

**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

***“REGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL  
PATRIMONIO CULTURAL Y DE LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA”***

*Memoria para optar al grado de Licenciado en  
Ciencias Jurídicas y Sociales*

**AUTOR: M. PAOLA GONZÁLEZ CARVAJAL  
PROFESOR GUÍA: GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ**

**SANTIAGO, ABRIL 2001**

## **CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES**

**CAPÍTULO 2**  
**MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO DE PROTECCIÓN**  
**DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LEGISLACIÓN**  
**CHILENA**

### **CAPÍTULO 3**

## **ANÁLISIS DE LA LEY N°17.288 Y EL REGLAMENTO SOBRE EXCAVACIONES Y/O PROSPECCIONES ARQUEOLÓGICAS**

## **CAPÍTULO 4**

### **ANÁLISIS DE LA LEY N°19.300 SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE Y EL REGLAMENTO SOBRE EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

**CAPÍTULO 5**  
**PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LOS**  
**PUEBLOS INDÍGENAS: ANÁLISIS DE LA LEY N°19.253**

**CAPÍTULO 6**  
**RELACIÓN ENTRE LA LEY N°19.253; LA LEY N° 17.288 y LA**  
**LEY N°19.300**

**CAPÍTULO 7**  
**RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO**  
**CULTURAL GENERAL Y DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**



## **CONCLUSIONES**

## **AGRADECIMIENTOS**

La presente investigación ha recibido el apoyo de un buen número de personas e instituciones. Me gustaría agradecer, en primer término, a mi profesor guía, don Gonzalo Figueroa Yáñez por el interés manifestado en el tema analizado, así como sus valiosas observaciones durante el desarrollo de esta Memoria. Comprometen también mi gratitud María Elena Noël (Consejo de Monumentos Nacionales) y Alejandro Marín (CONAMA) por sus interesantes comentarios sobre temas especializados y su buena disposición para responder numerosas dudas. Agradezco también a Jorge Curilem (CONADI) por su valiosa colaboración en la comprensión del tema indígena. Finalmente, me gustaría también expresar mi gratitud a mi familia por su constante estímulo y apoyo.

Dedico esta obra a la memoria de mi padre y colega Ariel González Vergara

## **BIBLIOGRAFÍA**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1: Aspectos Generales.....</b>	<b>10</b>
1.1 Concepto de Patrimonio Cultural.....	10
1.1.1 Definición de Patrimonio Cultural.....	10
1.1.2 Importancia del Patrimonio Cultural.....	13
1.1.3 Fragilidad del Patrimonio Cultural.....	15
1.2 Patrimonio Cultural como recurso no renovable.....	16
1.3 Necesidad de intervención legislativa.....	17
1.4 Inclusión del Patrimonio Cultural dentro del concepto amplio de <i>medio ambiente</i> en la legislación chilena.....	18
1.5 Definición de <i>Pueblos Indígenas</i> .....	19
1.5.1 Concepto Jurídico de <i>Pueblos Indígenas</i> .....	19
1.5.2 El concepto de <i>Pueblos Indígenas</i> en el Derecho Internacional.....	24
1.5.3 Definición antropológica de <i>Pueblos Indígenas</i> .....	28
<b>CAPÍTULO 2: Marco Constitucional y Legislativo de protección del Patrimonio Cultural en la legislación chilena.....</b>	<b>30</b>
2.1 Protección Constitucional del Patrimonio Cultural.....	30
2.1.1 Protección Constitucional del Patrimonio Cultural en sentido genérico.....	30
2.1.2 Protección Constitucional del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas.....	33
2.1.3 Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Política: su incidencia en la protección del Patrimonio Cultural.....	37
2.2 Protección Legal del Patrimonio Cultural por medio de leyes especiales.....	40
2.2.1 Protección Legal del Patrimonio Cultural en la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales.....	40
2.2.2 Protección Legal del Patrimonio Cultural en la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	42
2.2.3 Protección Legal del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas en la Ley Indígena N°19.253.....	44
2.3 Protección Legal General: Civil, Administrativa y Penal del Patrimonio Cultural en la legislación chilena.....	51
2.3.1 Protección Civil.....	51
2.3.2 Protección Administrativa.....	54
2.3.3 Protección Penal.....	56

**CAPÍTULO 3: Análisis de la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales y el Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas.....58**

3.1. Fundamentación y Bien Jurídico Protegido.....	58
3.2 El Consejo de Monumentos Nacionales.....	59
3.2.1 Composición del Consejo.....	59
3.2.2 Funciones del Secretario.....	61
3.2.3 Papel de los Visitadores.....	61
3.2.4 Funcionamiento del Consejo de Monumentos Nacionales.....	62
3.2.5 Atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales.....	63
3.3 Clasificación de los Monumentos Nacionales.....	66
3.3.1 Definición de Monumento Histórico.....	66
3.3.1.1 Procedimiento de Declaración de Monumento Histórico.....	67
3.3.1.2 Efectos de la Declaración de Monumento Histórico sobre un bien determinado.....	68
3.3.1.3 Conflictos legales suscitados por la Declaración de Monumento Histórico y la aplicación de restricciones administrativas sobre tales inmuebles.....	72
3.3.2 Definición de Monumento Público.....	75
3.3.2.1 Procedimiento de constitución de Monumentos Públicos.....	76
3.3.2.2 Efectos la de constitución de un Monumento Público.....	77
3.3.3 Definición de Santuario de la Naturaleza.....	77
3.3.3 .1 Procedimiento de Declaración de Santuario de la Naturaleza.....	80
3.3.3 .2 Efectos jurídicos de la Declaración de Santuario de la Naturaleza.....	80
3.3.4 Definición de Monumento Arqueológico y Sitio Arqueológico.....	80
3.3.4.1 Procedimiento señalado por la Ley N°17.288 y su Reglamento para la realización de Excavaciones científicas sobre Monumentos Arqueológicos.....	82
3.3.4 .2 Sujetos que pueden efectuar Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas.....	83
3.3.4 .3 Permisos y autorizaciones .....	84
3.3.4.4 Operaciones de Salvataje.....	89
3.3.4.5 Distribución del material obtenido.....	90
3.3.4 .6 Papel del Museo Nacional de Historia Natural.....	91
3.3.4.7 Propiedad estatal de los Monumentos Arqueológicos y sus efectos sobre el derecho de propiedad del dueño del predio en que se sitúan.....	91
3.3.5 Definición de Zona Típica.....	92
3.3.5.1 Procedimiento de constitución de Zonas Típicas.....	93
3.3.5.2 Efectos de la Declaración de Zona Típica.....	93

**CAPÍTULO 4: Análisis de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Reglamento sobre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....95**

4.1 Fundamentos y Bien Jurídico Protegido.....	95
4.2 Funciones y mecanismos encargados por esta ley a diversas instituciones.....	96
4.2.1 Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).....	96

4.2.1.1 Funciones de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).....	97
4.2.1.2 Órganos de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).....	98
4.3 Evaluación de Impacto Ambiental sobre el componente Patrimonio Cultural.....	100
4.3.1 Conceptos Básicos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	100
4.3.2 Proyectos o Actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	101
4.3.3 Procedencia de los Estudios de Impacto Ambiental cuando se afecte al componente Patrimonio Cultural.....	103
4.3.4 Contenido de los Estudios de Impacto Ambiental sobre el componente Patrimonio Cultural.....	105
4.3.4.1 Descripción del Proyecto o Actividad.....	105
4.3.4.2 Línea de Base.....	106
4.3.4.3 Descripción de los efectos, características o circunstancias del Artículo 11° de la Ley 19.300 que dan origen a la necesidad de efectuar un E.I.A.....	108
4.3.4.4 Predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad.....	110
4.3.4.5 Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación.....	112
4.3.4.6 Plan de Seguimiento Ambiental.....	115
4.3.4.7 Plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable.....	116
4.3.4.8 Otros contenidos de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).....	116
4.4 Procedimiento para la realización de un Estudio de Impacto Ambiental sobre el componente Patrimonio Cultural.....	117
4.4.1 Inicio del Procedimiento.....	117
4.4.2 Envío de los antecedentes a los órganos administrativos con competencia ambiental.....	120
4.4.3 Permisos Ambientales Sectoriales.....	120
4.4.3.1 Permisos relativos a Monumentos Históricos.....	120
4.4.3.2 Permisos relativos a Monumentos Arqueológicos.....	121
4.4.3.3 Permisos relativos a Zonas Típicas.....	121
4.4.3.4 Permisos relativos a Santuarios de la Naturaleza.....	122
4.4.3.5 Permisos otorgados por órganos administrativos no mencionados en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	122
4.4.4 Elaboración del Informe Técnico por parte de la COREMA o CONAMA.....	123
4.4.5 Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones.....	123
4.4.6 Participación Ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.....	125
4.4.7 Contenido del Informe Técnico del Estudio de Impacto Ambiental.....	126
4.4.8 Calificación Ambiental del Proyecto o Actividad.....	127

**CAPÍTULO 5: Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas: Análisis de la Ley N°19.253.....130**

5.1 Fundamentos Culturales de la Ley Indígena N°19.253.....	130
5.2 Bien Jurídico Protegido.....	134
5.2.1 Aymaras.....	136
5.2.2 Atacameños.....	139
5.2.3 Quechuas.....	141

5.2.4 Collas.....	142
5.2.5 Mapuches.....	144
5.2.5.1 Tratamiento legislativo del pueblo mapuche a través de la historia republicana de Chile.....	148
5.2.6 Kawesqar.....	152
5.2.7 Yaganes o Yámanas.....	153
5.2.8 Pascuense o Rapa Nui.....	155
5.2.9 Indígenas Urbanos y Migrantes.....	159
5.3 Corporación Nacional de Desarrollo Indígena: rol y funciones.....	161
5.3.1 Contribución de la CONADI a la protección del Patrimonio Cultural Indígena.....	162
5.4 Mecanismos de mantención del lenguaje y la cultura: sistema de educación intercultural bilingüe y derecho de propiedad intelectual.....	164
5.4.1 Sistema de Educación Intercultural Bilingüe.....	164
5.4.1.1 El concepto de “cultura” y la educación intercultural.....	165
5.4.1.2 Definición del Sistema Intercultural Bilingüe.....	167
5.4.1.3 Objetivos del Sistema Intercultural Bilingüe.....	168
5.4.1.4 Implementación del Sistema Intercultural Bilingüe.....	169
5.4.2 Derecho de Propiedad Intelectual y Patrimonio Cultural Indígena.....	169
5.4.2.1 Protección de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas.....	172
5.4.2.2 Sistema actual de protección de la propiedad intelectual.....	172

**CAPÍTULO 6: Relación entre la Ley N°19.253; la Ley N°17.288 y la Ley 19.300, y sus respectivos reglamentos.....176**

6.1 Relación entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 y sus respectivos Reglamentos.....	176
6.1.1 Compromiso Ambiental Voluntario y su incidencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sobre el componente Patrimonio Cultural Arqueológico.....	179
6.2 Relación entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 y la Ley Indígena N°19.253 y sus respectivos Reglamentos.....	180
6.2.1 Tratamiento jurídico de los restos humanos indígenas en la legislación chilena.....	183
6.3 Relación entre la Ley Indígena N°19.253 y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 y sus respectivos Reglamentos.....	191
6.3.1 Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco: Aspectos Culturales.....	191
6.4 Relación entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288; la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 y la Ley Indígena N°19.253: Análisis de un fallo.....	204
6.4.1 El Recurso.....	205
6.4.2 La Sentencia.....	209
6.4.3 Comentarios.....	211



## **CAPÍTULO 7: Régimen jurídico internacional de protección del Patrimonio Cultural General y de los Pueblos Indígenas.....219**

7.1 Legislación internacional sobre protección de Patrimonio Cultural General.....	219
7.1.1 Evolución histórica de la defensa del Patrimonio Cultural por organizaciones internacionales.....	220
7.1.2 UNESCO.....	220
7.1.2.1 Convenciones de la UNESCO.....	221
7.1.2.2 Convención para la protección del Patrimonio Cultural en el evento de conflicto armado.....	222
7.1.2.3 Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales.....	224
7.1.2.4 Recomendaciones de la UNESCO.....	226
7.1.2.5 Recomendación sobre la protección, en el ámbito nacional, del patrimonio cultural y natural.....	228
7.1.2.6 Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro.....	230
7.1.2.7 Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles.....	232
7.1.3 El Consejo de Europa.....	234
7.1.4 La Organización de Estados Americanos.....	234
7.2 Legislación extranjera sobre protección del patrimonio cultural general: algunos ejemplos.....	235
7.2.1 América del Norte.....	236
7.2.1.1 México.....	236
7.2.1.2 Estados Unidos.....	237
7.2.2 América del Sur.....	238
7.2.2.1 Perú.....	238
7.2.2.2 Ecuador.....	240
7.3 Convenciones suscritas por Chile sobre protección del Patrimonio Cultural General.....	241
7.3.1 Contenido de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.....	241
7.3.2 Importancia de la inclusión de nuestros Bienes Culturales en la Lista del Patrimonio Mundial de la Humanidad.....	242
7.3.3 Lista Tentativa de Bienes Culturales de Chile a ser postulados como sitios del Patrimonio Mundial/UNESCO.....	243
7.4 Legislación internacional sobre protección del Patrimonio Cultural Indígena.....	245
7.4.1 Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales, 1957(Nº107) de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).....	245
7.4.2 Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza,1960,UNESCO.....	246
7.4.3 Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1965, O.N.U.....	247

7.4.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (ONU).....	249
7.4.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (O.N.U.).....	249
7.4.6 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	250
7.4.7 Declaración Internacional sobre Etnocidio y Etnodesarrollo,1981 (UNESCO).....	251
7.4.8 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Nº169) de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).....	252
7.5 Convenciones suscritas por Chile que inciden sobre la protección del Patrimonio Cultural Indígena .....	258
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>260</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>268</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente obra persigue esclarecer el régimen jurídico de protección del Patrimonio Cultural en actual vigencia en nuestro país, tanto del patrimonio cultural entendido en forma genérica, como del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos culturales y ambientales de esta problemática, con el fin de identificar las falencias de nuestra legislación y proponer soluciones.

Al abordar, específicamente, el tema de la protección del patrimonio cultural indígena perseguimos hacer hincapié sobre la naturaleza pluriétnica de nuestro país y reconocer la valiosa herencia cultural aportada por los pueblos originarios de Chile, la que no ha sido suficientemente valorada ni protegida.

Debemos tener presente que el patrimonio cultural es el producto de diferentes tradiciones culturales e históricas y la diversidad cultural enriquece la visión de mundo. El patrimonio cultural proporciona bienes de valor artístico y simbólico, mejora la calidad de vida y facilita la identidad de la gente con su pasado y con un proyecto futuro compartido.

La presente tesis se considera un aporte porque está destinada a establecer los mecanismos concretos de protección del patrimonio cultural que franquea nuestra legislación, haciendo comparaciones con regulaciones internacionales, tanto estatales como establecidas en convenios internacionales, integrando la opinión de tratadistas, y analizando también la forma en que han resuelto nuestros tribunales los conflictos suscitados en torno al tema. De este modo, se intenta lograr una amplia perspectiva para abordar nuestro objeto de estudio.

Por otra parte, dada la complejidad del concepto *patrimonio cultural*, su protección involucra a diversas disciplinas científicas, tales como la Historia, la Arqueología y, por cierto, el Derecho. Esto hace necesario que desarrollemos un enfoque multidisciplinario para abordar los distintos temas. De igual modo, dentro de la ciencia jurídica el estudio de la protección del *patrimonio cultural* requiere el concurso de distintas disciplinas, tales como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Derecho Ambiental, el Derecho Penal, el Derecho Sanitario y el Derecho Internacional, entre otras. En la presente obra este enfoque multidisciplinario permite ampliar los alcances de la discusión, integrando también consideraciones extra jurídicas.

En términos generales, los objetivos perseguidos por la presente investigación pueden definirse de la siguiente manera:

### **Objetivo General:**

Contribuir a generar una visión sistemática de los mecanismos de protección legales del patrimonio cultural, en actual vigencia en nuestro país, de manera de identificar sus falencias y dar operatividad a una regulación dispersa e inorgánica que atenta contra una eficaz salvaguarda de nuestra herencia cultural.

### **Objetivos Específicos:**

- Definir el concepto de patrimonio cultural y de pueblos indígenas de acuerdo a lo establecido en derecho nacional y comparado, convenciones internacionales y opinión de tratadistas.

- Establecer el marco constitucional y legislativo de protección del patrimonio cultural en la legislación chilena.

- Analizar la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales y su Reglamento; la Ley Indígena N°19.253; la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; en cuanto establecen normas que se traducen o inciden en la protección del patrimonio cultural chileno.

- Realizar un estudio de derecho comparado, tanto de legislación extranjera como internacional, en orden a establecer el régimen jurídico internacional sobre protección del patrimonio cultural y de minorías étnicas.

- Analizar jurisprudencia administrativa y judicial en torno al tema.

