterior al naufragio, el Capitán Feliciano Lottelier divisó al navío cerca de la costa y procuró asistir a los 8 sobrevivientes que se encontraban en el barco, sin embargo una tempestad durante las horas siguientes llevó a los restos del Oriflama a fracturarse, dispersarse y hundirse en un amplio radio por las aguas cercanas a la costa.

Como era de pensarse, los restos del Oriflama, compuestos por las mercaderías que transportaba llegaron en una parte considerable a la orilla, siendo literalmente saqueados los cajones que contenían ropas y enseres manufacturados en Europa para el consumo de la aristocracia peruana virreinal. Tampoco fueron pocos los esfuerzos de la autoridad en recuperar dichas mercancías, motivados primeramente en la existencia entre el cargamento del barco, de la cristalería de alto valor. Así fue como se nombró un Comisionado para recuperar las mercancías, recayendo sobre el corregidor de Maule Ramón Antonio del Pedregal la responsabilidad de dirigir misiones para extraer los cajones que aún se encontraban dispersos hacia el norte y sur del sitio del naufragio, así como buscar y despojar a los saqueadores de las especies sustraídas. Incluso se llegó a publicar avisos que amenazaban con la excomunión a los que incurrieran en robos y ocultación de especies provenientes del cargamento que transportaba el Oriflama.

En los meses siguientes al naufragio se sucedieron las comisiones encargadas de recuperar los productos del naufragio, manteniéndose hasta principios de 1771 el periodo de búsqueda bajo el mando de distintas autoridades, enviadas algunas de ellas por el mismo virrey del Perú Manuel Amat.

A pesar de los grandes esfuerzos de las autoridades, solo se recuperaron una pequeña parte de los cajones que transportaba en navío mercante, ya que nunca se logró dar con la bodega principal del barco. Los restos que pudieron ser identificados fueron embarcados hacia Lima en el navío “Nuestra Señora de las Caldas” sumándose solo 272 cajones, siendo entregados a sus propietarios en noviembre de 1771.

Así las cosas, la mayor parte de las mercancías del Oriflama aun se encuentran sumergidas en la zona de su naufragio y su valor histórico resulta inmenso. Sin duda alguna, los objetos sumergidos frente a la localidad actual de Curepto, representan un valor económico dentro de los círculos especialistas en esta área, como coleccionistas y museos privados, lo cual choca evidentemente con la función protectora del patrimonio cultural que tiene nuestra legislación monumental, lo cual analizaremos más adelante.

5.2 Arqueología submarina y el hallazgo del Oriflama

El naufragio del Oriflama se había convertido parte del folclor de la zona costera del centro sur de Chile existiendo algunos mitos sobre el destino desafortunado de la embarcación española en las costas nacionales, asimilándolo a la mitología del Caleuche o barco fantasma que luego de un final parecido al del Oriflama se decía a aterrar las costas de la isla grande de Chiloé.

Esta leyenda del Oriflama se vino abajo cuando en 1998 se comienzan a conocer los resultados de la primera investigación histórica documental sobre la existencia del Oriflama y su destrucción bajo el oleaje invernal. Dicha investigación fue de iniciativa privada, siendo particulares los que lograron precisar el sitio del hundimiento basado en la historia del naufragio estableciendo las dimensiones y características de construcción del navío, los detalles de su cargamento, los trabajos de rescates emprendidos por las autoridades de la época y estimar el valor de las especies posiblemente encalladas en la desembocadura del río Huenchullami.

Posteriormente se procedió a una serie de investigaciones en terreno, que tenían como finalidad diseñar la metodología de prospección para encontrar la ubicación exacta de los restos del Oriflama, lo cual se llevó a cabo durante los primeros meses de 1999 dando lugar a un informe sobre la prospección de los restos del navío, que vio la luz en Abril del mismo año.

La tarea de encontrar al Oriflama ciertamente no fue nada de fácil, trayendo con esto la necesidad de utilizar métodos propios de la arqueología submarina, subacuática o naval, siendo esta una disciplina de escaso conocimiento en nuestro país hacia fines de la década pasada. La arqueología subacuática –como se le llama en la actualidad por aquellos que la practican– nace recién a partir de la década de 1960 con la recuperación de un navío sueco hundido en 1628 en Estocolmo, situación que se replica posteriormente en las costas de Chipre. La dificultad que representa intervenir espacios ubicados a varias decenas de metros bajo el mar lleva a la necesidad de aplicar una serie de herramientas tecnológicas a la arqueología, lo cual se puede ver en la cantidad de informes geológicos, oceanográficos y meteorológicos en la preparación de los trabajos de prospección en la zona del hundimiento.

La importancia que puede llegar a cobrar la disciplina de la arqueología subacuática en nuestro país a raíz de este hallazgo puede ser inimaginable, toda vez que no son pocos los que afirman la existencia de decenas de embarcaciones sobre el lecho marino contiguo a las costas de nuestro país, como el primer submarino chileno “Flach” o varios de los buques mercantes que sucumbieron antes las marejadas de la rada de Valparaíso.

El derecho no escapa de estas innovaciones, existiendo una incipiente regulación acerca de los objetos derivados de naufragios históricos, siendo la Convención de la UNESCO sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático la principal de ellas, complementada por la Carta Internacional del ICOMOS (*International Council on Monuments and Sites*) sobre la preservación y gestión del patrimonio cultural subacuático aprobada en octubre de 1996 bajo el alero de la ICUCH (*International Comite on Underwater Cultural Heritage* o Comité Internacional sobre Patrimonio Cultural Subacuático). Sobre esto volveremos mas adelante.

5.3 La sociedad Oriflama S.A

La sociedad anónima denominada Oriflama surgen, según sus representante legal José Luis Rosales, como una iniciativa privada de un “grupo de amigos” para la búsqueda de la fragata Cape Horn, desaparecida en las mismas circunstancias que las del navío Oriflama igualmente en las costas de nuestro país. Sin embargo, la investigación de dicha fragata llevó al hallazgo de información relevante acerca del naufragio del Oriflama, que cargaba a su vez con un mayor número de cajones que a su vez poseían objetos de mayor valor, tanto económico como científico arqueológico.

Se constituyó así la Oriflama S.A el día 8 de mayo de 2001, con “el propósito de aunar esfuerzos y voluntades para desarrollar un proyecto de

investigaciones conducentes al descubrimiento del pecio y su rescate arqueológico”.⁸¹

El directorio de la sociedad, al momento de escribirse esta memoria, se encuentra constituido por el abogado Daniel Mackinnon, los empresarios Edmundo Martínez y Carlos Cardoen, el historiador Carlos Bascuñán y el ex Almirante de la Armada de Chile Hernán Couyoumdjian.

El propósito de esta empresa es doble, primero lograr la aventura de rescatar un galeón español de carácter único y de alta valía para la historia de dicha época, y segundo el hecho no menor de obtener una ganancia de dicho hallazgo. Esto se demuestra con su constitución en forma de Sociedad Anónima, ya que de no existir esperanzas de un lucro futuro la forma de organización de este “grupo de amigos” debió haber sido distinta, sin perjuicio de ser la sociedad anónima por antonomasia el mejor modelo para obtener fondos para grandes inversiones, como la que representa rescatar el Oriflama.

Al hablar de ganancias y de posible comercialización, las miradas de cualquiera se dirigiría hacia el contenido de los miles de cajones que se encuentran en las costas chilenas, junto con los restos del Oriflama. Y ciertamente no se equivocaría, sabiendo la existencia de piezas de cristal provenientes de la Real Fábrica de Cristal de La Granja de San Ildefonso, ubicada en la provincia de Segovia, España y construida en el siglo XVIII. En la actualidad, dicha fábrica sigue produciendo cristalería de alto valor, donde cada pieza de cristalería cuesta desde \$70 a \$1000 euros (\$49.000 a \$700.000 pesos chilenos) dependiendo de su tamaño y adornos, que en algunos casos contiene oro o metales preciosos. Por lo tanto es dable pensar que piezas de dicha fábrica, con una antigüedad de casi 300 años, como las que se encontrarían en los cajones del Oriflama, deben multiplicar varias veces el valor

⁸¹**Nota:** Información obtenida del Informe Arqueológico “El navío Oriflama: investigación arqueológica del pecio”. Presentada al Consejo de Monumentos Nacionales. Año 2002.

de una pieza de cristalería de dicha fábrica en la actualidad, haciéndonos hablar de un monto aproximado de mas de 500 euros por pieza.