- Identificar las falencias que presenta el régimen jurídico de protección del patrimonio cultural en la legislación chilena y vías posibles de solución.

Para cumplir con estos objetivos se divide la investigación en siete capítulos. El Capítulo I está destinado a establecer aspectos generales relativos al patrimonio cultural, tales como su definición e importancia y también a precisar una definición jurídica y antropológica del concepto de “pueblos indígenas”.

El Capítulo II se destina a precisar el Marco Constitucional y Legislativo de la protección del Patrimonio Cultural en nuestro país, esto implica analizar los Artículos 19 N°8, N°10 inciso 5° y N°24 inciso 2° de la Constitución Política de la República, así como las normas legales pertinentes de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales (1970) y su Reglamento; Ley 19.253 sobre Pueblos Indígenas (1993) y la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y su Reglamento. También se examina la protección civil, administrativa y penal. Este estudio nos permitirá contar con una visión integrada de las principales normas

legales de la legislación chilena destinadas a la protección y fomento del patrimonio cultural.

El Capítulo III se aboca al análisis de la Ley N°17.288 de Monumentos Nacionales y su Reglamento, prestando atención a sus fundamentos y bien jurídico protegido, así como a las funciones y mecanismos encargados por esta ley a diversas instituciones, y a la definición de los diversos Monumentos Nacionales reconocidos por esta ley.

El Capítulo IV, en tanto, se destina a precisar las relaciones entre patrimonio cultural y medio ambiente, analizando en detalle la forma en que nuestra legislación aborda la evaluación de impacto ambiental sobre el componente patrimonio cultural. De este modo, analizamos la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y su Reglamento, considerando sus fundamentos y bien jurídico protegido; las funciones y mecanismos encargados por esta ley a diversas instituciones, y el procedimiento para la realización de estudios de Impacto Ambiental sobre el componente patrimonio cultural.

El Capítulo V, en tanto, se destina al estudio de la protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas de acuerdo a lo establecido por la Ley N°19.253, deteniéndonos en sus fundamentos culturales, historia legislativa y culturas que se pretendió proteger. Consideramos el análisis de textos legales, bibliografía especializada y actas del Congreso Nacional. Se establece el bien jurídico protegido por esta ley y los mecanismos de mantención del lenguaje y la cultura, tales como, el derecho de propiedad intelectual y el sistema de educación intercultural bilingüe. Otro aspecto desarrollado se refiere al rol y funciones de la CONADI.

Por otra parte, el Capítulo VI, se destina a establecer las relaciones entre la Ley N°17.288 de Monumentos Nacionales; la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; y la Ley Indígena N°19.253. Estas relaciones se establecen al analizar jurisprudencia administrativa y judicial de casos, tales como, el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco y el recurso de Protección interpuesto por comuneros atacameños por la destrucción de sitios arqueológicos durante la construcción del camino By Pass San Pedro de Atacama.

Finalmente, el Capítulo VII explora el Régimen Jurídico Internacional sobre protección de patrimonio cultural y de minorías étnicas, considerando Convenciones Internacionales relativas al tema en estudio, legislación extranjera y Convenciones suscritas por Chile.

De este modo, hemos concluido un largo recorrido destinado a precisar el

régimen jurídico de protección del patrimonio cultural y de los pueblos indígenas en la legislación chilena, esperamos que sirva de apoyo a todos quienes se interesen por contribuir al resguardo de tan preciada herencia.

## Capítulo I: Aspectos Generales

En este Capítulo nos extenderemos en torno a dos conceptos fundamentales para el desarrollo de la presente investigación, dado que nuestro esfuerzo se dirigirá a determinar el régimen jurídico de protección que les atañe. Nos referimos al concepto de *patrimonio cultural* y a la definición jurídica y cultural - antropológica de *pueblos indígenas*.

### 1.1 Concepto de Patrimonio Cultural

#### 1.1.1 Definición de Patrimonio Cultural

La consideración de los vestigios del pasado como una manifestación tangible del desarrollo humano y de la identidad cultural nacional protegido en la legislación es un fenómeno reciente. En Europa, por ejemplo, este proceso se inicia a fines del siglo XIX y en Latinoamérica a comienzos del siglo XX. Los sistemas legales de todo el mundo han aumentado su interés sobre temas relativos al patrimonio cultural, sin embargo, mucha de la legislación existente, los escritos de especialistas y los informes de los expertos de gobierno no han sido recolectados, analizados o sistematizados.

Examinaremos, en primer término, la definición de patrimonio cultural propuesta por P.O'Keefe. & Prott, L<sup>1</sup>. Sin embargo, antes de abordar el contenido de este concepto, debemos manejar alguna noción del término cultura. Según el antropólogo D. Clarke<sup>2</sup> la cultura consiste “*en los modos de conducta aprendidos y sus manifestaciones materiales, socialmente transmitidos de una generación a la siguiente y de una sociedad o individuo a otro*”. Entonces, según P.O'Keefe. & Prott, L<sup>3</sup> “*el patrimonio cultural consiste en las múltiples actividades y objetos que dan evidencia de estas conductas*”. Implícito en la palabra “*patrimonio*” está también la idea de algo apreciado que debe ser preservado. Dentro de este

---

<sup>1</sup> P.O'KEEFE. & Prott, L, “Law and the cultural heritage”. Vol.I. Professional Books Limited, Oxford Publishing Services, Oxford, Inglaterra, 1984. p.7

<sup>2</sup> CLARKE, J.R., “Analytical Archaeology”. Methuen Ed. Londres, 1968. p.19

<sup>3</sup> P.O'KEEFE. & Prott, L, Op.cit.p.7

*precioso legado están incluidos objetos culturales muebles (recursos arqueológicos, obras de arte), objetos culturales inmuebles (edificios, monumentos y sitios), actividades expresivas (lenguaje y las artes de ejecución como la música, danza y teatro) y la herencia cultural intangible (folklore, rituales, creencias religiosas, tradiciones intelectuales, destrezas)”.*

Por otra parte, la UNESCO tiene como una de sus principales funciones, la de contribuir a la preservación del patrimonio cultural del mundo, por ser éste el fruto y el portador de la cultura de la humanidad. Para ello es necesario que se adopten medidas de protección, tanto a nivel nacional como internacional. En el período que va desde 1954 a 1980, la UNESCO ha dictado 10 Recomendaciones, 3 Convenciones y 1 Protocolo sobre esta materia. Cabe destacar que Chile sólo ha ratificado la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*<sup>4</sup>, el 20 de febrero de 1980. Especial relevancia tiene la *Recomendación sobre la Protección en el Ámbito Nacional del Patrimonio Cultural y Natural*<sup>5</sup> y la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, aprobadas ambas por la Convención de la UNESCO en Noviembre de 1972.

La Recomendación mencionada intenta inducir a los Estados a proteger todos los componentes de sus patrimonios culturales y naturales, protección que incluye la identificación, estudio, conservación, restauración de la apariencia física de los bienes y su integración dentro de la sociedad contemporánea.

En general, los instrumentos de la UNESCO que emplean el término patrimonio cultural (“cultural heritage”/“cultural property”), desafortunadamente, no han establecido una definición universalmente aceptada. Cada Convención o Recomendación ha definido el término de acuerdo a los propósitos de ese instrumento en particular. De este modo, no es posible desarrollar una definición general satisfactoria para su uso en distintos contextos.

La Recomendación de 1972, por ejemplo, considera que el término “*patrimonio cultural*” comprende sólo:

- Los Monumentos: Obras arquitectónicas, obras de escultura o de pintura monumentales, inclusive las cavernas y las inscripciones, así como los elementos, grupos de elementos o estructuras que tengan un valor especial desde el punto de vista arqueológico, histórico, artístico o científico.

---

<sup>4</sup> Recomendación sobre la protección a nivel nacional del Patrimonio Cultural y Natural, UNESCO, Paris, 1972.

<sup>5</sup> Convención sobre protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, UNESCO. Paris, 1972

- Los Conjuntos: Grupo de construcciones aisladas o reunidas, que por su arquitectura, unidad e integración en el paisaje tengan un valor especial desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.
- Los Lugares: Zonas topográficas, obras conjuntas del hombre y de la naturaleza que tengan un valor especial por su belleza o su interés desde el punto de vista arqueológico, histórico, etnológico o antropológico.

V. Muñoz<sup>6</sup> destaca la definición de *patrimonio cultural* desarrollada en la Declaración de Ciudad de México sobre Políticas Culturales. En sus números 23 y 24, establece que *“la herencia cultural de un pueblo incluye el trabajo de sus artistas, escritores y científicos y también el trabajo anónimo de artistas, expresiones de la espiritualidad del pueblo, y el cuerpo de valores con los cuales da sentido a la vida. Ella incluye las obras tangibles e intangibles a través de las cuales la creatividad de ese pueblo encuentra expresión: lenguajes, ritos, creencias, lugares y monumentos históricos o arqueológicos, literatura, obras de arte, archivos y bibliotecas. Cada pueblo, por lo tanto, tiene el derecho y el deber de defender y preservar su herencia cultural, ya que las sociedades se reconocen a sí mismas a través de los valores en los cuales ellas encuentran una fuente de inspiración creativa”*.

Una definición más operativa es aportada por N. Gligo<sup>7</sup> la cual fue desarrollada por la Comisión de Patrimonio Australiano. En términos generales, define el patrimonio nacional como *“aquellos lugares en los cuales existen componentes del medioambiente natural de Australia o de su medioambiente cultural que tienen una significancia estética, histórica, científica o social u otro valor especial para las futuras generaciones así como para la comunidad actual”*. El patrimonio es clasificado en tres grupos principales: 1) *patrimonio medioambiental*, 2) *patrimonio nacional aborígen* y 3) *medioambiente construído por el hombre*. El *“medioambiente construído por el hombre”* se refiere a edificios históricos de origen europeo (edificios residenciales, religiosos, comerciales o industriales) y el patrimonio nacional aborígen incluye lugares y objetos de importancia para las culturas nativas tradicionales. Estos dos aspectos juntos, el patrimonio nacional aborígen y el medioambiente construído por el

---

<sup>6</sup> MUÑOZ, Viviana, “La política cultural del Estado y sus áreas normativas”. Memoria de Prueba, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 1991. p.36-37

<sup>7</sup> GLIGO, Nicolo, “The preparation of inventories and balance sheets of the natural and cultural heritage”. En: *“The environmental dimension in development planning”*, Economic Commission for Latin America & The Caribbean, Santiago, 1990. p.222



hombre, conforman lo que puede ser llamado *Patrimonio Cultural*.

El *patrimonio nacional aborigen* incluye: a) sitios de interés científico, los cuales cuentan con un potencial para la ciencia o el estudio de la prehistoria o los que han figurado destacadamente en investigaciones; b) sitios relacionados con actividades creativas tales como pinturas, cerámica, tallado de madera, etc.; c) sitios históricos de contacto entre aborígenes y europeos, tales como misiones, sitios de batalla, fuertes, etc.; c) sitios de importancia tradicional para los pueblos aborígenes, aunque no lo sean necesariamente para el resto de la población (lugares de asentamiento, sagrados, etc).

El *medioambiente construido por el hombre* incluye los siguientes criterios: a) edificios representativos de un gran valor creativo o técnico; b) demostraciones del estilo de vida, costumbres, procesos o funciones que ya no son practicadas, o en peligro de constituir una pérdida de excepcional interés; c) fuerte asociación con una figura o figuras importantes, de un desarrollo o fase cultural; d) paisajes urbanos o rurales sobresalientes.

N. Gligo<sup>8</sup> señala que una vez que la clasificación del patrimonio cultural ha sido establecida y sus componentes definidos, éstos pueden ser itemizados e incluidos en un sistema nacional de información y evaluación. Al respecto propone la siguiente clasificación del Patrimonio Cultural:

- a. Patrimonio Arqueológico.
- b. Construcciones, estructuras, jardines de importancia estética, histórica o tecnológica (iglesias, palacios, antiguos edificios públicos, puentes, represas, minas).
- c. Arte y artesanías.
- d. Paisajes de importancia estética o histórica.
- e. Medioambiente modificado por el hombre que ilustre estilos de vida, costumbres, y procesos obsoletos que ya no estén en uso, o en peligro de extinción (pequeños pueblos, fuertes, molinos).
- f. Objetos y colecciones notables.
- g. Asentamientos urbanos notables.

En resumen, podemos afirmar que el patrimonio cultural abarca en forma global la vida de los pueblos y da cuenta de su identidad como nación.

---

<sup>8</sup> GLIGO, Nicolo.,Op. Cit.p. 228

### 1.1.2 Importancia del Patrimonio Cultural

Varias razones se han sugerido para explicar el creciente interés en el patrimonio cultural, entre ellas, la rapidez de los cambios, la creciente similitud de los patrones de vida modernos y occidentalizados, y el peligro de “estereotipación y despersonalización”. Estos argumentos han incrementado el interés en la singularidad y la diversidad aportada por la riqueza de la experiencia cultural humana presente y pasada, de acuerdo a lo señalado por O’Keefe. & Prott<sup>9</sup>. Al respecto el Preámbulo de la Recomendación UNESCO sobre *Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas*<sup>10</sup> señala:

*“El Patrimonio Cultural es producto y testigo de distintas tradiciones y de los desarrollos espirituales del pasado y es un elemento esencial de la personalidad de los pueblos del mundo...es indispensable preservarlo tanto como sea posible, de acuerdo a su importancia histórica y artística, de tal manera que la significancia y mensaje del patrimonio cultural llegue a ser una parte del espíritu de los pueblos, quienes pueden además ganar consciencia de su propia dignidad.”*

La conservación del patrimonio cultural facilita enormemente que los pueblos asuman, sin grandes perturbaciones, los vertiginosos cambios que caracterizan la acelerada evolución del mundo contemporáneo.

El rol del patrimonio cultural en el establecimiento de la identidad cultural de los Estados es un tema fundamental. Mientras la apreciación de otras culturas lleva a una mejor comprensión entre los pueblos, la individualidad de cada desarrollo cultural puede también contribuir al sentido de identidad nacional. El sentido de identidad es importante también para muchos grupos no organizados como naciones, el orgullo de su cultura es una importante faceta de su personalidad. El patrimonio cultural es el producto de diferentes tradiciones culturales e históricas; la diversidad cultural enriquece la visión de mundo, permite valorar mejor la realidad; proporciona bienes de valor artístico y simbólico; permite rescatar y potenciar las capacidades adaptativas de cada sociedad; facilita

---

<sup>9</sup> P.O’KEEFE. & Prott, L, Op.cit. p.12

<sup>10</sup> Recomendación sobre Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas. UNESCO, Paris,1968.

la identidad de la gente con su pasado y con un proyecto futuro compartido.

Por otra parte, el patrimonio cultural aumenta el desarrollo creativo. Al respecto, el Preámbulo de la Recomendación de la Unesco (1968) señala:

*“La civilización contemporánea y su futura evolución descansa, entre otros elementos, sobre las tradiciones culturales de la gente del mundo, su fuerza creativa y su desarrollo social y económico”... “El bienestar de la gente descansa en la existencia de un medioambiente favorable y estimulante y la preservación del patrimonio cultural de todos los períodos de la historia contribuye directamente a dicho medioambiente”.*

### **1.1.3 Fragilidad del Patrimonio Cultural**

El patrimonio cultural se encuentra constantemente amenazado. Debemos tener presente que dada la singularidad de cada desarrollo cultural, su pérdida es irreparable. Puede hallarse expuesto a distintos peligros según la naturaleza del bien de que se trate. Así, por ejemplo, aquellos bienes que consisten en cosas materiales como monumentos, inmuebles, escritos y obras de arte sufren las consecuencias de la erosión, el uso, la contaminación ambiental y el deterioro propio de los materiales de que estén hechos. En el caso de los bienes intangibles, como el idioma, las tradiciones orales, las creencias, el folklore, la artesanía y otras artes populares, la amenaza la representan en nuestro tiempo, principalmente, la tecnología y las condicionantes negativas a que los medios de comunicación de masas exponen a la población.

A este respecto el Artículo 9 de la Recomendación de la UNESCO sobre *Protección del Patrimonio Cultural Mueble*<sup>11</sup> señala:

*“La protección y la prevención de los riesgos es mucho más importante que la compensación en el evento de daño o pérdida, dado que el propósito esencial es preservar el patrimonio cultural, no reemplazar por una suma de dinero objetos que son irremplazables”.*

---

<sup>11</sup> Recomendación sobre Protección del Patrimonio Cultural Mueble. UNESCO. Paris, 1978.

Por otra parte, este creciente interés que está suscitando el patrimonio cultural en la comunidad ha derivado en un aumento de los riesgos a que está expuesto, tal como lo señala el Preámbulo de la Recomendación UNESCO sobre *Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas*<sup>12</sup>:

*“El aumento de deseo del público por conocer y apreciar la riqueza del patrimonio cultural, de cualquier origen, ha llevado a un incremento en los riesgos a los cuales el patrimonio cultural es expuesto como resultado del fácil acceso o la protección inadecuada, los riesgos inherentes al transporte, y el recrudescimiento, en algunos países, de las excavaciones clandestinas, robos, tráfico ilícito y actos de vandalismo...”*

En lo relativo a los recursos arqueológicos el daño es especialmente serio, porque es un recurso no renovable, y porque las reservas arqueológicas pueden ser totalmente destruidas. En cambio, las modernas obras de arte aunque no pueden ser reemplazadas si se destruyen, al menos se suman a un stock general de patrimonio cultural.

#### **1.1.4 Patrimonio Cultural como recurso no renovable**

El patrimonio cultural es un recurso no renovable en su esencia. Por ello es urgente generar políticas eficaces, mecanismos económicos y legales para la conservación y manejo del patrimonio. La preservación de la diversidad cultural es importante como una fuente de trabajo creativo y cualquier pérdida significativa del patrimonio cultural es una pérdida irreparable para las futuras generaciones. A diferencia de los recursos naturales de índole biológica que, salvo graves atentados a su ciclo natural, están sujetos a renovaciones periódicas, los recursos culturales que configuran el patrimonio cultural tangible (monumentos, sitios arqueológicos, obras de arte) e intangible (idioma, costumbres) se consideran no renovables porque constituyen creaciones de la mente humana, cuya singularidad hace que una vez desaparecidas no sea posible reproducirlas de manera idéntica. Esta

---

<sup>12</sup> Recomendación sobre Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas. UNESCO, París, 1968.

situación es aún más dramática tratándose de patrimonio cultural arqueológico, donde la desaparición de sus ejecutores y contextos de uso originales hace virtualmente imposible que luego de su destrucción ellos sean recuperados. A esto se debe que las medidas concebidas para su protección sean aún más severas y acuciosas.

Es muy difícil la elección de políticas por parte del legislador con las cuales enfrentar la protección legal del patrimonio cultural, debido a que existen conflictos entre intereses considerados de gran importancia y que han encontrado tradicionalmente un gran apoyo en los sistemas legales. No hay forma que todos estos intereses puedan ser satisfechos a un mismo tiempo. El valor asignado al “libre mercado” o a la “cultura” varía considerablemente de país en país. Así la naturaleza de los compromisos variará de un país en otro. El legislador también debe estar consciente de que los intereses de un grupo específico no necesariamente deben comprometerle.

### **1.1.5 Necesidad de Intervención Legislativa**

Los valores inherentes al patrimonio cultural son evidentes, tal como lo demuestra el creciente interés que despierta en los gobiernos y en la comunidad. De este modo llegó a ser necesaria la intervención de la legislación en esta área. Desafortunadamente, el daño al patrimonio cultural ha llegado a ser cada vez más serio y algunos de ellos sólo pueden ser controlados por los gobiernos. Sin embargo, no debe esperarse demasiado de la legislación. La acción legal tiene sus límites. Los problemas de fiscalización de infracciones conducen a mantener una gran cantidad de servicios administrativos que supervisen y controlen el cumplimiento de la ley. No obstante, la experiencia en países europeos ha demostrado que resultan más efectivos los programas de educación del público<sup>13</sup>.

El extenso contenido del patrimonio cultural ha determinado la creación, en muchos países, de un órgano funcionalmente descentralizado para desarrollar la acción de promoción y protección del Estado en la materia. A ello se agrega que en varios países con gran preocupación por lo cultural, existen entes públicos abocados a un ámbito específico del patrimonio, que constituyen servicios descentralizados del ente principal de la administración cultural, dando lugar a una especialización en la administración patrimonial. Estas instituciones especializadas se pueden agrupar en las siguientes categorías: 1) Instituciones de salvaguarda de

---

<sup>13</sup> P.O'KEEFE. & Prott, L, Op.cit.13

sitios y monumentos de interés cultural, 2) Bibliotecas, archivos y museos, y 3) Instituciones de promoción del folklore y de las artes populares.

### **1.1.6 Inclusión del Patrimonio Cultural dentro del concepto amplio de *medio ambiente* en la legislación chilena**

La consagración en la Constitución Política de 1980 del “*derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*” señala la protección constitucional del medioambiente en nuestro ordenamiento jurídico. Una dificultad que entraña este artículo es que el constituyente no define lo que entiende por “*medioambiente*”, labor que quedará entregada, por lo tanto, a la legislación, a la doctrina y a la jurisprudencia. Desde el punto de vista doctrinario, el profesor José Luis Cea<sup>14</sup> afirma que “*el medio o ambiente a que se refiere la Constitución es el sistema compuesto por elementos bióticos y abióticos que rodean naturalmente al hombre y le permiten el desarrollo de su vida*”. En tanto, el artículo 2º, letra II) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial de 9 de Marzo de 1994, entiende por 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 o condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.*

Esta definición legal consagra en nuestro ordenamiento jurídico un concepto amplio de medioambiente, que incluye no sólo los componentes naturales sino también *culturales*. Es de la mayor trascendencia pues incorpora al patrimonio cultural dentro de los aspectos protegidos por la ley 19.300 quedando sometido también al sistema de evaluación de impacto ambiental. En la práctica, esta inclusión se ha traducido en uno de los mecanismos de protección del patrimonio cultural más importantes con que cuenta nuestra legislación.

De acuerdo al artículo 11º de la Ley 19.300 los proyectos enumerados en el artículo 10º de la misma ley, requerirán la elaboración de un estudio de impacto ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos,

---

<sup>14</sup> CEA, José Luis .“Tratado de la Constitución de 1980”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago,1988. p.331

características o circunstancias: Artículo 11° letra f) “*alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural*”.

Según M. Castillo<sup>15</sup> los autores partidarios de una protección más intensa del medio ambiente postulan una concepción amplia de éste, comprensiva de “*todo aquello que rodea al hombre, lo que le puede influenciar y ser influenciado por él*”<sup>16</sup>. Concebido de esta forma, se lo podría dividir en tres categorías: a) ambiente natural; b) ambiente construido por el hombre; y, c) ambiente social.

A continuación nos dedicaremos a precisar el contenido del término “pueblos indígenas” desde el punto de vista jurídico y también cultural-antropológico. Se trata de un concepto muy importante para el desarrollo de la presente investigación que busca precisar el régimen jurídico de protección del patrimonio cultural en general, y también del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Por ende, antes de determinar el marco legislativo de protección es indispensable saber a ciencia cierta quienes son sus titulares.

## **1.5 Definición de “Pueblos Indígenas”**

### **1.5.1 Concepto Jurídico de “Pueblos Indígenas”**

En el lenguaje común el vocablo “pueblo” posee distintas connotaciones. Se refiere, unas veces a la población toda, otras veces a la que dispone de menores posibilidades económicas. Puede también referirse a la nación, y también al electorado, a la raza, al conjunto de gobernados, etc. Según Silva Bascañán,<sup>17</sup> comprendido el término “pueblo” como la sociedad mayor dentro de la cual se mueven infinidad de personas, familias y organizaciones, no debe desconocerse la existencia de variados sectores que presentan determinadas características que han de ser tomadas en cuenta y consideradas en la concepción de un bien que,

---

<sup>15</sup> CASTILLO Sánchez, Marcelo. “Régimen Jurídico de Protección del Medio Ambiente. Aspectos Generales y Penales” Ediciones BLOC. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Santiago, 1994. p.111

<sup>16</sup> MATEOS, Antonio. “Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente”, Editorial Colex, Madrid, 1992.p.32

<sup>17</sup> SILVA Bascañán, Alejandro. “El concepto de “pueblo” en el Proyecto de Ley Indígena y de Reforma Constitucional”. En :”Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena”. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992. p.24

favoreciendo a todos, aproveche también a quienes integran el respectivo sector. Esto es evidente si consideramos la protección dada por nuestra Constitución a los cuerpos intermedios (Artículo 1°).

Debemos focalizar ahora nuestra atención hacia una definición de los pueblos indígenas que convenga a las bases de nuestro orden institucional.

La Ley N°17.729 en su artículo 1°, desarrolla un concepto legal de indígena, según el cual:

*Artículo 1°: Se tendrá por indígena, para todos los efectos legales, a la persona que se encuentre en alguno de los siguientes casos:*

*1° Que invoque un derecho que emane directa o indirectamente de un título de merced o título gratuito de dominio, otorgado en conformidad a las leyes de fechas 4 de diciembre de 1866, de 8 de Agosto de 1874 y 20 de enero de 1883; a la ley 4.169 de 8 de septiembre 1927; a la Ley N°4.802, de 11 de febrero de 1930; al decreto N°4.111 de 9 de Julio de 1931; a la Ley N°14.511 de 3 de enero de 1961 y demás disposiciones legales que las modifican o complementan;*

*2° Que invoque un derecho declarado por sentencia dictada en juicio de división de una comunidad indígena con título conferido de acuerdo a las disposiciones legales mencionadas en el número precedente, salvo que dicho derecho se haya adquirido por un título oneroso anterior o posterior a la división, y*

*3° Que, habitando en cualquier lugar del territorio nacional, forme parte de un grupo que se exprese habitualmente en un idioma aborígen y se distinga de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia; costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de grupos étnicos autóctonos del país.*

Mylene Valenzuela<sup>18</sup> distingue tres criterios utilizados en la elaboración de este concepto por parte de nuestros legisladores: el territorial o reduccional, el lingüístico y el étnico o cultural. El criterio territorial o reduccional está implícito en los numerandos 1° y 2° del artículo 1, según el cual para tener la calidad de indígena una persona debía invocar: a) Un derecho que emanara “directa o

---

<sup>18</sup> VALENZUELA, Mylene. “La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno”. Memoria de Prueba. Profesor Guía: Carlos Aldunate. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 1992. p.141



indirectamente” de un título de merced o título gratuito de dominio, o b) Un derecho declarado por sentencia, dictada en juicio de división de una comunidad indígena.

El criterio lingüístico está contenido en el N°3, y confería la calidad de indígena a aquél que formara parte de un grupo que se expresare “habitualmente en un idioma aborigen”. Esta disposición era discriminatoria ya que existen indígenas que han perdido su lengua materna , pero no su cultura.

El criterio étnico o cultural está contenido en la segunda parte del N°3, en virtud del cual, un individuo era indígena si en relación al resto de los habitantes del país mantenía algunas manifestaciones de su propia cultura. Valenzuela<sup>19</sup> critica esta disposición por la ausencia del factor de autoidentificación, del elemento subjetivo que permite a los propios individuos de un grupo étnico definir su pertenencia. Berdichewsky<sup>20</sup> formula una crítica similar al señalar que a esta definición de indígena le faltó “*el reconocimiento de la identidad étnica, el que no puede ser suplido sólo por un “certificado de identidad” otorgado por una instancia fiscal*”. El autor citado agrega que “*si no se reconoce este sentimiento de autodeterminación individual para considerarse o no indígena, la legislación lleva implícita una discriminación, tanto al definir compulsivamente a aquél que se haya asimilado, como por el contrario, al no reconocer su calidad de indígena al que se encuentra identificado como tal*”.

En tanto, el Artículo 1° de la Ley Indígena N°19.253 (1993) en actual vigencia, establece en el Párrafo 1° sobre Principios Generales lo siguiente:

*Artículo 1, inciso 1°:” El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias, siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.”*

Consagra el reconocimiento por parte del Estado a los indígenas y sus culturas. Según consta en el Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados, relativo a Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas<sup>21</sup> en relación

<sup>19</sup> VALENZUELA, Mylene. Op. cit. p.145

<sup>20</sup> BERDICHEWSKY, Bernardo. “*Etnicidad y Clase Social en los Mapuches*”.Revista Araucaria N°9, Madrid, 1980.p.67

<sup>21</sup> Sesión N°10 del 3 de Julio de 1993.

a este artículo, la Comisión debatió si debía incluirse el concepto de etnia en conjunto con el término cultura. Sobre el particular el antropólogo Horacio Larraín, invitado a la Comisión, señaló que *“la palabra etnia, del griego ethnos, designa, en efecto, grupos humanos, donde quiera que existan, que poseen características raciales y culturales propias y que hunden sus raíces en sus territorios desde lejanos tiempos. Son, por una parte, muy anteriores a la constitución del Estado y Nación chilena. Propugnamos la voz etnias por cuanto los indígenas de Chile constituyen grupos sociales vivos, no mera adición numérica de personas. Estas etnias poseen, hasta hoy, no sólo rasgos culturales diferenciales, sino también formas de organización heredadas del pasado, las que les han permitido mantenerse como grupo social”*. La Comisión concordando con las observaciones manifestadas precedentemente, acordó reemplazar la palabra “cultura” por “etnia”.

Consideramos de interés reproducir el Artículo 1 contenido en el Proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, el cual fue modificado hasta lograr el texto actual contenido en la Ley N°19.253, dado que una de las principales modificaciones se refiere, precisamente, a la eliminación del término “pueblo”,

*Artículo 1, inciso 1°: “Se entenderá por pueblos indígenas de Chile a los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio chileno desde tiempos precolombinos, que conserven manifestaciones étnicas y culturales distintas a las del resto de los habitantes de la República, tales como sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo, idioma, religión o cualquier otra forma de manifestación cultural autóctona”*

El día 21 de enero de 1993, en la sesión N°44 de la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional de la normativa sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas se discutió sobre la conveniencia de eliminar o mantener el vocablo “pueblos” del Artículo 1°, primando la primera alternativa. Las opiniones vertidas por los señores diputados son esclarecedoras de los criterios que operaron en dicha decisión. A este respecto analizaremos las opiniones de los diputados Viera- Gallo, Ojeda y Pérez. Tanto Viera- Gallo como Ojeda se manifestaron partidarios de mantener el vocablo “pueblos indígenas”, aclarando que no debe entenderse el término “pueblos” en el sentido que le es dado en derecho internacional, es decir, como titulares del derecho de autodeterminación, al margen de la autoridad ejercida por el Estado en el cual se encuentran insertos.

Viera-Gallo:

*“Por eso comprendo pero lamento que no se haya usado el concepto de “pueblos indígenas” en la nueva legislación. Evidentemente en el Convenio 169 de la OIT que reconoce la existencia de estos pueblos y es el instrumento más avanzado en derecho internacional sobre la materia, se sostiene con toda claridad que el concepto de “pueblo” allí utilizado no tiene la misma acepción que el concepto de “pueblo” a nivel del derecho internacional. Por tanto, no entraña de por sí ningún tipo de amenaza a la unidad nacional.*

*En eso los sectores de la Oposición se han equivocado al negarse a utilizar este concepto en la nueva legislación. Más allá del problema semántico,*

*lo importante es que sea concordada en la Cámara una misma óptica para enfrentar un problema, reconociendo por fin la pluralidad racial y cultural de Chile y, al mismo tiempo, afirmando la unidad común de todos los que componemos la nación”.*

Ojeda:

*Tan sólo al no considerar como pueblo a los grupos indígenas dentro de la ley, contraría su espíritu, porque “pueblo” no es lo que muchos pretenden definir. El concepto pueblo está referido al de comunidad étnica con territorio propio o en que la mayoría de sus miembros habita un territorio común, con un grado de extensión de la conciencia étnica. No resultaría contrario a la Constitución, por cuanto el inciso tercero del artículo 1° de la Carta Fundamental los considera como grupos intermedios, en cuanto representa una realidad sociológica que es diferente de la persona de sus miembros y de la sociedad organizada en el Estado. Por lo tanto, de acuerdo con lo que se señala en el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, este concepto no deberá interpretarse en el sentido de que tenga alguna implicación en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. Esta disposición se insertó con el objeto de evitar que este concepto se entendiera como una facultad de auto-gobernarse o de autodeterminarse”.*

El diputado Perez, en cambio, fue partícipe de las opiniones que señalaron la

necesidad de eliminar el vocablo “*pueblos*”. Similares argumentos fueron vertidos por el senador Sinclair, quien agrega un discutible argumento “*geopolítico*”. Esta tendencia primó en la redacción del artículo 1° de la Ley 19.253. En nuestra opinión dicha argumentación carece de una base sólida ya que nuestra Carta Fundamental reconoce la existencia de grupos intermedios con intereses diversos, sin que por ello se produzca una escisión dentro de la comunidad nacional.

Pérez:

*“Señor Presidente, el proyecto en debate es muy necesario para las comunidades indígenas. Es de esperar que sea orientado hacia el desarrollo de esas etnias, que forman parte de nuestra idiosincrasia, y que no se aplique desde la óptica de crear odiosas discriminaciones separatistas entre nosotros, como si dentro del país existieran dos pueblos, el chileno y el indígena. Ese fue el pensamiento que guió a los parlamentarios de Renovación Nacional quienes fuimos insistentes en eliminar el título de “Pueblos Indígenas”, por esas razones.”*

En tanto, en el Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas,<sup>22</sup> se señala que en forma previa a la votación en general del Proyecto de Ley, la Comisión debatió acerca de la utilización del término “pueblos indígenas”. El documento mencionado destaca la opinión del senador Sinclair quien

*“manifestó su discrepancia al uso de estos términos en el proyecto, toda vez que la totalidad de los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación, tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas en el interior del territorio”.*

Antes de referirnos a las opiniones vertidas por nuestros legisladores acerca de la utilización del vocablo “*pueblos indígenas*” en la Ley Indígena de nuestro país, examinaremos el desarrollo y alcance de este concepto en derecho internacional. Nuestro objetivo es ampliar nuestra perspectiva incorporando criterios vigentes más allá de nuestras fronteras.