Es por lo antes mencionado que la aventura emprendida por esta sociedad no deja de ser significativa, ya que si bien es cierto la inversión es elevada (\$17 millones de dólares aproximadamente), la chance de ganancia es considerable.

Estas cifras aproximadas, nos servirán para evaluar posteriormente las propuestas que realiza la empresa al Estado representado por el Consejo de Monumentos Nacionales.

CAPITULO VI:

DESARROLLO JURÍDICO DEL CASO DEL NAVÍO “ORIFLAMA”

El hallazgo de los restos del navío mercante “Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo”, alias “Oriflama” ha dado paso a una larga confrontación entre el Estado, representado en este caso principalmente por el Consejo de Monumentos Nacionales al que hacíamos referencia en el Capítulo II de este trabajo, y los particulares que por iniciativa propia han realizado a su costo los trabajos investigativos para dar con el paradero final de la embarcación.

El problema se puede reducir a si los restos del navío son de dominio de los privados que lo han encontrado a su coste y riesgo o forma parte del patrimonio cultural de nuestro país, por lo cual debiese ser protegido por la legislación vigente y por ende de propiedad exclusiva del Estado de Chile, bajo las condiciones de dominio vistas en el Capítulo III de esta memoria.

Sin embargo, en los hechos la situación no se ha visto con la simplicidad que aquí reproducimos, ya que este ha sido un proceso eminentemente administrativo, difuso y extendido en el tiempo, llevando ya aproximadamente 12 años, sin que se haya logrado un acuerdo para la extracción definitiva de los restos.

Para un entendimiento completo de las circunstancias que conforman esta cuasi “batalla legal” entre el estado y los privados, procederemos a brindar un panorama general de cómo el asunto del Oriflama se ha llevado delante de las diversas autoridades competentes para el caso.

6.1 La génesis del problema legal sobre el Oriflama.

El Caso Oriflama propiamente tal comienza en 1998 cuando el Sr. Mario Guisande solicita la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales para realizar una prospección sin extracción de material del sitio de la desembocadura del río Huenchullami donde se presumía que se encontraba el Oriflama, siendo otorgada por dicho órgano. En estos trabajos se encuentra la ubicación exacta del navío, como ya lo hemos mencionado en el acápite anterior. En 1999, una vez realizada la prospección y los trabajos tanto en terreno como documentales, se solicita una autorización de extracción, pero esta vez con la finalidad de extraer los restos náufragos del Oriflama.

El 8 de Octubre de 1999 el Decreto Exento N°311 del Ministerio de Educación declara monumento histórico el patrimonio cultural subacuática de más de 50 años de antigüedad, existentes en el fondo de los ríos y lagos, de las aguas interiores y del mar territorial. En dicho Decreto Exento se hace alusión a lo que manifestábamos unos párrafos mas arriba, señalando “que nuestro país posee un patrimonio histórico subacuático de gran relevancia, debido a lo extenso de sus costas y mares, lagos y ríos, en los cuales gran cantidad de naves, embarcaciones menores, aeronaves y otros artefactos han naufragado o que por diversas causas se encuentran bajo el agua o enterrados en playas y riberas, cuya protección es responsabilidad del Estado de Chile”⁸² haciendo hincapié en que “la conservación, investigación y difusión de dicho patrimonio será de gran utilidad para la educación de todos los chilenos”⁸³. Este Decreto hace mención expresa de los “restos de buques, aeronaves, otros vehículos o algunas de sus partes, su carga o su contenido, en conjunto con su entorno arqueológico y natural”⁸⁴ en su literal b).

⁸² Decreto Exento N° 311 del Ministerio de Educación. 1999.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ídem.

En Julio de 1999 la DIRECTEMAR o Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante dependiente de la Armada de Chile, autorizó a Guisande para la extracción de los restos del Oriflama con un plazo de 1 año. Esto significó un traspie en la posición del Consejo de Monumentos Nacionales, el cual alegó ante la DIRECTEMAR la derogación de la autorización fundando su solicitud en la declaración de patrimonio histórico derivada del Decreto Exento N° 311 del Ministerio de Educación. Aquí se produce una descoordinación administrativa que se extendería por 2 años, donde por una parte el Consejo de Monumentos autoriza solo las prospecciones sin extracción, cuidando que no se pierdan de alguna forma los objetos que son parte del patrimonio cultural del país, mientras que por otra parte la DIRECTEMAR otorga permisos para sondeos y recolección de material superficial.

Una vez encontrado el lugar del naufragio y avanzados los trámites para obtener las autorizaciones de los órganos administrativos competentes, se constituye la Sociedad Anónima Oriflama, con fecha 8 de Mayo de 2001. En la actualidad forman parte de esta sociedad empresarios como Carlos Cardoen famoso por la venta de armas desde y fabricadas en Chile a Irak en su guerra contra Irán en la década de los ochentas, Carlos Bascuñán quien es yerno del ex Presidente de la República Patricio Aylwin y el ex Jefe del Estado Mayor de la Armada de Chile, Hernán Couyoumdjian. Esto marca la introducción de un nuevo factor al caso, esto es, la intervención de empresarios en el asunto lo que implica una intención, por parte de los privados, de obtener cierto lucro a partir de la comercialización de los restos del navío Oriflama. Esto produce un robustecimiento de la posición del Consejo de Monumentos Nacionales para tomar las solicitudes de la sociedad con una mirada mucho más celosa por las intenciones que estas puedan contener.

Las decisiones contrapuestas del Consejo de Monumentos Nacionales con las de la DIRECTEMAR continúan en 2003, lo que lleva a solicitar consultas

a la Contraloría General de la República por parte del Sr. Mario Guisande, por cuanto el órgano dependiente de la Armada de Chile tenía la intención de otorgar permiso de extracción de los restos del Oriflama, lo cual se vio obstaculizado por el Decreto Exento del Ministerio de Educación antes reproducido y la legislación sobre monumentos nacionales de la Ley 17.288. La Contraloría dictamina en 2004 que el Oriflama se encuentra en la playa de la séptima región, por lo cual no se encontraría bajo los supuestos del Decreto Exento N° 311 del Ministerio de Educación, abriéndose aún más el debate sobre la calidad de monumento nacional de los restos del Oriflama. El dictamen finaliza señalando que “para atribuir el carácter de monumento histórico a especies de esa clase ubicados en lugares distintos de los señalados sería necesario un decreto que así lo consigne, dictado de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley N° 17.288”⁸⁵ remitiendo el caso a la Ley y dejando de lado el Decreto Exento N° 311.

Lo anterior lleva al Consejo de Monumentos Nacionales a afirmar que los restos del Oriflama, por encontrarse en la playa, serían monumentos arqueológicos amparados por la Ley N° 17.288 en su Artículo 21. Por lo cual, la empresa Oriflama S.A debía obtener el permiso del Consejo para intervenir el sitio del naufragio y extraer sus restos.

Ante la nebulosa que se genera a partir de las decisiones contradictorias de los órganos ya mencionados, la DIRECTEMAR otorga finalmente un permiso para la extracción de los restos del Oriflama en Septiembre de 2006.

El caso llega a los tribunales penales en abril de 2007 cuando el arqueólogo Nelson Gaete presenta una denuncia ante Carabineros de Curepto por excavación ilegal, esto es intervenir el sitio del naufragio sin el debido permiso de la autoridad competente. El asunto era si el permiso de la

⁸⁵ Dictamen de la Contraloría General de la República N°24887 de 2004.

DIRECTEMAR era suficiente para realizar la extracción de los restos, o correspondía una autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, según la Ley N° 17.288. Dicha causa se archivó provisionalmente por decisión del Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Licantén. La empresa Oriflama S.A, mediante su representante legal Sr. José Luis Rosales solicitó al Juez de Garantía competente el sobreseimiento de la causa basándose en que no había habido una formalización respecto de los hechos y la inexistencia de oposición por parte del Consejo de Defensa del Estado, siendo el órgano encargado de representar al Estado ante los tribunales teniendo en cuenta que el Consejo de Monumentos Nacionales no cuenta con personalidad jurídica propia ni patrimonio propio. El tribunal declaró extinguida la acción penal.