---

<sup>22</sup> Sesión N°10 del 3 de Julio de 1993.

### 1.5.2 El concepto de “pueblos indígenas” en Derecho Internacional

A continuación examinaremos algunos documentos elaborados por organismos internacionales que se refieren tanto al vocablo “pueblo” como al de “pueblos indígenas”. Es interesante ahondar en esta diferenciación, dado que uno de los argumentos para no utilizar el término “pueblos indígenas” en la Ley 19.253 se refiere a los derechos conferidos por ciertos Pactos internacionales a los “pueblos” en sentido genérico, tales como el derecho a la libre determinación. A este respecto Silva Bascuñán<sup>23</sup> señala

*“puede advertirse que a la expresión “pueblo”, usada tratándose de indígenas, no ha de atribuirse, por cierto, la misma significación que a ella le den, tanto el art.1° del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, como el art.1° del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaborados por las Naciones Unidas, en 1966: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.*

El autor citado nos explica que en el texto de los Pactos, recién transcrito, la acepción “pueblo” equivale al término Nación, que se lo emplea a menudo como sinónimo de pueblo.

*“Usada la palabra “pueblo” como sinónimo de “nación” en los citados Pactos, ha de reconocerse que en el interior del Estado pueden convivir pluralidad de “pueblos” si ahora se toma el vocablo en la acepción que queremos darle cuando se habla de los pueblos indígenas. Es perfectamente posible, en efecto, que en la sociedad nacional coexistan diversos sectores de sus habitantes que reúnan las características atribuidas a los pueblos en las definiciones transcritas y que provienen de la conjunción de variadas circunstancias históricas, raciales, sociológicas, lingüísticas, religiosas y culturales”.*<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> SILVA Bascuñán, Alejandro.Op. Cit. p.25.

<sup>24</sup> SILVA Bascuñán, Alejandro.Op. Cit. p.25.

Por otra parte, la Resolución N°1.589 del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas<sup>25</sup> señala un concepto muy completo sobre las poblaciones indígenas, que resulta completamente aplicable a las minorías étnicas de origen precolombino en nuestro país. Al respecto señala:

*“Las poblaciones indígenas están constituídas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaban el presente territorio de un país, total o parcialmente, en el momento en que llegaron a él personas de otra cultura u origen étnico, provenientes de otras partes del mundo y que los dominaron y los redujeron, por medio de la conquista, asentamiento u otros medios, a condición no dominante o colonial y que viven hoy más en conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales, que con las instituciones del país del cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en la que se incorporan principalmente características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos predominantes de la población.”*

En 1989 se lleva a cabo la 76a. reunión de la O.I.T. cuyo objeto fue revisar el antiguo *Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales*<sup>26</sup> al cual se le atribuye un carácter asimilacionista. La nueva orientación supone necesariamente revisar la terminología a utilizar para denominar a las comunidades indígenas. Al respecto L. España- Smith<sup>27</sup> opina que

*“dentro del nuevo y moderno enfoque, es fundamental la introducción del término “pueblos” como concepto que expresa apropiadamente la identidad que cada uno de estos pueblos tiene o siente tener dentro del contexto y en el marco de los Estados en que viven”.*

Se señala también en el mismo instrumento que

---

<sup>25</sup> Resolución N°1.589. Consejo Económico Social de las Naciones Unidas. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, 1971.

<sup>26</sup> Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (Núm.107). Conferencia Internacional del Trabajo. 76a. Reunión, 1989, Ginebra, Suiza. Oficina Internacional del Trabajo. Informe IV (2B), 1989.

<sup>27</sup> ESPAÑA- SMITH,L.“*Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales,1957 (núm.107)*”. Conferencia Internacional del Trabajo, 76a. Reunión 1989. Ginebra, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo. Informe IV (2 B),1989, p.12.

*“El término pueblos responde mejor al contexto del instrumento ya que se trata de definir una comunidad social y cultural que se distingue por su identidad y su especificidad. Por otra parte, el término pueblo encaja bien con el de territorio para designar el espacio en que vive”.*

Finalmente, el *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989*<sup>28</sup>, destinado a promover los derechos de los pueblos indígenas y tribales a nivel internacional, reconoce las aspiraciones de estos pueblos respecto a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, promoviendo su desarrollo económico y la mantención de sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven. Este Convenio reivindica la utilización del término “pueblos indígenas” por sobre el concepto de “poblaciones indígenas” usado por el Convenio N°107 de la OIT, dado que el concepto “pueblos” conlleva el sentido de identidad y de organización histórica. Al mismo tiempo, y para evitar los conflictos que pudiere originar la interpretación del término “pueblos” en el sentido dado por el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, señala en su Artículo 2°, inciso 3°:

*“La utilización del término “pueblos” en este Convenio, no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional. ”*

En consecuencia, la palabra “pueblo” utilizada por el Convenio no tiene implicaciones respecto del derecho de libre determinación.

A partir del análisis hecho de la legislación nacional sobre la utilización del término “pueblos indígenas” (o su exclusión), así como del tratamiento dado a este tema en instrumentos legislativos internacionales podemos concluir que el Artículo 1° de la Ley 19.253, es bastante deficiente, por cuanto no supera las críticas hechas al Artículo 1° de la Ley 17.729 relativas a que la definición no considera el factor de autoidentificación o elemento subjetivo que permite a los propios individuos de un grupo étnico definir su pertenencia o identidad étnica. A partir del análisis del

---

<sup>28</sup> Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Lima, Perú. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo y Oficina Regional del Trabajo para América Latina, Doc. 89/1, 1989.

sentido dado por los instrumentos internacionales al término “pueblos indígenas” resulta evidente que este sentimiento de identidad o autoidentificación está implícito en dicho concepto, por cuanto no sólo los tratadistas sino también instrumentos de gran relevancia internacional como el Convenio 169 de la OIT recomiendan su uso. En nuestra opinión, la eliminación de este vocablo durante la discusión del Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados y Senadores es muy desafortunada. Señala la falta de seriedad con que ciertas colectividades políticas abordan los temas a ser legislados, guiándose por consideraciones superfluas y contingentes, en vez de buscar asesoría para decidir sobre temas que colindan lo jurídico y antropológico. El empleo del vocablo “indígenas” en vez de “pueblos indígenas” impide la percepción de nuestro país como un Estado pluriétnico poniendo en riesgo la protección de nuestra diversidad cultural, al mismo tiempo que desconoce la percepción que tienen las comunidades indígenas sobre sí mismas.

### **1.5.3 Definición Antropológica del término “pueblos indígenas”**

Según el antropólogo Bernardo Berdichewsky<sup>29</sup> “la definición de indio debe involucrar, además del aspecto legal o material existente, también y fundamentalmente, el carácter étnico (es decir, la pertenencia del o de los individuos a un grupo étnico determinado, un grupo indígena en este caso). Lo que define, esencialmente, a un grupo étnico no es tanto su característica racial, sino, básicamente, su aspecto e idiosincracia social y cultural. O sea, un grupo social definido y con sus creaciones materiales y espirituales, costumbres y normas de comportamiento, idioma propio, sistemas de creencias, valores, etc. En este sentido debemos considerar indígena, a toda persona que ha sido endoculturada o socializada, en mayor o menor grado, dentro de las pautas culturales de su grupo étnico indígena, especialmente a través del idioma. Este proceso positivo de endoculturación, sumado a otros procesos, a veces negativos, como la discriminación o los conflictos raciales, producen en el individuo un sentido de identificación con su grupo étnico”... “Consideramos que la denominación correcta para los agregados sociales constituidos por los indígenas debe ser la *Comunidad étnica*, tipificada por características más o menos comunes de orden *cultural* (incluido idioma), *psicológico* (incluido el sentimiento de identidad) y también *socio-económico* (trabajadores, comunidad agraria de subsistencia, etc.). En mucho menor escala y en carácter totalmente secundario pueden darse otros factores,

---

<sup>29</sup> BERDICHEWSKY, Bernardo. Op.Cit.p.71



como los biológicos por ejemplo.”<sup>30</sup>

En resumen, deberíamos considerar indígena a todo aquél que posee, incorporada en su personalidad, la cultura de su grupo étnico, se siente identificado con éste y comparte con él, también, ciertas características económicas y sociales. Una base material (expresada en estructuras económicas y de la organización social), la cultura étnica y la identidad étnica son, entonces, los elementos claves. A ellos pueden sumarse otros de carácter jurídico - legales, bio- psicológicos, etc., pero si no existen aquellos, éstos tampoco tienen sentido.

Por otra parte, el antropólogo Alejandro Lipschutz<sup>31</sup> señala que se define como una *comunidad étnica indígena*, la que evolucionó desde una sociedad tribal hasta convertirse en un pueblo, el que está llegando a ser más y más una minoría nacional dentro de la nación chilena.

En tanto, el antropólogo y cientista social Darcy Ribeiro<sup>32</sup> define como *indígena* a “*todo individuo reconocido como miembro por una comunidad de origen precolombino que se identifica como étnicamente diversa de la nacional y es considerado indígena por la población nacional con la que está en contacto*”.

Finalmente, Nancy Yáñez<sup>33</sup> considera que en el concepto de “pueblo” existen dos elementos básicos: 1) Grupo étnico: asociación de personas que comparten una comunidad de territorio, lenguaje y cultura, y fundamentalmente una consciencia colectiva de pertenencia a dicha colectividad y de ser por lo mismo diferentes; y 2) Elemento Subjetivo: determinado por la percepción que el grupo étnico tiene de sí mismo, vale decir, la colectividad se autodenomina “pueblo”, lo que además es válido para la determinación de los miembros que integran el pueblo, en cuyo caso hablamos de autoidentificación.

---

<sup>30</sup> BERDICHEWSKY, Bernardo. Op.Cit. p. 72

<sup>31</sup> LIPSCHUTZ, Alejandro, “*The Law of the Tribe, the law of the Nation and Double Patriotism in Latin America*”. Anthropology and Social Change in Rural Areas. Editado por B.Berdichewsky, World Anthropology Series. Mouton Publishers, The Hague, 1989. p.4

<sup>32</sup> RIBEIRO, Darcy. “*Definicao de “indio”, “indigena”, “silvícola*”. En: INDIOS. Grau de Integracáo na comunidade nacional, Ministerio de Agricultura. Conselho Nacional de Protecao aos indios. Publicacao N°1, Río de Janeiro, 1964, p.13

<sup>33</sup> YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y su implicancia en el caso chileno” Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1990, p.39

## **Capítulo 2: Marco Constitucional y Legislativo de protección del Patrimonio Cultural en la legislación chilena**

En este Capítulo se establecerá el régimen jurídico de protección del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno. Nuestro objetivo es aportar una visión sistemática de los mecanismos legales de protección en actual vigencia en nuestro país, de manera de identificar sus falencias y dar operatividad a una regulación dispersa e inorgánica, que atenta contra una eficaz salvaguarda de nuestra herencia cultural. Dada la complejidad del concepto *patrimonio cultural*, cuyos variados alcances se mencionaron en el capítulo I, su protección involucra a diversas disciplinas científicas, tales como la Historia, la Arqueología, la Antropología y, por cierto, el Derecho. Esto hace necesario que desarrollemos un enfoque multidisciplinario para abordar los distintos temas. De igual modo, dentro de la ciencia jurídica el estudio de la protección del *patrimonio cultural* requiere el concurso de distintas disciplinas, tales como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Derecho Ambiental, el Derecho Penal y el Derecho Internacional, entre otras. Comenzaremos nuestro análisis examinando las normas constitucionales que consagran la protección del patrimonio cultural en Chile.

### **2.1 Protección Constitucional del Patrimonio Cultural**

#### **2.1.1 Protección Constitucional del Patrimonio Cultural en sentido genérico**

De acuerdo a lo mencionado en el Capítulo anterior<sup>34</sup> el concepto de *patrimonio cultural* se encuentra implícito en el término *medio ambiente*. La

---

<sup>34</sup> Ver sección 1.6 Inclusión del Patrimonio Cultural dentro del concepto amplio de *medio ambiente* en la legislación chilena.

primera norma constitucional que consagra su protección se encuentra en el Capítulo III de la C.P.R. intitulado “De los Deberes y Derechos Constitucionales”, específicamente en su Artículo 19 N°8. El citado artículo dice en forma textual:

*Art.19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*N°8. 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.*

Pese a que nuestra Constitución no define el concepto de *medio ambiente*, sí lo hace la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, incluyendo entre sus contenidos a los elementos *socioculturales o sus interacciones*, consagrando por esa vía la protección del patrimonio cultural. El ejercicio del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra regulado básicamente por la Ley N°19.300, normativa que tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Por otra parte, la protección constitucional del patrimonio cultural también se expresa en el Artículo 19 N°24 que asegura “*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”. El mencionado artículo, en su inciso segundo, contiene una disposición de alcance ambiental. Ésta señala que, en lo referente a este derecho

*Sólo 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 su función social. Ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

De acuerdo a lo señalado por M. Castillo<sup>35</sup> con esta disposición “*quedó reconocida y consagrada la función ambiental de la propiedad*”. El autor mencionado agrega que la jurisprudencia en reiterados fallos se ha pronunciado sobre la materia, reconociendo como límite del derecho de propiedad la “*conservación del patrimonio ambiental*” y menciona como ejemplo los decretos que declararon monumentos naturales al alerce<sup>36</sup> y la araucaria<sup>37</sup> prohibiendo su tala y corte.

La actual Constitución innovó respecto de su predecesora al ampliar el concepto de “función social” y vincularlo a intereses ambientalistas. Pese a que la C.P.R. no define el concepto de “patrimonio ambiental”, la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en su artículo 2° letra b) establece lo que ha de entenderse por “conservación del patrimonio ambiental” y señala

*Artículo 2: Para todos los efectos legales, se entenderá por:*

*b)Conservación del Patrimonio Ambiental:*

*El uso y aprovechamiento en forma racional o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración.*

De acuerdo a lo expresado, la definición de *medio ambiente* contenida en la Ley N°19.300, específicamente en su artículo 2, letra II), considera a los elementos *socioculturales o sus interacciones*, incorporando el patrimonio cultural al concepto. Por ende, el Artículo 2 letra b) exige el uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso de los componentes del patrimonio cultural que resulten dañados por una determinada actividad. Asimismo, de acuerdo al artículo 19 N°24 de la C.P.R., el derecho de propiedad puede ser limitado en atención a la *función social* de la propiedad, la que considera, entre otros criterios, la *conservación del patrimonio ambiental*, que incluye a su vez, la protección del patrimonio cultural.

---

<sup>35</sup> CASTILLO Sánchez ,Marcelo. “Régimen Jurídico de Protección del Medio Ambiente. Aspectos Generales y Penales” Ediciones BLOC. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Santiago, 1994,p.53.

<sup>36</sup> Vid. “Forestal Venecia Ltda. Apelación de Queja Civil”. En Fallos del Mes, N°347, octubre de 1987, p.672-673.

<sup>37</sup> Vid. “García Sabugal, Mario con Ministro de Agricultura”(Recurso de Protección), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXVIII,N°2, 2° parte, sección V,1990,pp.122-129.

El artículo 20 de la C.P.R., inciso 2°, consagra un recurso procesal que tiene por objeto resguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consignado en el Artículo 19 N°8. Se trata del Recurso de Protección del Medio Ambiente. Pese a que es uno de los principales instrumentos jurídicos de defensa del medio ambiente, su formulación es mucho más restringida que la de los restantes derechos protegidos por el inciso 1° del artículo 20 de la C.P.R. En efecto, un buen número de autores destaca su carácter excepcional. Entre ellos M. Castillo<sup>38</sup> aporta los siguientes caracteres que explican dicha cualidad.

En primer término, el carácter excepcional del recurso de protección del medio ambiente se expresa en que para que sea procedente se exige que el derecho sea “*afectado*”. En cambio, en los restantes derechos protegidos sólo basta que su titular sufra “privación, perturbación o amenaza”. En segundo lugar, el recurso sólo se puede alegar respecto de “*actos*”, mas no de omisiones. En tercer término, el inciso 1° del artículo 20 señala como requisito de procedencia del recurso la “*arbitrariedad*” o “*ilegalidad*” del acto u omisión; en cambio, para el inciso 2° ambos requisitos son copulativos, con lo cual se restringe enormemente su aplicación. Finalmente, se requiere la “*imputabilidad*” del acto “*a una autoridad o persona determinada*”, exigencia inexistente para los otros derechos protegidos.

Otra norma constitucional que protege el patrimonio cultural se encuentra en el Artículo 19 N°10 inciso quinto, que establece lo siguiente:

*Art.19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*N°10. El derecho a la educación.*

*Inciso Quinto:*

*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.***

### **2.1.2 Protección Constitucional del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas.**

---

<sup>38</sup> CASTILLO Sánchez ,Marcelo. Op.Cit. p.51

La Constitución Política de 1980, dictada bajo la vigencia del régimen militar, no reconoce de modo alguno la existencia de pueblos indígenas en Chile, y por lo mismo, no existe ninguna mención sobre la necesidad de proteger el patrimonio cultural aborigen.

De acuerdo a lo señalado por N. Yañez<sup>39</sup>, la ausencia de cualquier mención relativa a los pueblos indígenas de Chile en nuestra Carta Fundamental se explica por la preponderancia de determinados principios doctrinarios que la inspiraron, específicamente el de “*unidad nacional*”, que impide establecer “*divisiones artificiales entre los chilenos*”<sup>40</sup>. Otro principio que, según la autora mencionada, gravita en esta situación, se refiere a la igualdad ante la ley, según el cual todos los chilenos son iguales y no puede establecerse entre ellos discriminaciones arbitrarias. Se considera que el “problema indígena” no es diverso del que aqueja a otros chilenos en extrema pobreza. Esta concepción conduce a la inexistencia de una política indígena, y al esfuerzo por asimilar sus culturas e idiosincrasias dentro de un oscuro concepto de Nación, que niega la diversidad cultural y desconoce en forma absoluta la naturaleza pluriétnica de nuestro país.

En octubre de 1991 fue presentado a la Cámara de Diputados un Proyecto de Reforma de los artículos 1º, 19 N°22 y 62 de la Constitución Política de la República<sup>41</sup>, por parte del entonces Presidente de la República, Patricio Aylwin. La finalidad de estas modificaciones era<sup>42</sup> “*crear todas las instancias que permitan a los pueblos indígenas de Chile vivir en una sociedad que respete y considere los elementos esenciales de las costumbres e idiosincracia de estos pueblos*”. El Mensaje indica que se considera de la mayor importancia “*el reconocimiento de los Pueblos Indígenas como parte de la diversidad de la sociedad chilena*”. Se señala que la existencia de diversas culturas enriquece a la sociedad y la legislación debe fomentar el desarrollo armónico de estos pueblos impidiendo el arrasamiento de su cultura. El Mensaje argumenta que es insuficiente la dictación de una simple ley y que se hace necesario un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, sobretodo si se considera que “*los pueblos indígenas constituyen un porcentaje importante de la población chilena*”. El Proyecto de Reforma Constitucional establecía las siguientes modificaciones:

---

<sup>39</sup> YAÑEZ, Nancy, “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno”. Memoria de Prueba, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 1991. p.133

<sup>40</sup> YAÑEZ, Nancy, Op. Cit. p.134

<sup>41</sup> En :”Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena”. Anexo II. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992.

<sup>42</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República del Proyecto de Reforma de los Artículos 1º, 19 N°22 y 62 de la Constitución Política de la República.

Artículo 1°. Se agrega como inciso final

*“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena”.*

Artículo 19 N°22: Se agrega como inciso final

*“La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias determinadas en favor de las comunidades indígenas”.*

Artículo 62: Se agrega como N°7

*“7° Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas”*

Estas reformas tenían por objeto establecer, con claridad, que la protección excepcional que la ley puede brindar a comunidades indígenas en cualquier ámbito de significación económica, contaba con una autorización expresa de la Constitución. De este modo, ellas no podrían ser objetadas por discriminatorias.

Lamentablemente, estas reformas no fueron aprobadas y nuestra Constitución Política continúa sin hacer mención alguna a los pueblos originarios de Chile.

Debemos agregar que el Tribunal Constitucional, en Agosto del año 2000 definió lo que es un *“pueblo indígena”* contribuyendo de este modo a su reconocimiento constitucional y a generar un clima favorable para la aprobación del Convenio N°169 de la OIT. El citado tribunal declaró que *“los pueblos indígenas deben ser considerados un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotados de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultados en materias que les conciernan con estricta sujeción a la Ley Suprema del Estado de cuya población forman parte”*<sup>43</sup>.

Por otra parte, resulta preocupante observar la estrecha similitud entre los principios doctrinarios que inspiraron la Constitución Política de 1980, los cuales determinaron la ausencia del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y, por otra parte, los argumentos dados por algunos parlamentarios de Derecha (Ojeda, Sinclair) para excluir la palabra *“pueblos”* de la Ley Indígena. Ambas posturas se basan en el postulado que sostiene la inconveniencia de hacer distinciones entre los ciudadanos chilenos. A este respecto, y con el objeto de

---

<sup>43</sup> Ver: Diario “Nuestros Pueblos. Periódico para la Cultura Mapuche” Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Año 1, N°3, Noviembre de 2000, p.2.

enriquecer la discusión, considero de interés las opiniones vertidas por el arqueólogo y abogado, Carlos Aldunate<sup>44</sup> durante la discusión de la ley indígena en el Congreso, quien señaló

*“a partir de la República ha imperado el criterio de considerar a los indígenas como connacionales, es decir, como ciudadanos chilenos, con los mismos derechos y obligaciones de todos los habitantes del país, lo que si bien es cierto, se justificó por el idealismo romántico-liberal de la época de la Independencia, ha significado para los pueblos aborígenes una verdadera catástrofe, que ha llevado, incluso, a la desaparición de grupos enteros.*

*En la actualidad, reconocida la diversidad, tanto biológica como cultural, se hace necesario superar esa ficticia y pretendida igualdad, a través de una política indígena que, sin esquivar el tema de la diversidad, lo aborde frontal-*

*mente. Ello, agregó, no significa establecer un paternalismo, sino más bien, reconocer y valorar una realidad diferente. A partir de ello, y dado que nuestra sociedad no está aún preparada, debe, necesariamente, establecerse normas discriminatorias.”*

En tanto, durante el trámite de discusión del Proyecto de Ley Indígena en el Senado, el senador Thayer<sup>45</sup> retomó las ideas vertidas por Carlos Aldunate, refiriéndose al “gran problema de la igualdad jurídica frente a las desigualdades culturales” y al respecto señala que

*“Al instaurarse la República, primó el principio de igualdad: todos los hombres*

*eran chilenos y eran iguales, y no había que hacer distingo entre indígena, español o criollo. Pero esta igualdad jurídica donde existe desigualdad social y cultural esclaviza, en lugar de liberar.*

*Por eso se fue desarrollando con ritmos distintos esta doble dinámica de proteger la igualdad y, al mismo tiempo, la desigualdad. Como consta en el informe, en la Comisión, el Director del Museo de Arte Precolombino, don Carlos Aldunate, hizo notar cuán necesario es establecer preceptos*

---

<sup>44</sup> En: Informe de la Comisión de Asuntos Indígenas recaído en el Proyecto de Ley, de la Honorable Cámara de Diputados, relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas. Sesión N°10, 3 de Julio de 1993.

<sup>45</sup> Sesión N°12, martes 20 de Julio de 1993.



*discriminatorios para proteger este derecho a la igualdad.”*

Como vemos, y de acuerdo a lo expresado por diversos estudiosos del tema indígena, el principio de igualdad ante la ley, no debe ser entendido de manera infranqueable y absoluta, ya que se corre el riesgo de sentar las bases de una sociedad que practique una injusticia institucionalizada. La diversidad cultural, considerada como un valor, o bien jurídico protegido, requiere que a los detentadores de una cultura diversa a la occidental que forma parte de nuestras raíces como Nación, y en atención a su origen y cosmovisión diferente, les sea dado un tratamiento jurídico diverso del resto de la población. Este tratamiento diferencial no persigue crear un régimen paternalista sino evitar que su cultura sea arrasada por la cultura dominante.

Por otra parte, debemos también considerar que el reconocimiento de los derechos indígenas a nivel constitucional no es una situación de escasa ocurrencia en derecho comparado, por el contrario, muchos países americanos han consagrado en sus Cartas Fundamentales dicha protección. Por ejemplo, el reconocimiento de la existencia de la lengua y culturas indígenas junto a la cultura nacional, se consigna en las Constituciones Políticas de Ecuador y de Bolivia; la existencia misma de los grupos étnicos o comunidades indígenas como parte de la sociedad nacional es reconocida constitucionalmente en Guatemala y en el Perú; la creación de regímenes especiales de carácter territorial o de uso y de explotación de recursos en áreas indígenas, es contemplada por las Constituciones de Canadá, Brasil, Nicaragua y Panamá; finalmente, la aceptación del carácter multiétnico de la sociedad y del Estado creando un régimen autónomo para las comunidades indígenas, se registra en Nicaragua.

### **2.1.3 Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Política: su incidencia en la protección del Patrimonio Cultural**

El artículo 5° de la C.P.R. luego de la reforma de 1989, incorporó un inciso 2°, el cual crea nuevas obligaciones de rango constitucional para los órganos del Estado, al incorporar los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Esta importante modificación resulta muy relevante para la protección del patrimonio cultural en sentido genérico, y también para el reconocimiento y resguardo del patrimonio cultural de los pueblos indígenas.

El artículo 5° de la C.P.R. actualmente establece lo siguiente:

*“La soberanía reside en la Nación, su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.*

*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de 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.”*

Según C. Pinochet<sup>46</sup> al efectuar esta modificación la intención del constituyente fue *“elevar a rango constitucional las normas internacionales ratificadas o que puedan ser ratificadas por Chile en materia de derechos humanos y que los órganos del Estado - Ejecutivo, Legislativo y Judicial- deberán promoverlos, y lo que es más importante, respetarlos en la perspectiva de su nuevo status jurídico”*. Aprobado un tratado sobre derechos humanos, operaría necesariamente la derogación tácita de todas las normas contradictorias de inferior rango.

Entre los tratados sobre derechos humanos que se encuentran vigentes, y que es elevado a rango constitucional por la reforma de 1989, se encuentra el Convenio sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural<sup>47</sup>. Este Convenio protege al patrimonio cultural en sentido genérico y obliga al Estado de Chile y a sus órganos al pleno respeto y resguardo de estos bienes. La Convención señala que las obligaciones de los Estados partes consisten en identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y establece las formas de ello en el artículo 5°.

El Convenio mencionado versa sobre intereses culturales que han de ser considerados como derechos humanos y, por tanto, se encuentran incorporados al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política. En efecto, los derechos culturales deben ser entendidos dentro del complejo marco de los derechos humanos, tanto económico - sociales como civiles y políticos, con las relaciones y dependencias que existen entre unos y otros. Existe una estrecha vinculación entre los derechos culturales y el derecho a la libertad individual, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la educación, etc. Los derechos

---

<sup>46</sup> PINOCHET, Cesar. “Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”. En: “La Reforma Constitucional de 1989. Estudio Crítico”, Cuaderno de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N°13, Enero de 1990. Santiago, Chile. p.7

<sup>47</sup> Convención sobre protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, UNESCO. Paris, 1972

culturales se clasifican dentro de la categoría de “derechos públicos subjetivos”, lo cual significa que sus titulares pueden exigir algo del Estado, es decir, acciones de respeto y garantía. El Estado debe adoptar medidas legislativas, políticas y administrativas tendientes a proporcionar a todos los habitantes del país medios jurídicos y materiales que garanticen la libre y efectiva participación en el mundo de la cultura. El desarrollo de los derechos culturales como derechos humanos es un logro reciente, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos<sup>48</sup>, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad<sup>49</sup> y el derecho a desarrollar una cultura<sup>50</sup> forman el núcleo de un sistema rudimentario de derechos humanos que protege intereses culturales.

Por otra parte, el patrimonio cultural de los pueblos indígenas se encuentra también protegido por una serie de tratados sobre derechos humanos vigentes que cuentan con rango constitucional. Por ejemplo, el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Los siguientes tratados sobre derechos humanos de la O.N.U., ratificados por Chile, favorecen la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas:

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948. Entró en vigor el 12 de Enero de 1951 y fue ratificado por Chile el 3 de Junio de 1953.
- Convención relativa a la Lucha contra la discriminación en la esfera de la Enseñanza, 1960, UNESCO. Entró en vigor el 14 de Diciembre de 1960 y fue ratificado por Chile el 26 de Octubre de 1971.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1965. Entró en vigor el 4 de Enero de 1969 y fue ratificado por Chile el 20 de Octubre de 1971.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Entró en vigor el 3 de Enero de 1976 y fue ratificado por Chile el 10 de Febrero de 1972.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Entró en vigor el 23 de Marzo de 1976 y fue ratificado por Chile el 10 de Febrero de 1972.

---

<sup>48</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Artículo 26, 1948.

Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 13 (3) a. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

<sup>49</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Artículo 27 (1), 1948.

Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 15 (1) a. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

<sup>50</sup> Declaración de Principios de Cooperación Cultural Internacional, UNESCO, Artículo 1 (2), 1966.

## **2.2 Protección Legal del Patrimonio Cultural por medio de leyes especiales.**

La protección legal del patrimonio cultural en nuestro país está dada por la existencia de ciertas leyes especiales que se han ido dictando a través del tiempo, no siempre con la suficiente correspondencia y armonía entre sí, que permita la existencia de un sistema jurídico coherente. Los principales cuerpos legales especiales que abordan dicha protección son la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales y su Reglamento, la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y su Reglamento, y la Ley N°19.253 o Ley Indígena. También pueden aplicarse a la protección del patrimonio cultural las leyes de carácter general que se refieren al tema. A ellas nos referiremos en el N°3 de este Capítulo.

### **2.2.1 Protección del Patrimonio Cultural en la Ley N°17.288 de Monumentos Nacionales.**

La principal ley que norma el Patrimonio Cultural es la Ley de Monumentos Nacionales N° 17.288 del 4 de Febrero de 1970, y el Reglamento de la Ley 17.288, sobre excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, del 2 de Abril de 1991. Debido a la fragilidad del patrimonio cultural monumental es indispensable la acción de tutela del Estado para proteger su integridad. De acuerdo a lo señalado por M. Revetria<sup>51</sup> *“esta protección supone aceptar un concepto moderno de la misión del Estado, reconocer un justo intervencionismo estatal y la existencia de limitaciones al derecho de propiedad en favor del bien común, de las necesidades sociales”*. A partir del análisis de la Ley N°17.288, la autora mencionada nos propone la siguiente definición de *monumento nacional*:

*“puede definirse a los monumentos nacionales como bienes materiales que por su interés histórico, científico, artístico y en general, cultural, que ellos tienen, han sido sometidos - mediante un procedimiento establecido o por el sólo 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*

---

<sup>51</sup> REVETRIA, Mafalda. “El régimen jurídico de la propiedad monumental en Chile”. Revista de Derecho Público N°21-22, Santiago, 1977, p. 86

*propietarios particulares ciertas limitaciones en su derecho de dominio”.*<sup>52</sup>

El Artículo 1 de la Ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales señala que debe entenderse por monumento nacional a una larga enumeración de bienes, los cuales quedan bajo la tuición y protección del Estado, ellos son:

- *“Los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico”.* Esto es ampliado posteriormente, en el Artículo 9°, al hablar de los monumentos históricos.

- *“los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes; las piezas u objetos antropológicos, 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 la Ciencia...”.*

Puede decirse que la ley trata de incluir como monumento nacional, todos los bienes de carácter antro- arqueológico, vale decir, todo lo material relativo a las ciencias que estudian el origen del hombre y las culturas pasadas.

En el caso concreto de los sitios arqueológicos, el Artículo 21° declara que *“por el sólo ministerio de la Ley, son monumentos arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antroarqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional”*, sin necesidad de declaración previa.

- *“Los santuarios de la naturaleza”*, noción que es analizada posteriormente en el Artículo 31° de la misma ley, definiéndolos como *“todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios o investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas y de ecología o que posean formaciones naturales, cuya conservación sea de interés para la ciencia o para el Estado”*.

- y finalmente, - *“Los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, inscripciones, y, en general, todos los objetos que están destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo”*. Es decir, los monumentos públicos.

La Ley N°17.288 encarga la tutela de los Monumentos Nacionales a un órgano administrativo denominado Consejo de Monumentos Nacionales. Se trata de un organismo de naturaleza colegial, que tiene radicado en sí la casi totalidad de las atribuciones e iniciativas en esta materia. Es un órgano técnico dependiente del

---

<sup>52</sup> REVETRIA, Mafalda. Op. Cit. p.91

Ministerio de Educación y, por tanto, órgano integrante de la Administración Pública centralizada de nuestro país. Es ayudado en su labor por entidades y autoridades civiles y militares, tales como Municipalidades, Intendentes, Gobernadores, Fuerzas Armadas y Carabineros. La mayor parte de sus atribuciones se traducen en la protección de los Monumentos Nacionales bajo su cuidado, entre ellas mencionaremos la facultad de declarar monumento a un bien, autorizar y conceder permisos para realizar excavaciones arqueológicas, llevar un registro de todos los Monumentos Nacionales, autorizar trabajos de reparación en monumentos históricos, etc.