En esta parte del Caso se evidencian las fallas en la institucionalidad dedicada a la protección del patrimonio cultural en nuestro país, toda vez que el Consejo de Defensa del Estado nunca se presentó en la causa antes señalada para alegar los derechos del Estado sobre los restos, la contradicción en las decisiones del Consejo de Monumentos Nacionales y la DIRECTEMAR y la falta de seguimiento de la situación por parte del Consejo de Monumentos, toda vez que se pone en conocimiento a través de la prensa, según consta en el expediente llevado por el propio Consejo de Monumentos Nacionales, acerca de la obtención por parte de la Sociedad Oriflama S.A de la propiedad de los restos del navío a través de una sentencia del Juzgado de Letras de Licantén - el cual falla contrariando todas las regulaciones acerca del patrimonio cultural en nuestro país- además de los derechos del naufragio por resolución de la DIRECTEMAR.

Esta situación antes descrita lleva a que desde 2007 hasta el día de hoy se pase a un periodo de constantes conversaciones entre los miembros de la sociedad y el Consejo de Monumentos, diálogos a partir de los cuales se ha logrado conocer los verdaderos propósitos de la sociedad. Según consta en el

oficio N° 4304 del Consejo de Monumentos Nacionales con destino a la Ministra de Educación, en ese entonces, Mónica Jiménez de la Jara, la empresa Oriflama S.A “no reconoce la condición de monumento nacional de este sitio (haciendo referencia al naufragio del Oriflama), ni la potestad del Consejo de Monumentos Nacionales sobre él, siendo los restos depositados ahí de su propiedad.”⁸⁶ Así también se deja entrever el requerimiento de “una retribución, que es una ganancia legítima y no un lucro”⁸⁷ sobre la comercialización de los restos del Oriflama, mostrándose dispuestos a llegar a un acuerdo de cooperación entre la sociedad y el Consejo, toda vez que se encuentran dispuestos a entregar el 50% del producto de la extracción al Consejo, comercializando el otro 50% restante y formando un museo itinerante con algunas de las piezas más representativas.

El 11 de Junio de 2008 se lleva a cabo una de las sesiones del Consejo de Monumentos Nacionales donde se reproducen los puntos antes señalados y se produce una exposición por parte del representante legal de Oriflama S.A los cuales señalan “que la Sociedad tiene 7 años de vida y a la fecha han invertido un millón de dólares en el proyecto. Las etapas siguientes -de recuperación de los restos del navío- cubrirán los aspectos arqueológicos, históricos y de conservación. Agregan que es la primera vez que se aborda el rescate de un naufragio de manera tan seria; esto es lo más importante que se ha hecho en esta materia después de Vidal Gormaz. Para hacerlo de manera adecuada, estiman dos años de trabajo a un costo de 15 a 20 millones de dólares, para lo cual requieren conseguir esos fondos. Para financiar la operación plantean la venta de parte del material que recuperen.”⁸⁸ Ante esta situación el Consejo de Monumentos Nacionales decide no negociar con la sociedad Oriflama S.A dado

⁸⁶ Oficio N° 4304 del Consejo de Monumentos Nacionales.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Acta de la Sesión del 11 de junio de 2008 del Consejo de Monumentos Nacionales.

que no reconocen la competencia del Consejo en este caso y solicitan un informe al Consejo de Defensa del Estado sobre el caso y sus implicancias.

El 8 de Agosto de 2009 se realiza una fiscalización al sitio del naufragio para verificar si se habían realizado trabajos de extracción y excavación de los restos del Oriflama, no detectándose actividad alguna, por lo cual se solicitó a la DIRECTEMAR no renovar la autorización para extraer restos.

En Junio de 2009 el Gerente General de Oriflama S.A solicita a la Contraloría General de la República que clarifique si los restos del Oriflama son monumento arqueológico o no, a lo cual dicho órgano solicita la opinión del Consejo de Monumentos Nacionales. La respuesta del Consejo informa que “las especies naufragas provenientes del naufragio “Oriflama”, hundido en 1770 son Monumento Arqueológico”⁸⁹ estableciendo en la practica el principio de Dominio Especial sobre los monumentos arqueológicos que hiciéramos referencia en pasajes anteriores de esta memoria, toda vez que expresa que “todo yacimiento arqueológico existente en el país, así como las piezas de estas características, son Monumento Nacional en la categoría de Monumento Arqueológico por el sólo ministerio de la Ley... Es así que los restos náufragos del Oriflama y los objetos provenientes de él que han permanecido en el área del naufragio, son Monumento Arqueológico por el sólo ministerio de la Ley.”⁹⁰

6.2. Informe del Consejo de Defensa del Estado

El Consejo de Defensa del Estado se pronuncia sobre el caso Oriflama en Agosto de 2009 mediante Ordinario N° 04579, a petición del Consejo de Monumentos Nacionales derivado de la sesión del 11 de Junio de 2008 del mismo Consejo. Este informe incorpora un estudio completo de las aristas legales del caso desde su inicio, abarcando la validez de las sentencias

⁸⁹ Oficio N° 3027 del Consejo de Monumentos Nacionales. 2009.

⁹⁰ Ídem.

judiciales acerca de los restos del naufragio, la legalidad de las autorizaciones de los organismos administrativos y resuelve la cuestión sobre si los bienes derivados del naufragio y el sitio donde este ocurrió son o no monumento nacional.

El informe del Consejo aclara una serie de puntos que es interesante analizar:

6.2.1 La sentencia del tribunal de Curepto.

Resta validez a la sentencia dictada el 27 de Enero de 2005 donde el Juzgado de Letras de Curepto resuelve declarar la prescripción adquisitiva ordinaria a favor de la empresa Oriflama S.A sobre “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”⁹¹. Al respecto el Consejo de Defensa del Estado señala que: a) que Oriflama S.A no existía al momento de otorgarse el primer permiso de extracción al Sr. Mario Guisande, razón por la cual no pudo detentar la tenencia material de ningún objeto proveniente del navío, b) que Oriflama S.A no tenía título de dominio alguno sobre los restos, c) Oriflama S.A sabía que los restos y el sitio del naufragio constituían monumento arqueológico, perteneciendo al Estado, d) no había transcurrido el plazo de posesión necesaria que exige la ley para declarar la prescripción adquisitiva ordinaria a favor de la empresa, ya que el primer permiso de extracción otorgado por la DIRECTEMAR es posterior a la presentación de la demanda, e) la sentencia no individualiza ni cuantifica los bienes bajo posesión de la empresa y f) la demanda no contenía la individualización del demandado y fue notificada de forma irregular.

⁹¹**Nota:** Sentencia del Juzgado de Letras de Curepto, con fecha 27 enero de 2008.

Al ser de propiedad del Estado, cualquier juicio que recaiga sobre bienes considerados monumentos arqueológicos deben tramitarse de acuerdo a las reglas del Código de Procedimiento Civil para los Juicios de Hacienda, los cuales deben ser conocidos por un juez de letras de asiento de Corte, lo cual, evidentemente no es cumplido por el Juzgado de Letras de Curepto, siendo incompetente de conocer dicha causa e incluso así, no se rigió por el procedimiento establecido por la ley para el caso.

En consideración de los argumentos presentados anteriormente, el fallo del Juzgado de Letras de Curepto le es inoponible al Fisco, esto es, carecen de fuerza vinculante u obligatoriedad por parte del Estado, para el cual, los objetos siguen siendo parte de su Patrimonio por cuanto la Ley así lo declara. Dicha inoponibilidad puede hacerse valer en forma de excepción en cualquier juicio en sede civil.

6.2.2 Naturaleza Jurídica de las Especies Naufragas.

El informe señala que el dominio de las especies náufragas está regulado por diversas fuentes normativas como el Código Civil en sus artículos 635 y siguientes, la Ley de Navegación (Decreto Ley 2.222), el Decreto 156 de Marina (Febrero de 1961) que aprueba el Reglamento de Concesiones Marítimas. Este último Decreto, que aún sigue vigente, define lo que se conoce por especies naufragas en su Artículo 1° numeral 15 señalando que son “las naves, sus efectos muebles, su aparejo y carga que se encuentre a la deriva en la superficie de las aguas, o que hayan sido arrojadas a las playas de mar, ríos o lagos”⁹² o “que se encuentren a pique en el fondo del mar, ríos o lagos”⁹³ en el caso de los restos náufragos.

⁹² Decreto N° 156 de Marina. Artículo 1°

⁹³ Ídem.