### **2.2.2 Protección del Patrimonio Cultural en la Ley N°19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental N°30.**

Un segundo cuerpo legal que asume la protección del patrimonio cultural chileno es la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Ella incorpora el patrimonio cultural dentro de los aspectos protegidos por sus disposiciones, al considerar como parte del *medio ambiente* a los *elementos socioculturales y sus interacciones*. De esta forma, el patrimonio cultural queda sometido también al sistema de evaluación de impacto ambiental. En la práctica, esta inclusión se ha traducido en uno de los mecanismos de protección del patrimonio cultural más importantes con que cuenta nuestra legislación.

Esta ley en su artículo 1°, letra K, define *impacto ambiental* como “*la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada*”. En tanto, el artículo 11 letra f) señala que los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental si generan “*alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.*”

Las disposiciones de la Ley N°19.300 Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente fueron complementadas y precisadas por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que entró en vigencia el 27 de Marzo de 1997. El artículo 4° de este Reglamento señala que el titular de un proyecto deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental, salvo que dicho proyecto o actividad genere alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 o en los artículos del Título II del Reglamento. A este respecto, el artículo 11° del Reglamento, incluido en el Título II señala: “*El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta*

*alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”.*

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas, en cualquiera de sus etapas, genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural se considerará: a) la localización en o alrededor de algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N°17.288; b) la remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro o modificación de algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N°17.288; c) la modificación, deterioro o localización en construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural; o d) la localización en lugares o sitios donde se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folklore de algún pueblo, comunidad o grupo humano”.

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 establece como principio general que la ejecución o modificación de todo proyecto o actividad económica de los señalados en el Artículo 10° deberán someterse previamente a una evaluación de su impacto ambiental, la que deberá ser aprobada o autorizada por la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, según corresponda, quien tendrá a su cargo la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental y la coordinación de los organismos del Estado involucrados para tal efecto (Artículo 8). El encargado de presentar la Declaración o Estudio de Impacto Ambiental según corresponda, será el “*titular*” de todo proyecto o actividad de los comprendidos en el artículo 10°.

La Ley N°19.300 distingue entre Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) y Estudios de Impacto Ambiental (EIA) atendiendo a los *efectos, características, o circunstancias* que generen o presenten los proyectos enumerados en el artículo 10.

La Declaración de Impacto Ambiental, según el artículo 2, letra f), es “*el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes*”. La ley determina en forma negativa los proyectos o actividades que deben presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). En efecto, deberán cumplir con este trámite “*los titulares de los proyectos o actividades que deban someterse al sistema de*

*evaluación de impacto ambiental y que no requieren elaborar un Estudio de Impacto Ambiental*". Para ello, *"presentarán una Declaración de Impacto Ambiental, bajo la forma de una declaración jurada, en la cual expresarán que éstos cumplen con la legislación ambiental vigente"* (Artículo 18, inciso 1°). La ley contempla la posibilidad de adquirir *"compromisos ambientales voluntarios, no exigidos por la ley"*, pero *"en tal caso, el titular está obligado a cumplirlos"*(Artículo 18°, inciso 2°).

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA), en tanto, según el Artículo 2°, letra y) es *"el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación, e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos"*. Los EIA, de acuerdo al artículo 12° de la Ley N°19.300, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Una descripción del proyecto o actividad.
- Una línea de base.
- Descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que dan origen a la necesidad de efectuar un EIA..
- Predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo.
- Medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos.
- Plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes.
- Plan de cumplimiento de las legislaciones ambientales aplicables.

De acuerdo a lo señalado es fácil advertir que el legislador dota de una regulación más compleja y requisitos más estrictos a los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) que a las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA). La Ley N° 19.300, en su artículo 10, requiere la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental si el proyecto o actividad genera *"alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural."* De este modo, dota al patrimonio cultural chileno de una eficaz herramienta de protección al exigir una evaluación exhaustiva del impacto ambiental de las obras a realizar y la generación de medidas para eliminar o mitigar los efectos adversos.

### **2.2.3 Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas en la Ley N°19.253.**



El tercer y último cuerpo legal especial que incide en la protección del patrimonio cultural, específicamente, de los pueblos indígenas, es la **Ley Indígena N°19.253**, promulgada en 1993. A continuación examinaremos las normas legales de la mencionada ley que de algún modo abordan la tarea de proteger este patrimonio. Ellas no reciben un tratamiento sistemático sino que se encuentran dispersas en la Ley N°19.253. Esta protección abarca al patrimonio cultural intangible, considerando la lengua, el derecho consuetudinario, los ritos y costumbres, así como el patrimonio cultural tangible expresado en sus bienes culturales de naturaleza arqueológica, histórica y etnográfica.

La primera disposición que se refiere a la promoción y protección de las culturas indígenas se encuentra en el artículo 1 inciso 3°, estableciendo el deber del Estado de proteger las culturas originarias:

Artículo 1 inciso 3°

*“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines...”*

Complementa esta norma el artículo 7, señalando en su inciso 2° lo siguiente:

Artículo 7 inciso 2°

*“El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, que forman parte de la Nación chilena”.*

No obstante, el inciso 1° del artículo 7 contiene una norma bastante contradictoria con el interés de promover las culturas indígenas al señalar lo siguiente:

Artículo 7 inciso 1°

*“El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público<sup>53</sup>.”*

---

<sup>53</sup> El subrayado es nuestro.

Nos detendremos brevemente en el contenido de esta disposición, dado que desde el punto de vista antropológico nos parece un contrasentido, un completo extravío. La ciencia antropológica ha definido el término *etnocentrismo*, según el cual todas las sociedades tienden a verse a sí mismas como las detentadoras de los verdaderos valores. De este modo, lo que les resulta ajeno o diferente es considerado como propio de bárbaros. Mucho ha tenido que evolucionar el pensamiento humano para aceptar el *relativismo cultural*. Concepto que aboga por la igual valoración de las culturas humanas. Las diferentes normas sociales se explican por el hecho de haberse generado en contextos históricos y medioambientales diversos no siendo posible establecer una jerarquía que determine la mayor o menor idoneidad de dichas pautas culturales. La norma en comento es atentatoria contra el libre desenvolvimiento de las culturas indígenas, dado que impide cualquier manifestación cultural autóctona que se oponga a “*la moral, a las buenas costumbres y al orden público*”. Ni siquiera estamos hablando de un *mínimum* ético, como podrían serlo las normas penales, sino que la barrera que permite diferenciar entre lo aceptable e inaceptable se basa en conceptos jurídicos indeterminados. Esto produce una peligrosa vaguedad en dicho límite y genera una gran incertidumbre jurídica.

Por otra parte, las disposiciones que abordan más directamente el tema de la promoción y protección del patrimonio cultural indígena están concentradas en el Título IV, denominado “*De la Cultura y Educación Indígena*”. Este Título, en su Párrafo 1º establece una serie de actividades relativas al reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas. Destacaremos algunas de las actividades enumeradas por el artículo 28 del mencionado Párrafo:

Artículo 28:

*“El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:*

*a) El uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena.*

*b) El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente.*

*d) La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior;*

*f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección*

*del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena.*

*Para el cumplimiento de lo señalado en el inciso anterior, la Corporación, en coordinación con el Ministerio de Educación, promoverá planes y programas de fomento a las culturas indígenas.*

*Se deberá considerar convenios con organismos públicos o privados de carácter nacional, regional o comunal, que tengan objetivos coincidentes con los señalados en este artículo. Asimismo deberá involucrarse para el cumplimiento de dichas finalidades a los gobiernos regionales y a las municipalidades.*

Observamos que éstas actividades están destinadas tanto a promover la mantención de la cultura indígena al interior de las comunidades étnicas, como también a crear consciencia en la comunidad chilena en general, del valor e importancia de nuestra herencia cultural indígena. En el primer sentido, van dirigidas las actividades tendientes a la mantención del uso del idioma indígena y la promoción de sus expresiones artísticas y culturales. En el segundo sentido, se dirigen las actividades tendientes a incluir en el sistema educacional nacional el conocimiento y respeto de las culturas indígenas.

El artículo 28° letra f) muestra un cierto traslape de funciones entre la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Consejo de Monumentos Nacionales. Lo mismo ocurre con el artículo 29° que señala lo siguiente

Artículo 29°

*“Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para:*

- a) La venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.*
- b) La salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el objeto de ser exhibidos en el extranjero.*
- c) La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos, la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.*
- d) La sustitución de topónimos indígenas.*

El artículo 30° de la Ley N°19.253 inserto también el Párrafo 1° del Título IV se refiere a la creación de un Archivo General de Asuntos Indígenas destinado a resguardar el patrimonio histórico indígena. A este respecto se señala en su inciso 1°

#### Artículo 30°

*“Créase dependiente del Archivo Nacional de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, un departamento denominado Archivo General de Asuntos Indígenas, con sede en la ciudad de Temuco, que reunirá y conservará tanto los documentos oficiales que se vayan generando sobre materias indígenas, cuanto los instrumentos, piezas, datos, fotos, audiciones y demás antecedentes que constituyen el patrimonio histórico de los indígenas de Chile. Esta sección, para todos los efectos, pasará a ser la sucesora legal del Archivo General de Asuntos Indígenas a que se refiere el artículo 58 de la ley 17.729.”*

El Párrafo 2° del Título IV de la ley N°19.253 se denomina “*De la Educación Indígena*” y considera en el artículo 32° la implementación de un sistema de educación intercultural bilingüe en áreas de alta densidad indígena. Este sistema puede traducirse en una eficaz herramienta de protección de uno de los pilares del patrimonio cultural indígena: la lengua. A este respecto el mencionado artículo señala:

#### Artículo 32°

*La Corporación, en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global. Al efecto podrá financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales.*

La Ley N°19.253 contiene también una serie de normas que fortalecen la importancia del derecho consuetudinario indígena, el que forma parte del patrimonio cultural intangible de estos pueblos. La costumbre indígena es considerada en la división de tierras indígenas, la sucesión de tierras indígenas colectivas, en materia penal como atenuante o eximente, y también para hacerla

valer en juicio entre indígenas de una misma etnia.

A este respecto, el artículo 16 inciso 1° señala

*“La división de las tierras indígenas provenientes de títulos de merced deberá ser solicitada formalmente al Juez competente por la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios residentes en ella. El juez, sin forma de juicio y previo informe de la Corporación, procederá a dividir el título común, entregando a cada indígena lo que le corresponda aplicando el derecho consuetudinario de conformidad al artículo 54 de esta ley y, en subsidio, la ley común.”*

El artículo 18° valora también el derecho consuetudinario indígena en lo relativo a la sucesión de tierras indígenas colectivas, señalando que

Artículo 18

*“La sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común, con las limitaciones establecidas por esta ley, y la de las tierras indígenas comunitarias a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común.”*

La norma que se refiere más directamente al reconocimiento del derecho consuetudinario indígena es el artículo 54, situado en el Título VII, Párrafo 1°, denominado *“De la Costumbre Indígena y su aplicación en materia de Justicia”*, establece lo siguiente

Artículo 54°

*“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir de antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.”*

Por otra parte, el artículo 19 inciso 1° de la Ley 19.253 se refiere a la promoción de la herencia cultural intangible, expresada en la práctica de costumbres y ritos ancestrales. A este respecto señala

Artículo 19 inciso 1°

*“Los indígenas gozarán del derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal.”*

En tanto, el Título V de la Ley Indígena denominado “*Sobre la Participación*”, en su Párrafo 2° establece una institución denominada *Asociaciones Indígenas*, que podría llegar a constituir una buena herramienta para la mantención del patrimonio cultural de las culturas originarias de nuestro país. En efecto, el artículo 36° señala que

Artículo 36°

*Se entiende por Asociación Indígena la agrupación voluntaria y funcional integrada por, a lo menos, veinticinco indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común de acuerdo a las disposiciones de este párrafo. Las Asociaciones Indígenas no podrán atribuirse la representación de las Comunidades Indígenas.*

El artículo 37 letra a) del mismo párrafo, señala que uno de los objetivos que puede perseguir esta institución es el desarrollo de actividades educacionales y culturales.

Finalmente, en el Título VI de la Ley 19.253 se encuentran las normas que regulan el funcionamiento de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. El artículo 39 señala que esta Corporación “*es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional*”. El inciso 2° del mencionado artículo enumera las funciones de la CONADI, dos de las cuales tienen una incidencia directa en la protección del patrimonio cultural indígena. Ellas son:

Artículo 39°

*letra b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación.*

*letra i) Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto.*

Esta última disposición también intersecta las funciones encargadas por la Ley N°17.288 al Consejo de Monumentos Nacionales.

Nos extenderemos sobre las disposiciones relativas a la protección del patrimonio cultural indígena presentes en la Ley N°19.253 en el capítulo correspondiente.

## **2.3 Protección Legal General : Civil, Administrativa y Penal del Patrimonio Cultural en la legislación chilena**

### **2.3.1 Protección Civil**

Los daños causados al patrimonio cultural pueden dar origen a responsabilidad civil. Esta responsabilidad es, en la mayoría de los casos, de origen extracontractual. Ello porque, por lo general, no media un contrato entre el autor del daño y las víctimas, que se refiera a la realización de conductas contra el patrimonio cultural. Esta responsabilidad nace de la transgresión al deber genérico que tienen las personas de no causar daños a otros. El principio que regla estas situaciones indica que quien causa un daño debe repararlo, ya sea volviendo a la situación anterior, si ello es posible, o pagando la correspondiente indemnización. En cuanto a la responsabilidad contractual, en general, cuando se causa un daño al patrimonio cultural no existe una relación contractual previa que obligue al agresor a indemnizar al afectado. No obstante, en virtud al principio de libertad contractual se puede, eventualmente, incorporar en un contrato cláusulas cuya finalidad única y exclusiva sea resguardar el patrimonio cultural, e incluso se pueden crear contratos innominados con la misma finalidad. Esto es lo que hacen algunos organismos internacionales, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, cuando otorgan préstamos a sus países miembros, condicionándolos a serias exigencias de orden ambiental como, por ejemplo, la realización de evaluaciones de impacto ambiental. Debemos recordar que el patrimonio cultural está inserto en las materias protegidas por tales estudios.

Nuestro Código Civil no contiene normas que en forma expresa se refieran a la protección del patrimonio cultural, debido a que en la época de su dictación la

preocupación social y jurídica por este tema no era relevante. Sin embargo, cuerpos legales posteriores han abordado dicha protección.

En primer término, destaca la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales que sanciona a quienes destruyan o perjudiquen Monumentos Nacionales. En efecto, el artículo 40 de la mencionada ley señala lo siguiente:

#### Artículo 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.*

Las obras o trabajos que los particulares inician en los inmuebles declarados monumentos nacionales sin autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, y trasgrediendo, por lo tanto las normas que limitan su derecho de dominio, deben ser denunciadas como obra nueva, paralizándose la obra de inmediato, mediante el uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Dicha denuncia de obra nueva se tramita de acuerdo a lo dispuesto en el Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Civil sobre interdictos posesorios.

En segundo lugar, la ley N°17.288 en su artículo 42 concede acción popular para denunciar toda infracción a ella y además establece un premio en favor del denunciante, de un 20% del producto de la multa que se aplique en virtud de dicha denuncia.

Por otra parte, la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su artículo 53 contempla una acción por daño ambiental destinada a la reparación del medio ambiente y una acción indemnizatoria ordinaria que puede ejecutar el afectado directo. Recordemos que de acuerdo al artículo 2 letra e) se entiende por *daño ambiental* “*toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes*. En tanto, el artículo 53 señala:

#### Artículo 53

*Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.*

Esta ley opta por un sistema de responsabilidad subjetiva. De acuerdo a lo



señalado por M. Castillo<sup>54</sup>. Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual en materia ambiental son: a) Una acción u omisión culposa o dolosa imputable a un sujeto determinado; b) Daño ambiental; y c) Relación de causalidad entre a) y b). La ley establece algunos correctivos al sistema de responsabilidad subjetiva, en el sentido de fijar presunciones de responsabilidad y limitaciones a la responsabilidad. A este respecto el artículo 52 señala:

#### Artículo 52

*Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.*

De acuerdo a lo expresado, es necesario que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión culposa o dolosa imputable a un sujeto determinado y el daño ambiental. En otras palabras, se requiere que el daño sea consecuencia directa de la acción del sujeto culpable.

En cuanto a los titulares de la acción ambiental éstos son: a) Las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; b) Las Municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas; y c) El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Las sanciones en caso de que el juez acoja una acción ambiental incluyen amonestaciones, multas de hasta mil unidades tributarias mensuales y, clausura temporal o definitiva.