En el informe se señala que “por razones de jerarquía, especialidad y temporalidad, la Ley de Monumentos Nacionales, número 17.288,... tiene primacía por sobre lo dispuesto en el decreto 156 de 1961, en caso de producirse algún conflicto interpretativo entre las disposiciones de ambos textos”.⁹⁴

Finalmente, el Consejo de Defensa del Estado hace expresa referencia a la calidad de monumento arqueológico de los bienes provenientes del Oriflama, toda vez que así lo señala la definición de la Ley de Monumentos Nacionales en su Artículo 21 y lo reitera la Comisión de Institucionalidad Patrimonial formada en 2006 por la ex Presidenta Michelle Bachelet para perfeccionar la institucionalidad existente. Igualmente analiza el estado de la ciencia arqueológica en cuanto a si esta “considera dentro de su objeto de estudio a una embarcación de las características y de la data de la que nos ocupa (el Oriflama)”⁹⁵

6.2.3 Consecuencias jurídicas de la condición de monumento arqueológico de los restos del navío Oriflama.

El Consejo de Defensa del Estado señala en su informe que “los monumentos arqueológicos pertenecen al Estado por el solo ministerio de la Ley. Se trata de bienes nacionales por su propia naturaleza, que solo pueden ingresar al dominio privado excepcionalmente mediante cesión autorizada por el Consejo de Monumentos Nacionales, como dispone el Artículo 25 de la Ley 17.288.”⁹⁶

De este modo los monumentos arqueológicos no están en el comercio humano, no pudiendo ser objeto de relaciones jurídicas privadas y su

⁹⁴ Informe del Consejo de Defensa del Estado. Ordinario N° 04579 de 2009. P. 8.

⁹⁵ *Ibíd.* P. 10.

⁹⁶ *Ibíd.* P. 10.

enajenación o transferencia adolece de objeto ilícito según lo dispone el Artículo 1464 número 2 del Código Civil.

La única forma de adquirir el dominio de piezas que son monumentos arqueológicos son, según el Artículo 25 de la Ley de Monumentos Nacionales, mediante la existencia de una misión científica extranjera que realice los trabajos con autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, siéndole entregadas las piezas posterior a la selección y distribución hecha por el mismo Consejo, las cuales no pueden superar el 25% de lo extraído.

6.3 La propuesta final de Oriflama S.A.

El 14 de Septiembre de 2009 la empresa Oriflama S.A a través de su representante legal Sr. José Luis Rosales, hace llegar al Consejo de Monumentos Nacionales una “Propuesta Oriflama al CMN”, junto con un “Proyecto de Recuperación de los pecios del Navío Oriflama” elaborado por un experto en arqueología e historia.

En dicho documento se dan a conocer aspectos técnicos y concretos del proyecto que tiene en mente la empresa, teniendo en cuenta que sus fundamentos sobre el dominio de los restos del Oriflama han sido derribados por el informe del Consejo de Defensa del Estado, que analizamos anteriormente.

La empresa hace referencia al costo del proyecto de inversión, cifrando la inversión en unos US\$17.000.000 aproximadamente, de los cuales ya se han gastado “US\$400.000 y más de 27.000 horas hombre en estudios y trabajos relacionados a la búsqueda y ubicación del ex navío Oriflama”⁹⁷. Dichos costos serian soportados por la empresa en su totalidad, al igual que el riesgo de la extracción de los restos, sin representar gasto alguno para el Estado.

⁹⁷ **Nota:** Propuesta Oriflama al Consejo de Monumentos Nacionales, Septiembre de 2009. P. 1.

Así mismo ofrece un acuerdo de distribución de las piezas entre la sociedad Oriflama S.A y el Estado representado por el Consejo de Monumentos Nacionales. Se implementa un sistema de puntajes para cada especie y objeto del Oriflama que se rescate, otorgando mayor puntaje a las piezas de mayor importancia y calidad, determinado por tres peritos o expertos designados uno por cada parte y el tercero por común acuerdo.

De la totalidad de los puntos asignados a cada pieza, se distribuirán en porcentajes de 75% para el Estado de Chile y un 25% para la empresa Oriflama S.A a su libre disposición. Esta configuración de la distribución no se aleja en demasía a la señalada por la Ley de Monumentos Nacionales, sin embargo la empresa establece un usufructo en su favor por el 50% de las piezas asignadas al Estado por un periodo de 60 años, con el objeto de reembolsar gastos propios de la “ejecución integral del proyecto”⁹⁸. Con dichos objetos bajo usufructo, la empresa podrá –según el acuerdo- “desarrollar proyectos educativos, turísticos, científicos, artísticos y culturales (con y sin fines de lucro)”⁹⁹.

Por otra parte, los bienes en poder del Estado tendrían la calidad de Monumento Nacional si el Consejo de Monumentos Nacionales así lo estima, mientras que los bienes asignados a la sociedad no tendrán dicha calidad, pasando a ser parte del comercio humano según lo mencionado en el Informe del Consejo de Defensa del Estado.

Finalmente, el documento presentado por la sociedad deja de manifiesto el destino de las especies, siendo estas llevadas; unas a un museo representativo del naufragio del Oriflama en la comuna de Curepto, en el centro cívico de dicha localidad; y otras a un museo de sitio en la playa La Trinchera donde se depositaran las piezas más grandes y difíciles de movilizar sin poner

⁹⁸ **Nota:** Propuesta Oriflama al Consejo de Monumentos Nacionales, Septiembre de 2009. P. 2.

⁹⁹ Ídem.

en riesgo su deterioro. Ambos museos estarían, a pesar de lo señalado por la ley, a cargo de la sociedad Oriflama S.A y no bajo la autoridad de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM) como es prescrito por la ley. Aun cuando el costo de construcción y mantención de estos será de parte de la sociedad.

6.4 Análisis de las implicancias de la propuesta de Oriflama S.A

Cuando comenzábamos a analizar el caso, hacíamos referencia a la importancia que contenía para la protección del patrimonio cultural de nuestro país y es en este acápite de nuestro trabajo, donde esto se transforma en una realidad, debido no solo a los factores que ya se han mencionado o se pueden inferir de los párrafos anteriores de esta memoria, sino por el concepto de precedente, que en un caso como este, se puede establecer para el actuar futuro tanto de los privados como de la administración.

La propuesta de la sociedad Oriflama S.A, ha sido estudiada por los diversos órganos de la administración -que de un modo y otro- tienen injerencia en la decisión sobre el destino final de los restos del navío naufragado. Esto se debe a la importancia del caso, las elevadas sumas en inversión que en un comienzo se encuentran en juego y el prestigio de la institucionalidad cultural de nuestro país.

El Consejo de Monumentos Nacionales ha sido el órgano de la administración que ha llevado adelante la mayor parte del proceso, siendo la contraparte visible a la sociedad Oriflama S.A y por ello, de su seno sale el análisis más completo y detallado sobre las propuestas de la sociedad mencionadas anteriormente. De esta forma, la Comisión de Patrimonio Arqueológico que forma parte del Consejo, señala al menos 5 razones de peso para rechazar la propuesta de Oriflama S.A, las cuales pasamos a analizar.

- A) La propuesta se muestra abiertamente contraria a la legislación nacional sobre patrimonio arqueológico, contenida en la Ley de Monumentos Nacionales y su Reglamento. Toda vez que realiza una distribución de los restos del Oriflama de una forma totalmente distinta a la establecida en el Artículo 25 de la Ley.
- B) De aprobarse el proyecto, se incentivaría la búsqueda de tesoros de forma ilegal, tomando en cuenta la escasa capacidad de fiscalización que posee el Estado en cuanto a la arqueología subacuática.
- C) El proyecto no asegura mediante antecedentes fidedignos la debida conservación de los restos, que por sus características intrínsecas, son de extrema fragilidad
- D) El apoyo de este proyecto por parte del Consejo de Monumentos Nacionales vincularía a un órgano del Estado con una iniciativa comercial orientada al lucro, lo cual atentaría fuertemente contra el prestigio nacional e internacional del Consejo.
- E) Se instalaría un precedente para la presentación de solicitudes de extracción de restos arqueológicos de idéntica índole, poniendo en riesgo la propiedad del Estado sobre dichos bienes, que a su vez son propiedad de todos los chilenos.

Ciertamente el asunto no es pacífico entre los que se encuentran al tanto de este caso, lo cual es obvio dada la importancia del caso y la relevancia de los bienes físicos y conceptos jurídicos que están controversia.

En el próximo capítulo analizaremos con mayor profundidad las consecuencias directas e indirectas de las posibles soluciones al caso, abordando las argumentaciones posibles de cada posición para que, sin perjuicio de la opinión propia expresada de esta memoria, el lector pueda tomar parte en esta discusión.

6.5 Aspectos anexos al caso del Oriflama

Cuando hablamos de la infinidad de factores que confluyen en este caso, nos estamos refiriendo específicamente a este apartado del trabajo, es decir, a los aspectos anexos al caso del Oriflama. Es menester ir mas allá de la perspectiva económica y cultural que hemos seguido a lo largo de los capítulos para darnos cuenta del panorama que dejan el caso en la zona donde se encuentra el naufragio.

Sin duda alguna es parte del proyecto de extracción de la sociedad Oriflama S.A, el hecho de generar externalidades positivas derivadas del rescate de los restos del navío Oriflama, configurando así una fuerte demostración de vinculación con la comunidad, ganando su apoyo que en un proceso administrativo representa un grupo de presión a favor de la concesión de autorizaciones para las actividades de la sociedad en la zona.

Para analizar esta variante del caso debemos tener en cuenta que la comuna de Curepto, ubicada en la VII Región del Maule, al noroeste de la Provincia de Talca, con una población aproximada de 10.810 personas¹⁰⁰ que se dedican específicamente a la agricultura de legumbres, la industria forestal y en menor medida a la ganadería. El efecto que puede tener una inversión de tamaña dimensión, como la que se propone realizar la sociedad Oriflama S.A puede traer una serie de oportunidades valiosísimas para una localidad como Curepto.

La propuesta de la sociedad considera la construcción de dos museos, uno en la localidad de Curepto y otra en la zona costera donde se produjo el naufragio, lo cual transformaría a esta pequeña ciudad de nuestro país en un importante polo turístico cultural. Los ingresos derivados el turismo cultural pueden llegar a ser un importante factor para el crecimiento de la comuna,

¹⁰⁰**Nota:** Información extraída a partir del Censo realizado por el INE en 2002.

considerando las experiencias similares a lo largo del país. Sin ir más lejos, uno de los socios de la sociedad Oriflama S.A (Carlos Cardoen) ha sido reconocido en múltiples ocasiones por su apoyo a las comunas de la VII Región del país, toda vez que ha contribuido a la realización del Tren del Vino en Colchagua y el Museo Histórico de Vichuquén.

Lo anterior no tiene en cuenta la importancia que podría tener para la comuna la utilización de mano de obra local en la construcción y obras necesarias para la extracción del navío, así como la connotación nacional que lograría la zona debido a la extracción del navío español, hecho nunca antes visto en la historia moderna de nuestro país.

Con todo lo señalado, podemos decir que a pesar de la serie de reparos que mantiene el Consejo de Monumentos Nacionales para la aprobación de un proyecto como el mencionado en este trabajo, existe una serie de externalidades positivas que tienen un alcance concreto y práctico en los habitantes de la zona del naufragio.

CAPITULO VII:

SOLUCIONES, OBSERVACIONES Y CONCLUSIONES DEL CASO

Como lo señala el título de este capítulo, dividiremos el desarrollo de este en diversas áreas. Hablaremos así sobre las soluciones posibles a la controversia entregando una opinión fundada sobre el caso, abordando posteriormente las consecuencias de dichos escenarios expresados; para finalmente brindar una serie de observaciones que implican un análisis de las particularidades del caso desde el punto de vista legal y económico ante la posibilidad de ratificación por parte del Estado chileno a la Convención sobre Patrimonio Subacuático de la UNESCO, para finalizar con una pequeña reseña sobre las conclusiones que se han expuesto a lo largo de este trabajo.

7.1 Soluciones y escenarios posibles

Sin lugar a dudas, el caso del Navío Oriflama tendrá en el ámbito de la protección de los bienes arqueológicos una gran importancia, razón por la cual no es en vano destacarlo como un precedente relevante para el futuro de la disciplina arqueológica y la protección del patrimonio cultural.

Es por esto que la solución que finalmente se llegue a aplicar a este caso, tendrá repercusión, no solo en la legislación nacional sobre protección monumental, sino también en otros ámbitos distintos al cultural, como el turismo, economía, y ciencias afines.

Al respecto hemos diseñado tres soluciones o “escenarios” según los intereses en juego, por parte de los particulares, el Estado y el público en general que tiene el derecho de conocer su patrimonio cultural. De esta forma,

procederemos a explicar cada una de las alternativas a la hora de resolver el destino final del navío Oriflama.

7.1.2 Solución a favor del Estado

Esta alternativa de conclusión del caso contempla la negativa de los órganos del Estado con atribuciones sobre el patrimonio cultural, y en especial el arqueológico, para extraer los restos del navío malogrado. Siendo esta una solución apoyada por una parte del gremio arqueológico, y en especial de los que se desempeñan en el Consejo de Monumentos Nacionales, los cuales apoyan en cierta forma una política de “no extracción”.

La intervención cero implica la no extracción de los restos del Oriflama, dejándolos en el lecho marino por el resto de los años, fomentando la difusión de su historia a través de incursiones a la zona, pero sin otorgar las autorizaciones a la sociedad Oriflama ni a particular alguno para levantar objetos naufragados.

A nuestro parecer, la tendencia de no intervención es completamente anacrónica e ilógica desde el punto de vista de la promoción y extensión del patrimonio cultural chileno por cuanto se privaría a los ciudadanos chilenos y extranjeros de conocimiento que implica la extracción de los restos del Oriflama desde la bahía de Curepto y desde el punto de vista económico por cuanto el rescate de los restos del Oriflama impulsaría actividades económicas derivadas del turismo que podrían servir como motor para una zona alejada de las grandes ciudades y con escaso valor patrimonial. Por esto, este escenario merece ser desechado por su escaso aporte a acrecentar el patrimonio cultural de nuestro país, teniendo en cuenta que el hecho de dejar un vestigio de tamaño importancia bajo el mar por “amor a la ciencia” no genera utilidad alguna para el cumplimiento de los fines propios de las organizaciones e instituciones tanto públicas como privadas encargadas de la difusión cultural.

Dentro de este mismo escenario existe otro factor, que es la posible extracción de los restos por parte del Estado, en una operación de salvataje costada con dinero proveniente de arcas fiscales y dirigida por los expertos del Consejo de Monumentos. Sin embargo, esta solución, que contemplaría denegar las autorizaciones a la sociedad Oriflama y realizar cuantiosas inversiones en tecnología inexistente en la actualidad dentro de nuestro país, reunir profesionales calificados para la extracción que son escasos en Chile como los arqueólogos subacuáticos y lo que más dinero conlleva, la conservación de las piezas extraídas para su posterior exposición. Debemos entender que la inversión a realizar para la ejecución de una labor así podría significar para el Estado, la imposibilidad de destinar cuantiosos recursos a sectores con mayores necesidades, lo cual acotaría o más bien dicho llevaría a cero las chances de rescatar el Oriflama en un esfuerzo eminentemente público.

Así las cosas, llevar a cabo el proyecto presentado por la sociedad Oriflama S.A, podría costarle muchísimo dinero al Estado de Chile, y considerando el carácter eminentemente aleatorio de una actividad como esta, sería una inversión que ningún gobierno estaría dispuesta a hacer y menos en la situación socioeconómica en la que se encuentra el país.

Por las razones ya expuestas, creemos que dar una solución donde el Estado tome control de todos los restos del navío Oriflama, sería prácticamente imposible y se aleja del horizonte y espíritu que contempla la difusión del patrimonio cultural, aun cuando el ordenamiento jurídico chileno según los argumentos señalados en el informe del Consejo de Defensa del Estado, otorga la totalidad de los restos del Oriflama al Estado de Chile. Y aún es más, en la actualidad, son pocas las actividades económicas e incluso sociales donde el Estado soporte los costos totales de aquella; siendo “pan de cada día” los

acuerdos público-privado para efectuar grandes y medianos proyectos en muchos ámbitos como obras viales, salud o educación.

7.1.2 Solución a favor de Oriflama S.A

Por otra parte se encuentra la alternativa de reconocer la iniciativa privada de la sociedad Oriflama, brindándole el apoyo gubernamental para rescatar los restos del Oriflama desde las costas chilenas, aceptando la propuesta de septiembre de 2009 realizada por la empresa a los organismos del Estado encargados del caso ya sea en su totalidad o en su esencia.