Finalmente, la Ley Indígena N°19.253 consagra en su artículo 19 una acción de reclamación para el caso de que se afectare o entorpeciere el derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales indígenas. En efecto, el artículo 19 inciso 3° indica:

#### Artículo 19 inciso 3°

*En el caso en que no se cumpliera o existiere entorpecimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos en los incisos anteriores, la Comunidad Indígena afectada tendrá acción de reclamación ante el juez de letras*

---

<sup>54</sup> CASTILLO Sánchez, Marcelo. Op.Cit. p. 84

*competente quien, en única instancia y sin forma de juicio, previa audiencia de los demás interesados, del organismo público respectivo e informe de la Corporación, se pronunciará sobre la acción entablada.*

Es muy importante que las personas interesadas en ejercer un recurso de Protección del Medio Ambiente, en defensa del patrimonio cultural, ejerzan antes las acciones judiciales o administrativas que las leyes recién mencionadas les franquean. De lo contrario tal recurso será declarado inadmisibile. Éste fue uno de los argumentos del fallo que rechazó un recurso de protección presentado por representantes de distintas comunidades indígenas de San Pedro de Atacama ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta en contra de ciertas autoridades del Ministerio de Obras Públicas y de la empresa Navarrete y Diaz Cumsille por la destrucción de dos sitios arqueológicos emplazados en la zona de San Pedro de Atacama, durante la ejecución del camino By Pass San Pedro de Atacama.<sup>55</sup>

### **2.3.2 Protección Administrativa**

Con el objeto de proteger el patrimonio cultural la administración puede ejercer la “potestad pública” a través de la regulación, control y fiscalización de las actividades que potencialmente pueden constituir un riesgo para dicho patrimonio. Algunos de los instrumentos con que cuenta la administración para resguardar nuestro patrimonio incluyen permisos, reglamentos, autorizaciones. La sanción de tipo administrativo mayormente utilizada es la multa. Sin embargo, también existen las medidas disciplinarias, paralización de obras, expulsión del territorio nacional, decomiso, entre otras.

En la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 encontramos una serie de mecanismos de protección del patrimonio cultural por parte de la administración.

Por ejemplo, esta ley señala una serie de sanciones específicas atendiendo al tipo de infracción. En efecto, el artículo 12 señala que el dueño de un Monumento Histórico que lo destruya, transforme, repare o construya, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, será sancionado con una multa de uno a cinco sueldos vitales, sin perjuicio de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública. Lo mismo ocurrirá para el caso de que se excave o edifique en un lugar o sitio eriazado declarado Monumento Histórico sin dicha autorización.

En tanto, el artículo 18 de la ley N°17.288 establece que no podrán iniciarse

---

<sup>55</sup> Rol N°12.238, Antofagasta, 30 de Abril de 1999.

trabajos para construir monumentos o para colocar objetos de carácter conmemorativo, sin que previamente el interesado presente los planos y bocetos de la obra en proyecto al Consejo de Monumentos Nacionales y sólo podrán realizarse estos trabajos una vez aprobados por el Consejo. Si infringe esta norma se le sancionará con una multa de uno a cinco sueldos vitales, sin perjuicio de ordenarse la paralización de las obras.

Por otra parte, el artículo 19 señala que no se podrá cambiar la ubicación de los Monumentos Públicos, sino con la autorización previa del Consejo. La infracción a lo dispuesto en este artículo se sancionará con una multa de uno a cinco sueldos vitales, sin perjuicio de la restitución a su lugar de origen, a costa del infractor.

El artículo 22 señala que la persona natural o jurídica chilena que realizare en el territorio nacional excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, será sancionada con una multa de cinco a diez sueldos vitales, sin perjuicio del decomiso de los objetos que se hubieren obtenido de dichas excavaciones. Si fuere extranjera, será sancionada con la expulsión del territorio nacional, sin perjuicio del comiso de los objetos obtenidos en las excavaciones que hubieren realizado.

En tanto, el artículo 26 señala que la 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 del Departamento. La infracción a lo dispuesto será sancionada con una multa de cinco a diez sueldos vitales, 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.

El artículo 39 de la mencionada ley señala que los empleados públicos que infringieren cualquiera de sus disposiciones estarán sujetos a las medidas disciplinarias de carácter administrativo que procedan, sin perjuicio de la sanción civil o penal que individualmente mereciere la infracción cometida.

Finalmente, el artículo 41 indica que toda infracción a las disposiciones de esta ley, que no estuviera expresamente contemplada, será castigada con una multa de uno a cinco sueldos vitales, sin perjuicio de las otras sanciones que correspondan, según la ley común. Las multas establecidas en la ley 17.288 serán aplicadas por el juez de letras que corresponda al lugar en que se cometa la

infracción a petición del Consejo de Monumentos Nacionales o por acción popular.

La Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente entregó a la autoridad administrativa un instrumento de regulación y control que puede ser muy eficaz para la protección del patrimonio cultural. Nos referimos al sistema de evaluación de impacto ambiental, que tendremos la oportunidad de analizar en detalle en el capítulo correspondiente.

### **2.3.3 Protección Penal**

En nuestro ordenamiento jurídico no existe lo que pudiera denominarse como “delitos contra el patrimonio cultural”, no obstante, tanto en el Código Penal como en leyes especiales es posible encontrar algunas disposiciones que sancionan penalmente algunas conductas lesivas para dicho patrimonio, produciéndose una protección parcial por vía “tangencial”.

Entre las normas del Código Penal que sancionan conductas atentatorias contra el patrimonio cultural, se encuentra el artículo 485 que señala penas de reclusión menor en su grado medio a máximo a quienes causen daños cuyo importe exceda de cuarenta sueldos vitales en archivos, registros, bibliotecas o museos públicos (artículo 485 N°5), en tanto el artículo 485 N°7 castiga con igual pena a quienes causen daños en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.

Otra norma del Código Penal que incide indirectamente en la protección del patrimonio cultural es el artículo 321 que señala lo siguiente:

*“El que violare los sepulcros o sepulturas practicando cualquier acto que tienda directamente a faltar el respeto debido a la memoria de los muertos, será condenado a reclusión menor en su grado medio y multa de seis a diez sueldos vitales”.*

La mencionada disposición habla de “sepulcros o sepulturas” en sentido genérico, sin distinguir si se trata de tumbas actuales, históricas o arqueológicas, por cuanto sería posible sancionar también con esta pena las violaciones de sepulcros históricos o arqueológicos, complementando de esta forma las sanciones

señaladas por la ley 17.288. Demás está decir que todo lo que compone las prácticas mortuorias arqueológicas e históricas forman parte del legado cultural de nuestro país, y constituye una gran fuente de información que permite a los especialistas la reconstrucción de nuestra historia post y precolombina.

Dentro de las leyes especiales que sancionan penalmente algunas conductas lesivas para el patrimonio cultural, se encuentra el artículo 261 N°2 del Código de Justicia Militar. La disposición mencionada sanciona la destrucción o daño a obras de arte y templos. En efecto, el artículo señalado prescribe lo siguiente:

*Será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados:*

*N°2 El que, contraviniendo las instrucciones recibidas, sin necesidad y maliciosamente, ataque hospitales o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos para tales casos, o destruya templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte.*

Finalmente, la Ley N°17.288 aporta también una sanción de naturaleza penal para quienes atenten contra los Monumentos Nacionales. A este respecto el artículo 38° de la ley indica:

*Los particulares que destruyan u ocasionen perjuicios en los Monumentos Nacionales o en los objetos o piezas que se conserven en ellos o en los Museos, sufrirán las penas que se establecen en los artículos 485 y 486 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afecte, para la reparación de los daños materiales que hubieren causado en los aludidos Monumentos o piezas.*

Se desprende del conjunto de normas penales reseñadas en los párrafos precedentes que la protección penal del patrimonio cultural es muy rudimentaria en nuestro país y carece de la sistematicidad necesaria para constituir un medio de resguardo eficaz.

### **Capítulo 3: Análisis de la Ley N°17.288 de Monumentos Nacionales y su Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas.**

#### **3.1 Fundamentación y Bien Jurídico Protegido.**

La acción de tutela del Estado sobre los monumentos se justifica por ser éstos obras irreproducibles que integran el patrimonio histórico y cultural de una Nación. La desaparición o destrucción de un monumento produce *“el empobrecimiento o menoscabo de una nación en su aspecto espiritual, como también en el cultural y económico, y, además socava el acervo cultural y los sentimientos del pueblo”*<sup>56</sup>.

El patrimonio cultural, expresado en sus monumentos nacionales, contribuye a construir una nación porque une en torno a valores y símbolos compartidos. La tarea de proteger el bien común patrimonial compromete a todos los miembros de un país y al mismo tiempo les enriquece y mejora su calidad de vida. La identidad de un pueblo debe enraizarse en el legado de sus antepasados, de lo contrario se condena a padecer una suerte de amnesia y disociación que atentará siempre contra su desarrollo en el futuro. Coincidimos con las ideas vertidas por Marta Cruz-Coke<sup>57</sup> quien señala que *“la tarea del patrimonio nos exige escuchar el pasado en lugar de olvidarlo. Escuchar, prestar atención a ese pasado que de mil formas nos rodea, que ha ido moldeando nuestro ser. Escuchar a ese pasado compartido, comunitario, donde aprendemos a saber quiénes somos, para qué estamos, hacia*

---

<sup>56</sup> REVETRIA, Mafalda. Op. Cit. p.86

<sup>57</sup> CRUZ-COKE, Marta. “Discurso de la directora de la DIBAM al ser instituido el Día del Patrimonio Cultural de Chile” En: “Patrimonio Cultural. Revista de la DIBAM”, Año IV N°14, Santiago, Mayo 1999. Página 22.

*dónde vamos”.*

Ahora bien, el bien jurídico protegido por la ley N°17.288 comprende a los *monumentos nacionales*. Los que pueden ser definidos como *“bienes materiales que por su interés histórico, científico, artístico y en general, cultural, que ellos tienen, han sido sometidos - mediante un procedimiento establecido o por el sólo 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”*.<sup>58</sup> A esta definición puede agregarse que es el Consejo de Monumentos Nacionales el organismo estatal encargado de hacer efectiva la protección y tutela estatal sobre dichos monumentos.

Los Monumentos Nacionales, siguiendo lo señalado en el artículo 1° de la Ley N°17.288, pueden clasificarse en: Monumentos Históricos; Monumentos Públicos; Monumentos Arqueológicos y Santuarios de la Naturaleza. Más adelante precisaremos en qué consiste cada clase de monumento, el procedimiento por el cual se constituyen como tales, y los efectos de tal condición.

A continuación nos referiremos al Consejo de Monumentos Nacionales, órgano administrativo encargado de la propiedad monumental chilena.

### **3.2 El Consejo de Monumentos Nacionales.**

Es el principal organismo administrativo con competencia en la protección y tutela de los Monumentos Nacionales y tiene radicado en sí la casi totalidad de las atribuciones e iniciativas en esta materia. Se trata de un órgano técnico, de carácter colegiado, que depende directamente del Ministerio de Educación y, por tanto, forma parte de la Administración Pública centralizada de nuestro país.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 8° de la Ley N°17.288 *“las autoridades civiles, militares y de carabineros tendrán la obligación de cooperar con el cumplimiento de las funciones y resoluciones que adopte el Consejo, en relación con la conservación, el cuidado y la vigilancia de los Monumentos Nacionales.”*

#### **3.2.1 Composición del Consejo.**

El Consejo se compone de 19 miembros que concentran una amplia gama de actividades de la sociedad nacional. Los componentes del Consejo son:

---

<sup>58</sup> REVETRIA, Mafalda. Op. Cit. p.91

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



- q) Un representante del Instituto de Conmemoración Histórica de Chile;
- r) Un representante de la Sociedad Chilena de Arqueología, y
- s) Un miembro del Instituto de Historia de la Arquitectura de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile.

El Presidente de la República designará, cada tres años, a los miembros del Consejo que no lo sean por derecho propio, a propuesta de las respectivas instituciones, a excepción del cargo de la letra o), que será propuesto por el Ministerio de Educación Pública, y del de la letra p), que será designado a propuesta en terna de las dos entidades que allí se mencionan.

La finalidad perseguida por la ley al designar un número tan alto de miembros del Consejo fue reunir personas de variadas actividades artísticas, culturales y profesionales, de modo tal que sus deliberaciones se enriquezcan con diversos elementos de análisis. Sin embargo, en opinión de muchos estudiosos del tema de protección del patrimonio cultural, con los cuales coincidimos, este elevado número de miembros atenta contra un accionar eficaz del Consejo y, en cuanto a la diversidad de los miembros, se produce un problema adicional. Por cierto, algunos integrantes representan intereses no del todo compatibles con la protección del patrimonio monumental, por ejemplo, el representante del Ministerio de Defensa Nacional y el representante del Ministerio de Obras Públicas.

### **3.2.2 Funciones del Secretario.**

Estas funciones están descritas en el artículo 3° de la Ley N°17.288, son las siguientes:

- a) “Extender las actas de las sesiones”.
- b) “Tramitar los acuerdos que adopte el Consejo”
- c) “Desempeñar las comisiones que el Consejo le encomiende”.
- d) “Actuar como ministro de fe para todos los efectos legales”.

### **3.2.3 Papel de los Visitadores.**

El artículo 4° de la Ley N°17.288 señala que “*el Consejo designará anualmente de su seno un Visitador General, sin perjuicio de los Visitadores Especiales que pueda nombrar para casos determinados.*” Los Visitadores

Especiales pueden funcionar a nivel regional, provincial o comunal. Normalmente, la designación de Visitadores Especiales recae en personas de reconocido prestigio profesional.

El Reglamento de la Ley N°17.288 sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, se refiere a la participación de los visitadores, al señalar que el Consejo puede, “*directamente o por intermedio de un Visitador General o Especial*”, solicitar información a los investigadores. En la práctica, los Conservadores de los Museos Regionales son los visitadores en estas materias. Debido a la ausencia de normas que establezcan las atribuciones específicas de los visitadores, el Consejo dispuso una serie de directrices para explicar la labor de los inspectores<sup>59</sup>. De este modo, los inspectores visitadores, residentes en provincias, tendrán una función de información y resguardo de los Monumentos Nacionales, y serán designados por el Presidente de la Sociedad Chilena de Arqueología y por los Jefes Regionales de Arquitectura.

De acuerdo a lo señalado por Del Campo y Santibañez<sup>60</sup>, “*el cumplimiento de las funciones de los visitadores depende exclusivamente de las personas que ejercen estos cargos, ya que no se encuentra establecida una pauta de responsabilidades, ni la obligación de emitir informes periódicos de su labor o de concurrir a las sesiones del Consejo a plantear dudas, inquietudes o proposiciones. Normalmente, cumplen sus labores en forma eficaz, ya que ellas forman parte de su quehacer profesional; principalmente, denuncian irregularidades y efectúan los encargos que les hace el Consejo.*”

### **3.2.4 Funcionamiento del Consejo de Monumentos Nacionales.**

#### **a.- Lugar de Funcionamiento.**

El Consejo funciona en la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, donde posee una sala para sesionar y cuenta con un espacio permanente para su funcionamiento. Además dicha Dirección aporta la remuneración de Secretario y del personal que trabaja en el Consejo en forma permanente.

#### **b.- Sesiones.**

El Consejo de Monumentos Nacionales podrá sesionar en primera citación

---

<sup>59</sup> Acta del Consejo de Monumentos Nacionales de fecha 6 de Enero de 1977, Anexo N°1.

<sup>60</sup> DEL CAMPO y Santibañez, Op. Cit. P.51.

con ocho de sus miembros y en segunda con un mínimo de cinco, y sus acuerdos se adoptarán por simple mayoría de votos.

**c.- Acuerdos.**

Cada miembro tiene derecho a un voto, adoptándose los acuerdos por simple mayoría.

**d.- Organización.**

El Consejo se organiza en Comisiones para tratar las diferentes materias de su interés. Estas comisiones se dividen atendiendo a las diversas actividades que desarrollan los consejeros. Existen comisiones permanentes (por ejemplo, la de arquitectos y la de arqueólogos) y otras especiales o transitorias que tratan asuntos específicos y duran el tiempo necesario para cumplir el objetivo para el cual son formadas.

**e.- Asesores del Consejo.**

La Ley de Monumentos Nacionales señala que el Consejo podrá hacerse asesorar por otros especialistas cuando lo estime conveniente. Existen diversas instituciones culturales que han prestado asesoría al Consejo, por ejemplo, la Sociedad Chilena de Arqueología y la Academia Chilena de Historia

**3.2.5 Atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales.**

Las atribuciones del Consejo, en general, dicen relación con el procedimiento de declaración de monumentos nacionales, la conservación y protección de ellos (mediante medidas preventivas y represivas), la difusión del patrimonio cultural y participación en las gestiones de adquisición, a cualquier título, de los bienes declarados monumentos nacionales por parte del Estado Chileno. Resulta evidente de esta enumeración que el Consejo tiene a su cargo una enorme cantidad de responsabilidades para las cuales quizás no tenga la competencia, el tiempo ni el presupuesto para cumplir. Sus atribuciones pueden clasificarse en:

**a.- Constitución, identificación y registro de Monumentos.**

1.- El Consejo debe pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales los lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso y solicitar de la autoridad competente la dictación del decreto supremo correspondiente, (Artículo 6° N°1 de la Ley N°17.288). Además puede solicitar al Presidente de la República se declare de *interés público* la protección y conservación del aspecto típico o pintoresco de poblaciones o lugares donde existan ruinas arqueológicas o edificios declarados monumentos históricos, con el objeto de mantener el carácter ambiental y propio de dichos lugares.