Obviamente aceptar las condiciones de Oriflama S.A mantendría una serie de reparos por parte de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico chileno, que aun cuando este requiere de ciertos cambios para su adaptación a la realidad contemporánea, mantiene plena vigencia en nuestro territorio. Esto no deja de ser un tema baladí, por cuanto aceptar las condiciones fuera de las consideraciones legales, incentivaría el surgimiento de una mercantilización del patrimonio cultural, un fenómeno muy temido dentro de las esferas afines a la protección del patrimonio cultural, lo que claramente alejaría la difusión cultural de las personas.

Incluso yendo un poco más lejos, no podemos desentender las posibles opiniones de sectores determinados de la política nacional que podrían elaborar fuertes reproches en el caso de contrariar la legislación vigente mediante un acuerdo Estado-privado, por cuanto el sentido de lo colectivo tiene en Chile una fuerza que en el caso de aceptarse las condiciones de Oriflama S.A. No sería de extrañar la posibilidad de investigaciones ante la Contraloría General de la República o comisiones investigadoras en el parlamento para cuestionar una decisión al respecto en este sentido.

Pero por otra parte, y en el lado positivo del escenario, de cumplirse a cabalidad las propuestas de la sociedad se daría paso a una situación nunca antes vista en la historia de nuestro país; el rescate de un galeón español con la historia que tiene el Oriflama sería una experiencia que enriquecería grandemente tanto a la región como al país, en cuanto a cultura se trata. La posibilidad de sacar el navío desde el fondo del mar generaría beneficios no menores en la zona del naufragio y permitiría a los chilenos o extranjeros, adentrarse en la historia colonial de América, con el consiguiente incremento del patrimonio cultural disponible, así como la difusión cultural que existiría de concretarse un proyecto de tamaño calado.

Además, esto abriría las puertas para que los privados lleguen a invertir en el fomento de la cultura, aceptando por parte del Estado el lucro en este ámbito.

Así también, debemos señalar los beneficios económicos y sociales que atraería a la comuna de Curepto la llegada de visitantes a la zona para involucrarse en la historia de este galeón lleno de historias y mitos. Las ventajas para una zona como la adyacente al sitio del naufragio para ser impulsada como un polo de desarrollo cultural en el centro sur del país podrían ser bien aprovechadas mediante circuitos turísticos y el apoyo a las labores de extracción.

7.1.3 Solución de la excepción

Finalmente existe, como en casi todas las cosas, una alternativa ecléctica o intermedia, siempre presente en la doctrina legal, la cual aplicada al caso implica darle al caso un tratamiento excepcionalísimo, reconociendo que la legislación vigente no contemplaba inversiones tan elevadas en materia de patrimonio cultural ni la posibilidad de rescatar desde el fondo marino un navío de la antigüedad que presenta el Oriflama. Esta alternativa trae consigo un

acuerdo entre las más altas autoridades del Estado y los representantes de la sociedad para fijar líneas de cooperación que permitan la extracción del navío con participación de funcionarios y expertos del Estado y del ámbito privado, repartiéndose las ganancias según lo señala el Artículo 21 de la Ley 17.288.

Para esto, la sociedad Oriflama S.A debe configurarse bajo el alero de una misión científica extranjera, la cual permita una distribución de los restos del Oriflama en un 25% para los privados y un 75% para el Estado. Así también, del 75% correspondiente del Estado, debe fijarse un acuerdo estratégico entre los actores anteriormente señalados, para elaborar el mejor programa de conservación y difusión del patrimonio cultural que sea posible, no dando la espalda a la posibilidad del lucro en el ámbito cultural, pero manteniendo por parte del Estado, una posición proactiva en pos de fiscalizar y supervisar a través de los organismos especializados en materia cultural las actividades de los privados y las ganancias que pudiesen obtener. Es decir, una especie de concesión supervigilada para la conservación y difusión de los restos del Oriflama.

Damos a esta solución el epíteto de excepcional debido a que responde claramente a las deficiencias de la legislación, las cuales debiesen desaparecer una vez solucionado este caso, evitando así que se llegue a problemas similares en un futuro, y reconociendo que las circunstancias que rodean a este caso son del todo únicas. De lo contrario caeríamos en lo que hacíamos mención en la solución pasada; o sea, brindar el incentivo para que se llegue a una mercantilización total de la cultura donde los privados actúen sin el control del Estado.

7.2 Consecuencias

Las consecuencias derivadas de la resolución del caso pueden ser variadas y evidentemente dependerán de la alternativa que se escoja,

entendiendo que yace en el Estado la posibilidad de elegir entre cuál de las alternativas dar curso.

Pero si algo es evidente, es que una vez finalizado este caso, existirán menos argumentos a favor de mantener el actual sistema regulatorio del patrimonio cultural. Es obvio que se requiere mayor trabajo en elaborar soluciones actuales a problemas como estos, lo cual implica necesariamente un cambio de legislación o quizás una adaptación de la actual legislación a los tiempos que corren, según hemos señalado a lo largo de toda esta memoria.

Si bien es cierto, se le debe reconocer a la actual Ley de Monumentos Nacionales su vigencia durante cuatro décadas, la implementación de una institucionalidad estable preocupada de la protección monumental, y la fortaleza de ciertas disposiciones que se mantienen a lo largo del tiempo debido a la innovación presente en el legislador de 1970, existen sectores que deben ser regulados, eliminando los vacíos legales y otorgándole mayor fuerza vinculante a una parte del derecho del cual se tiene poco conocimiento.

La mejora legislativa puede ir por la construcción de una nueva legislación y la institucionalidad asociada a esta, como se pretende en el caso del proyecto de ley del Instituto del Patrimonio; o mediante una serie de cambios a la legislación actual incorporando básicamente criterios que permitan la solución a casos como el del Oriflama, así como de ciento de otros conflictos donde el patrimonio cultural se ve amenazado o restringido.

7.3 La Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuática

El año 2001 la UNESCO aprobó la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático a partir de la reunión 31° de la Conferencia General de dicho organismo internacional derivado de la ONU.

En dicha Convención, se reconoce el valor del patrimonio cultural subacuático, como parte del patrimonio cultural de la humanidad y “elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común”.¹⁰¹ Igualmente se hace alusión en el “*chapeau*” de dicha Convención sobre “el creciente interés y aprecio del público por el patrimonio cultural subacuático”¹⁰² así como la “disponibilidad de tecnología de punta que facilita el descubrimiento del patrimonio cultural subacuático y el acceso al mismo”¹⁰³.

La Convención brinda una definición amplia sobre lo que debe considerarse patrimonio cultural subacuático, señalando que “se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como: i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y iii) los objetos de carácter prehistórico.”¹⁰⁴. Así las cosas, los restos del navío Oriflama deben ser considerados patrimonio cultural subacuático según lo señalado en la Convención, por cuanto debiese regir sus disposiciones en su caso.

Sin embargo, Chile no ha ratificado aún esta Convención de la UNESCO, por lo cual las disposiciones en ella expresada malamente podrían tener una aplicación práctica en el caso del Oriflama.

¹⁰¹ UNESCO. Convención la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Paris, Noviembre de 2001.P. 2

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ UNESCO. Convención la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Artículo 1.

Sin perjuicio de lo anterior, en el hipotético caso de llegarse a ratificar por parte del Estado chileno la Convención en cuestión, el panorama del caso Oriflama sería diametralmente distinto. Y sería distinto debido a que existiendo la ratificación de una Convención UNESCO en nuestro país, esta ligaría a Chile con la normativa internacional sobre el patrimonio cultural subacuático, restando poder de maniobrar en la legislación interna para llegar a una solución en la cual los privados puedan ser parte de la extracción y conservación de los restos del Oriflama.

La situación, de verse ratificada la Convención, cambiaría por cuanto el Artículo 2 de dicho texto internacional en su numeral séptimo señala que “el patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial” lo que restringiría la posibilidad de obtener lucro por parte de los privados que decidan hacer inversiones en rescatar navíos desde las costas chilenas. Esto va en directa relación con el deber del Estado contratante de cooperar en la protección del patrimonio subacuático, así como preservarlo en beneficio de la humanidad.

Es mas, la Convención va más allá de la prohibición de la explotación comercial del patrimonio cultural subacuático, disponiendo que “cada Estado Parte adoptará medidas destinadas a la incautación de elementos de patrimonio cultural subacuático situado en su territorio, que haya sido recuperado de una manera no conforme con la presente Convención”. Lo antes transcrito no deja de parecer importante, toda vez que dispone que en caso de extracción ilegal de los restos del Oriflama, el Estado deba accionar para su incautación, lo cual está acorde a lo mencionado en la Ley 17.288 sobre los monumentos arqueológicos.

Por otra parte, la Convención exige a los Estados la sensibilización del público para que este “tome conciencia del valor y de la relevancia del

patrimonio cultural subacuático, así como de la importancia que tiene su protección”¹⁰⁵, junto con la formación y desarrollo de la arqueología subacuática, como una disciplina de la arqueología.

Finalmente podríamos señalar que la ratificación por parte de Chile, de la Convención analizada sería un paso adelante en la protección del patrimonio cultural en general, aun cuando iría en desmedro de la posición de Oriflama en el caso, disminuyendo considerablemente la posibilidad de llegar a una solución negociada. Igualmente se llegaría a cuestionar la posibilidad de reparto del 25% a una misión científica extranjera, por cuanto podría contravenir lo dispuesto por la Convención sobre comercialización del patrimonio cultural inmaterial. Así, si el fin del Estado chileno y sus órganos preocupados del patrimonio cultural deciden incorporar a los privados en operaciones de extrema complejidad y costo para la recuperación de bienes culturales, la Convención sería un obstáculo difícil de sobrellevar.

7.4 Conclusiones

Tras meses de investigación y redacción de este trabajo, tras horas de estudio de los distintos cuerpos legales, informes de derecho, artículos de revistas y libros jurídicos o de ciencias afines con la investigación, podemos afirmar con toda seguridad que el caso del navío español Oriflama, naufragado en las costas de la comuna de Curepto, es una razón fundamental para replantear la legislación sobre el patrimonio cultural; y en general las políticas públicas que se elaboran en ese sentido.

Muchos de los problemas, ya se legales o prácticos, provienen de una deficiencia en la legislación, pudiéndose decir que la serie de trabas legales que ha encontrado la sociedad Oriflama S.A no son más que baches en una

¹⁰⁵UNESCO. Convención la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Artículo 20

legislación que actualmente carece de direccionamiento por parte de los que la aplica, es decir de los órganos del Estado.

Por eso no es gratuito decir que el caso Oriflama es reflejo de la falta de decisión por parte del Estado en la totalidad de su estructura, acerca de qué hacer con la cultura y las expresiones en las cuales se manifiesta.

De ahí que estemos en un constante ir y venir entre conceptos contrapuestos, entre darle posibilidad de intervención a los privados, entre lo dársele. Es por eso que el objetivo de este trabajo se ciñe, después de todo, a mostrar que es necesario un cambio, ya sea en el sentido de estatizar el control del patrimonio cultural o en el sentido de dar cabida a la inversión privada complementada con la supervigilancia del Estado, así independientemente del sistema por el cual se opte, existirá un horizonte común para todos los funcionarios públicos dedicados al resguardo del patrimonio cultural de nuestro país, desde aquellos que tienen por misión principal velar por este patrimonio, hasta aquellos que pueden cuidarlo a partir de sus funciones diversas dentro del aparataje estatal.

Parece lamentable que un caso, con la historia y los hitos principales que demuestra el del Oriflama, se termine solucionando, como pensamos que será solucionado, a partir de un resquicio legal que configure una salida excepcional al caso. El tinte de aventura con el cual nació la búsqueda de este galeón español y las características de su naufragio, establecen el marco preciso para haber aplicado en él una nueva legislación en materia de cultura, y haber hecho de este caso la demostración de una política de Estado aplicada en todo momento, por todos los órganos del Estado.

Sin lugar a dudas, perdimos la posibilidad de estrenar cambios en nuestro ordenamiento jurídico con la extracción de un galeón de las características del Oriflama, pero esperamos y mantenemos la esperanza en

que, si bien se frustró dicha posibilidad, existe la opción de hacer de este caso una bisagra para una nueva concepción sobre el cuidado y protección del patrimonio cultural en todas sus expresiones.

Por otra parte, consideramos cumplida la labor que impusimos en el proyecto que dio puntapié inicial a esta investigación, esto es, mostrar a cualquier persona como funciona el sistema legal sobre el patrimonio cultural para que pudiese entender el caso Orifloma. Y nuestra ambición mas intima era darle a cualquier persona la posibilidad de adentrarse en las políticas sobre cultura en cuanto a los monumentos nacionales de nuestro país y se pueda, a través de la lectura de este trabajo, crear opinión tanto en abogados, arqueólogos, o personas comunes y corrientes.

GLOSARIO

- 1) **PECIO:** Pedazo o fragmento de la nave que ha naufragado.
- 2) **ALCÁZAR:** Espacio que media, en la cubierta superior de los buques, desde el palo mayor hasta la popa o hasta la toldilla, si la hay.
- 3) **PLAN:** Parte inferior y más ancha del fondo de un buque en la bodega.
- 4) **ESLORA:** Longitud que tiene la nave sobre la primera o principal cubierta desde el codaste a la roda por la parte de adentro.
- 5) **MANGA:** Anchura mayor de un buque.
- 6) **QUILLA:** Pieza de madera o hierro, que va de popa a proa por la parte inferior del barco y en que se asienta toda su armazón.
- 7) **PUNTAL:** Altura de la nave desde su plan hasta la cubierta principal o superior.
- 8) **ENTREPUNTE:** Espacio que hay entre las cubiertas de una embarcación.

BIBLIOGRAFÍA

1.- LIBROS

A) EVANS. Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Volumen 1 y 2. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1999. 124 pp.

B) GONZÁLEZ RUS. Juan José. “Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artística”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1995.

C) REVETRIA B. Mafalda. “La Propiedad Monumental en Chile. Su Régimen Jurídico”. Santiago, Ediciones Revista de Derecho Público Universidad de Chile. 73 pp.

2.- CONGRESOS Y SEMINARIOS

A) GONZÁLEZ C. Paola. “Definición, Importancia y Marco Jurídico de Protección de los Monumentos Nacionales a Nivel Nacional e Internacional (Convenciones y Recomendaciones de la Unesco) EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p. 10-23.

B) GONZALEZ C. Paola. “Acerca del Consejo de Monumentos Nacionales como Órgano con Competencia Ambiental. Institucionalidad Pública y Fiscalización (Conama, Consejo de Monumentos Nacionales y Consejos Asesores)” EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p. 86-88.

C) SIMONETTI. Susana. “El Consejo de Monumentos Nacionales”. EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p. 98-104.

D) VÁSQUEZ M. Mario y PLANELLA O. María Teresa. “Minería y Patrimonio Cultural Arqueológico” EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p. 48-53.

E) ZÁRATE C. Manuel. “La Protección de los Monumentos Nacionales en Materia Penal. Algunos Comentarios a las Modificaciones Incorporadas a la Ley 17.288.” EN: Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. Santiago de Chile, septiembre de 2005. p. 36-47.

3.- REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIODICAS

A) BULNES A. Luz. “Análisis de un fallo y su relación con la ley no. 17.288 (Monumentos Nacionales)”. Revista de Derecho Público. N°49: p. 31-44. 1991.

B) CABEZA. M. Ángel y SIMONETTI. Susana. “Legislación Comparada de Patrimonio Cultural.”. EN: Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales N°13, 1996. 25 pp.

C) CABEZA. M. Ángel y SIMONETTI. Susana. “Cartas Internacionales sobre Patrimonio Cultural”. EN: Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales N° 21, 1997. 96 pp.

D) CABEZAS M. Ángel. Presentación del Trabajo. EN: STARK. Carlos. “Aspectos Financieros de la Legislación sobre Monumentos Nacionales en Chile: Antecedentes, Proposiciones.” Santiago, Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación, 1998. p. 2.

E) COMISIÓN DE INSTITUCIONALIDAD PATRIMONIAL. “Propuestas de perfeccionamiento de políticas, instrumentos e institucionalidad patrimonial”, Abril. 2007. 140 pp.

F)FIGUEROA V. Juan E. “Inconstitucionalidad en la Ley de Monumentos”. Revista Fundamenta N°36: p. 66. 2007.

G)GONZALEZ C. Paola. “Protección Jurídica del Patrimonio Cultural en Chile: Diagnostico, Avances y Tareas Urgentes del Estado en esta Materia.” Revista de Derecho Ambiental N°3: p. 115. 2009.

H)GONZÁLEZ C. Paola. “Caso Pereira, Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, deducido por Soc. Inmobiliaria “Maullín Limitada”. Revista de Derecho Ambiental. N° 2: p 197. 2006.

I) ROPERT F. Rodrigo. “La Conservación del Patrimonio Cultural Urbano en el Ordenamiento Jurídico Chileno: Hacia una Regulación más Eficiente.” Revista de Derecho Ambiental N°1: p. 118-140. 2003.

J) REVETRIA B. Mafalda. “El régimen jurídico de la propiedad monumental en Chile”. Revista de Derecho Público. N°22: p. 85-148. 1977.

K) SCAGLIOTTI. Daniela. “Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad de Algunas Disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)”. Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia. N°17: p. 215-226. 2004.

L)STARK. Carlos. “Aspectos Financieros de la Legislación sobre Monumentos Nacionales en Chile: Antecedentes, Proposiciones.” Santiago, Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación, 1998. 22 pp.

4.- TESIS

A) ADASME L. Nelson. “Régimen legal de la propiedad monumental en Chile”. Memoria de Título (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad Central, Facultad de Derecho. 2002. 99 pp.

B) DEL CAMPO, Catalina Y **SANTIBAÑEZ**, Alejandra. “Monumentos Nacionales. Legislación y Análisis Crítico.” Memoria de Título (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1993. 216 pp.

C) DURÁN M. Valentina. “Tráfico Ilícito de Bienes Culturales”. Memoria de Título (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2002. 114 pp.

D) GONZÁLEZ C. Paola. “Régimen Jurídico de Protección del Patrimonio Cultural y de los Pueblos Indígenas en la Legislación Chilena”. Memoria de Título (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2001. 270 pp.

E) URZÚA U. Marsa. “Historia de la legislación cultural en Chile”. Memoria de Título (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad Central, Facultad de Derecho. 2000. 70 pp.

5.- INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES

A) OEA. Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas”. Santiago, 1976.

B) UNESCO. Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en evento de Conflicto Armado, La Haya, 1954.

C) UNESCO. Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, París, 1970.

D) UNESCO. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, París, 1972.

E) UNESCO. Convención la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, Paris, 2001.

F) UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Paris, 2003.

G) UNIDROIT. Convenio sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados ilícitamente, Roma, 1995.

H) UNESCO. Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas, Nueva Delhi, 1956.

I) UNESCO. Recomendación relativa a la salvaguardia de la belleza y carácter de paisajes y sitios, Paris, 1962.

J) UNESCO. Recomendación sobre medio de prohibir y prevenir la exportación, importación y tráfico ilícito de propiedad del patrimonio cultural, Paris, 1962.

K) UNESCO. Recomendación relativa a la preservación de patrimonio cultural amenazado por obras públicas o privadas, Paris, 1968.

L) UNESCO. Recomendación relativa a la protección, a nivel nacional, del patrimonio cultural y natural, Paris, 1972.

M) UNESCO. Recomendación relativa al intercambio internacional de Patrimonio Cultural, Nairobi, 1976.

N) UNESCO. Recomendación relativa a la salvaguardia y rol contemporáneo de las áreas históricas, Paris, 1978.

Ñ) ICOMOS (*International Council on Monuments and Sites*). Carta Internacional sobre la preservación y gestión del patrimonio cultural subacuático. 1996.

6.- LEGISLACIÓN NACIONAL

A) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 11° Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

B) CÓDIGO CIVIL. 7° Edición. Santiago, Editorial Legal Publishing. 2007.

C) CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. 18° Edición. Editorial Jurídica de Chile. Año X.

D) CÓDIGO DE MINERÍA. 6° Edición. Santiago, Editorial Legal Publishing. 2005.

E) LEY N° 17.288 (1970). DE MONUMENTOS NACIONALES. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

F) LEY N°19.253 (1993). LEY INDIGENA. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

G) LEY N°19.300 (1994). BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

H) LEY 18.985 (1990) Y 19.721 (2001). LEY DE DONACIONES CON FINES CULTURALES. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

I) LEY N°19.891 (2003). LEY DEL CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

J) LEY N°20.033 (2005). EXENCION DEL IMPUESTO TERRITORIAL PARA MONUMENTOS HISTORICOS. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

K) LEY N°20.021 (2005). MODIFICA LA LEY N°17.288. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

L) DECRETO SUPREMO N°484, 1990 DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

M) DECRETO SUPREMO N°95, 2001 DEL MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

N) DECRETO SUPREMO N°47, 1992 DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO. Ordenanza General De Urbanismo. Manual: Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y Normas Relacionadas. 3° Edición, Consejo de Monumentos Nacionales. Santiago.

Ñ) DECRETO N° 156 de Marina de 1961. REGLAMENTO DE CONCESIONES MARÍTIMAS.

O) DECRETO LEY N°2.222, 1978 DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Ley De Navegación.

P) DECRETO EXENTO N°311, 1999, DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Declara monumento histórico patrimonio subacuático que indica cuya antigüedad sea mayor de 50 años.

7.- HISTORIA DE LA LEY

A) HISTORIA DE LA LEY N°17.288. Biblioteca del Congreso Nacional. 1970. 130 pp.

B) HISTORIA DE LA LEY N°20.021. Biblioteca del Congreso Nacional. 2005. 131 pp.

C) HISTORIA DE LA LEY N°19.891. Biblioteca del Congreso Nacional. 2003. 1082 pp.

8.- JURISPRUDENCIA

A) JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE CUREPTO, Sentencia Definitiva. 27 enero de 2005. Juicio Ordinario Civil.

B) CORTE SUPREMA, Sentencia Definitiva. 18 de junio de 2004. Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, ROL N°4309-2002. Soc. Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco.

9.- PROYECTOS DE LEY

A) PROYECTO DE LEY. N° de Boletín 4494-04. “Establece la categoría de monumentos nacionales inmateriales”. 2006.

B) PROYECTO DE LEY. N° de Boletín 6217-04. “Sobre monumentos nacionales de carácter inmaterial”. 2008.

C) PROYECTO DE LEY. N° de Boletín 6680-24. “Crea Instituto del Patrimonio Cultural”. 2009.

10.- LEGISLACION EXTRANJERA

A) PERÚ. Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación de 1985.

B) MÉXICO. Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas de 1972.

C) ESPAÑA. Ley del Patrimonio Histórico Español N° 16/1985 del 25 de junio de 1985.

D) PARAGUAY. Ley N° 946/82 de Protección de los Bienes Culturales de 1982.

11.- DOCUMENTOS DEL ARCHIVOS DEL CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES

A) ORDINARIO N°04579. CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO. Informe sobre Caso Oriflama. 2009. 14 pp.

B) ORDINARIO N°4304. CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES.

Minuta. Implicancias sobre la solicitud presentada por Empresa Oriflama S.A al CNM en Septiembre de 2009, para obtener su apoyo para la excavación arqueológica (comercial) del navío Oriflama. 2009. 22 pp.

C) ORDINARIO N°3027. CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES.

Informe a la División Jurídica de la Contraloría General de la República. 2009. 9 pp.

D) INFORME N°241/99. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. 1999. 6 pp.

E) DICTAMEN N°24887. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. 2004. 4 pp.

F) DICTAMEN N°17028. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. 1995.

G) DOCUMENTO INFORME SOBRE LOS RESULTADOS DE LA PROSPECCION DE LOS RESTOS DEL NAVIO ORIFLAMA. Sociedad Anónima Oriflama. 2000.

H) DOCUMENTO INFORME ARQUEOLOGICO. Sociedad Anónima Oriflama. "El Navío Oriflama: Investigación arqueológica del pecio". 2002.

I) DOCUMENTO PROPUESTA ORIFLAMA AL CNM. 2009. 4 pp.

12.- RECURSOS ELECTRONICOS

A) CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. Portal Institucional. [<http://www.monumentos.cl>]

B) UNESCO. Portal institucional. [<http://www.unesco.org>]

C) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Portal Institucional.
[<http://www.rae.es>]

D) CAMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Portal Institucional.
[<http://www.camara.cl>]

E) BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Portal de Búsqueda. [<http://www.leychile.cl>]

F) CENTRO NACIONAL DEL VIDRIO. Real Fábrica de Cristales de La Granja. [<http://www.fcnav.es/>]