2.- Formar el Registro de Monumentos Nacionales y Museos, y también de los objetos que en ellos hay (Artículo 6° N°2). El artículo 37° de la Ley N°17.288 ordena a los Museos del Estado y a los que pertenezcan a establecimientos de enseñanza particular, universidades, municipalidades, corporaciones, institutos científicos o a particulares, abiertos o no al público, y a los que se funden en lo sucesivo, que se inscriban en el Registro que para este efecto llevará el Consejo de Monumentos Nacionales. Además deben confeccionar un catálogo completo de las piezas o colecciones que posean, el que deberá ser remitido en duplicado al Consejo.

Se establece también que, anualmente, los Museos de los servicios y establecimientos indicados deberán comunicar al Consejo de Monumentos Nacionales las nuevas adquisiciones que hubieren hecho durante el año y las piezas o colecciones que hayan sido dadas de baja, facilitadas en préstamo o enviadas en canje a otros establecimientos similares.

3.- Gestionar la reivindicación o la cesión o venta al Estado o la adquisición a cualquier título por éste, de los Monumentos Nacionales que sean de propiedad particular (Artículo 6° N°4 de la Ley N°17.288). Este objetivo se logra, ya sea ejerciendo el derecho preferencial de adquisición en caso de venta o remate o solicitando a las autoridades competentes la expropiación del bien o gestionando la reivindicación o cesión de la cosa.

**b.- Definición e implementación de políticas.** Considera las siguientes atribuciones.

1.- Elaborar los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los Monumentos Nacionales (Artículo 6° N°3, primera parte).

2.- Reglamentar el acceso a los Monumentos Nacionales y proponer al Gobierno las

medidas administrativas que sean conducentes a la mejor vigilancia y conservación de los mismos (Artículo 6° N°5).

3.- Proponer al Gobierno el o los Reglamentos que deban dictarse para el cumplimiento de la presente ley (Artículo 6° N°7).

#### **c.- Ornato público.**

1.- Entregar los antecedentes relativos a proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los Monumentos Nacionales, a la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas y Transportes para la ejecución, de común acuerdo, de los trabajos correspondientes, sin perjuicio de las obras que el Consejo pudiera realizar por sí mismo o por intermedio de otro organismo y para cuyo financiamiento se consultaren o se recibieren fondos especiales del Presupuesto de la Nación o de otras fuentes (Artículo 6° N°3).

#### **d. Difusión del patrimonio cultural.**

1.- Editar o publicar monografías u otros trabajos sobre los Monumentos Nacionales (Artículo 7°N°1). A este respecto podemos mencionar la edición de los *Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales*, publicación que aparece en 1950 y se continúa hasta hoy.

2.- Organizar exposiciones como medio de difusión cultural del patrimonio histórico, artístico y científico que le corresponde custodiar (Artículo 7°N°2).

Esta atribución del Consejo se relaciona con el Título VIII de la Ley N°17.288, que se encarga de regular los canjes y préstamos entre Museos. Pues, la fluída interrelación entre Museos permite enriquecerlos y multiplicar su capacidad de exhibición, sin menoscabar las colecciones propias.

#### **e.- Supervigilancia y control sobre Monumentos Nacionales.**

1.- La ley encomienda al Consejo recurrir ante la Justicia Ordinaria con el objeto que se sancionen los actos contrarios a la N°Ley 17.288.

2.- El Consejo debe dar su autorización y conceder permisos para:

- Realizar excavaciones de carácter histórico, arqueológico, antropológico o paleontológico en cualquier punto del territorio nacional, que soliciten las personas naturales o jurídicas chilenas o extranjeras, en la forma que determine el Reglamento (Artículo 6°N°6).
- Hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, se requerirá la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, la que sólo se concederá cuando la obra guarde relación con el estilo arquitectónico general de dicha zona, de acuerdo a los proyectos presentados.
- Cambiar de ubicación los monumentos públicos (Artículo 19°).
- Construir monumentos públicos y aprobar los bocetos o planos de los mismos (Artículo 18°).
- El Consejo debe emitir informes cuando el Estado o un particular cualquiera desee exportar, a cualquier título un bien declarado Monumento Nacional (Artículo 14°).

El examen de las tareas encomendadas al Consejo de Monumentos Nacionales por la Ley N°17.288 evidencia el rol fundamental que cumple este organismo en la protección del patrimonio cultural chileno. Sin embargo, la envergadura de su misión no guarda ninguna relación con el presupuesto asignado para cumplir dichas tareas. Esta amplia gama de funciones exige una cantidad considerable de personal altamente especializado y un eficaz aparato fiscalizador, sin embargo, la endémica falta de recursos que aqueja a este organismo público atenta contra el cumplimiento cabal de sus atribuciones. Se genera, de este modo, una peligrosa brecha entre la protección declarada por la ley y la protección efectiva que reciben, en la práctica, nuestros monumentos nacionales.

### **3.3 Clasificación de los Monumentos Nacionales.**

#### **3.3.1. Definición de Monumento Histórico**

Según lo establece el artículo 9° de la Ley N°17.288 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*”<sup>61</sup>. De esta disposición se desprende que pueden ser monumentos históricos tanto los bienes muebles como inmuebles. Los inmuebles incluyen tanto sitios eriazos como construcciones o ruinas. En segundo término, es irrelevante quién sea el propietario de la cosa, la norma sólo exige que sea un bien susceptible de apropiación humana.

Por otra parte, 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. En relación a este último carácter (antigüedad), nuestra legislación no señala un determinado número de años para que un bien sea considerado histórico, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos. Debemos precisar eso sí que no todo bien histórico es Monumento, dado que para revestir esa calidad requiere ser declarado como tal, de acuerdo al procedimiento señalado por la Ley N°17.288, en el cual participa el Consejo de Monumentos Nacionales y que finaliza con la dictación de un decreto supremo.

Es importante señalar que el concepto de importancia *histórica* requerido para la declaración de Monumento Histórico tiene un sentido amplio, abarcando la historia militar, civil, religiosa, constitucional, artística, literaria, científica, arquitectónica y económica del país.

Existen numerosos ejemplos de monumentos históricos, entre ellos mencionaremos al Morro de Arica<sup>62</sup>, la Iglesia y campanario del pueblo de Matilla en Iquique<sup>63</sup>, entre otros.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 11° de la Ley N°17.288 “*los Monumentos Históricos quedan bajo el control y la supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales y todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos, estará sujeto a su autorización previa.*”

### **3.3.1.1 Procedimiento de Declaración de Monumento Histórico**

El Consejo de Monumentos Nacionales está encargado de pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumento Histórico los lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso. El Consejo puede por sí mismo tomar conocimiento de la existencia de estos lugares para los efectos de la declaración y además, de acuerdo a lo señalado por el artículo 10° de la Ley N°17.288 “*cualquiera autoridad*

---

<sup>61</sup> Este artículo hace referencia al Consejo de Monumentos Nacionales, órgano técnico que está encargado de la declaración de monumentos en nuestro país.

<sup>62</sup> Declarado Monumento Histórico por DS (Educ.) 2.412 (6-10-1971).

<sup>63</sup> Declarado Monumento Histórico por DS (Educ.) 5.058 (6-7-1951).

*o persona puede denunciar por escrito ante el Consejo la existencia de un bien mueble o inmueble que pueda ser considerado Monumento Histórico, indicando los antecedentes que permitirían declararlo tal”.*

Esta solicitud debe ser presentada por escrito y los antecedentes deben incluir:<sup>64</sup>

- Una especificación y descripción detallada del bien, acompañando fotos, dibujos y croquis.
- Ubicación del bien, acompañando planos del lugar.
- Fundamentos de la denuncia; análisis de los motivos históricos, culturales, artísticos, arquitectónicos, estéticos o urbanísticos que hacen necesaria la declaración de monumento nacional histórico de dicho bien.

Una vez recibida la solicitud el Consejo puede asumir tres actitudes, sin estar sometido a plazo:

- 1.- Rechazar de plano la presentación.
- 2.- Someterlo al estudio de algún miembro o comisión formada para tal efecto o requerir el asesoramiento de otras autoridades o particulares.
- 3.- Acoger de plano la solicitud.

Una vez adoptado el acuerdo tendiente a declarar un bien como Monumento Histórico, el Consejo de Monumentos Nacionales, a través de su secretario, deberá solicitar a la autoridad competente la dictación del Decreto Supremo correspondiente. Esto es, solicitará al Presidente de la República, a través del Ministerio de Educación, la dictación del acto administrativo que declarará el bien en cuestión como Monumento Histórico. Este acto debe cumplir con todas las formalidades que ordena la ley, entre las cuales destaca su publicación en el Diario Oficial.

### **3.3.1.2 Efectos de la declaración de Monumento Histórico sobre un bien determinado.**

Por efectos de la declaración de Monumento Histórico entendemos las limitaciones al dominio de los propietarios de dicho monumento nacional, ya que, en la actual legislación no se contemplan beneficios legales para el propietario de un Monumento Histórico.

De acuerdo a lo señalado por Mafalda Revetria<sup>65</sup> la Ley de Monumentos

---

<sup>64</sup> Del Campo, Catalina y A. Santibañez, “Monumentos Nacionales. Legislación y análisis crítico”. Memoria de Prueba. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 1993. Pág. 73.

<sup>65</sup> REVETRIA, Mafalda. Op. Cit. p.130



Nacionales contempla restricciones administrativas, además de un régimen especial de exportaciones y expropiaciones. Se trata de restricciones al carácter absoluto y perpétuo del dominio, respectivamente. Estas limitaciones se fundan en la función social que cumple la propiedad, principalmente en la importancia de conservar nuestro patrimonio cultural. Se busca hacer compatible el derecho de propiedad con el interés público, armonizando de este modo el interés particular en juego y el bien común.

#### **a.- Limitaciones Administrativas.**

Las restricciones administrativas buscan conciliar el interés del particular con el bien común. Ellas debilitan el carácter absoluto del derecho de propiedad, sin llegar a suprimirlo, de manera que no se justifica el pago de una indemnización. Tienden a eliminar de la actividad de la Administración ciertas trabas en el cumplimiento de sus fines. El fin último se funda en razones de cultura pública, tanto científicas y artísticas como de orden estético<sup>66</sup> y en atención a ellas se limita la facultad de disposición del titular del derecho de dominio.

A este respecto el artículo 11° de la Ley N°17.288 establece que los monumentos históricos quedan bajo el control y supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales, y, por lo tanto, cualquier trabajo que el dueño del bien desee hacer en él debe contar con la autorización previa del Consejo.

Además, de acuerdo a lo señalado por el artículo 12° de la Ley de Monumentos Nacionales *“si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas.”* En caso de que este bien sea un sitio eriazado, no puede ser excavado o edificado sin la mencionada autorización previa. En general, estos trabajos pueden ser labores tendientes a mantener en buen estado el bien, componer desperfectos sufridos por el objeto o realizar trabajos de restablecimiento.

Finalmente, otra limitación establecida para los monumentos históricos, contemplada por el artículo 15° de la Ley N°17.288, se refiere a la enajenación de ellos. Cada vez que uno de estos bienes – tanto muebles como inmuebles- de propiedad particular se vende o se remata, debe el dueño del mismo o la casa de

---

<sup>66</sup> DEL CAMPO, Catalina y A. Santibañez, “Monumentos Nacionales. Legislación y análisis crítico”. Memoria de Prueba. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 1993. Pág.81

martillo correspondiente, dar aviso al Consejo de Monumentos Nacionales, ya que éste tiene un derecho preferente de adquisición para el Estado. La obligación de las Casas de Martillo de dar aviso al Consejo se extiende a todos los objetos o bienes que, aún no habiendo sido declarados monumentos históricos, notoriamente poseen los elementos básicos para ser considerados como tales. Sin embargo, en la práctica las Casas de Martillo no cumplen con esta obligación.

## **b.- Régimen Especial de Exportaciones**

Otra consecuencia jurídica de la declaración de un bien como monumento histórico, es el régimen especial de exportación. De acuerdo a lo señalado en el inciso 2° del artículo 18° de la Ordenanza General de Aduanas, se entiende por exportación el envío legal de mercaderías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo en el exterior. En general, el sistema imperante en Chile es un régimen de libertad de exportaciones, por cuanto, cualquier producto o mercadería puede ser exportado libremente, salvo el caso de que se establezcan prohibiciones o se sujeten determinadas mercaderías a ciertas restricciones.

El artículo 14° de la Ley N°17.288 señala al respecto que *“la exportación de objetos o bienes muebles que tengan el carácter de Monumentos Históricos queda sujeta a lo dispuesto en el artículo 43 de la ley N°16.441, de 22 de Febrero de 1966, previo informe favorable del Consejo.”*

De acuerdo a lo señalado por Mafalda Revetria<sup>67</sup> los requisitos legales necesarios para que un particular pueda exportar un bien declarado monumento histórico o arqueológico son los siguientes:

- a.- Que el Consejo de Monumentos Nacionales adopte un acuerdo autorizando dicha exportación.
- b.- Que el Presidente de la República dicte un decreto fundado que autorice la extracción de dichos bienes fuera del territorio nacional.

La expresión *“extracción fuera del territorio nacional”* comprende tanto las salidas temporales de los bienes fuera del país como las salidas definitivas, y, tanto las exportaciones con título translativo de dominio, como las con título de mera tenencia.

- c.- Que la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos otorgue una visa y emita un informe de tasación.
- d.- Peritajes, tasaciones, revisiones o informes de otras entidades especializadas en la materia, en caso que el Banco Central lo estime conveniente para los efectos del

---

<sup>67</sup> REVETRIA, Mafalda. Op. Cit. p.139

retorno de divisas que todo exportador deberá hacer dentro del plazo de 90 días a contar de la fecha del embarque.

Cumpliendo con los cuatro requisitos analizados, los bienes pueden ser llevados fuera del país siguiendo la tramitación normal de toda exportación.

### **c.- Expropiaciones.**

Se entiende por expropiación el acto por el cual se priva a una persona de un bien de su dominio, - tanto mueble como inmueble, corporal o incorporal -, por decisión unilateral del Estado, por razón de utilidad pública o de interés social calificado por ley, mediante el pago de una indemnización al expropiado.

Más que una limitación al dominio del particular es la extinción misma del derecho, ya que afecta al carácter perpétuo de la propiedad.

Es un elemento de la esencia de esta figura jurídica la subrogación del bien expropiado en el patrimonio del afectado, subrogación que se realiza por medio de una indemnización fijada por las partes de común acuerdo o judicialmente.

En Chile destacan dos normas sobre esta materia. Una de rango constitucional, el artículo 19 N°24 inciso 3°, según el cual se admite la expropiación de bienes, previa dictación de ley general o especial y pago de la debida indemnización al afectado. Y otra de rango legal – el artículo 16° de la Ley N°17.288 – que habilita al Consejo de Monumentos Nacionales para solicitar la dictación de una ley a los organismos competentes, que permita expropiar un bien de propiedad particular que tenga méritos para ser declarado Monumento Histórico. Esta facultad no ha sido ejercida, sin embargo, se han dictado leyes que junto con declarar Monumento Nacional un determinado bien, han dispuesto su expropiación. Hasta la fecha sólo han prosperado dos expropiaciones:

- 1.- Cuartel Directorial del Ejército del Sur (Talca).
- 2.- Casa y terreno adyacente donde nació Arturo Prat Chacón en San Agustín de Puñal. (Ñinhue).

Pese a existir una normativa, estas expropiaciones no pueden hacerse efectivas porque no se destinan los fondos necesarios para pagar las indemnizaciones correspondientes a los afectados. De este modo, asistimos a una acelerada pérdida de bienes de gran riqueza arquitectónica e histórica, pero que se encuentran en mal estado de conservación. Coincidimos con las opiniones vertidas por Del Campo y Santibañez<sup>68</sup> en el sentido que *“urge, entonces, contemplar en la Ley 17.288 una partida específica del Presupuesto Nacional para financiar estas expropiaciones.”*

---

<sup>68</sup> DEL CAMPO y Santibañez, Op. Cit. P.91

### **3.3.1.3 Conflictos legales suscitados por la declaración de Monumento Histórico y la aplicación de restricciones administrativas sobre tales inmuebles.**

La aplicación de los mencionados artículos 11° y 12° de la Ley N°17.288 ha ocasionado bastante discusión jurisprudencial y doctrinaria. Específicamente, la declaración de monumento histórico de los inmuebles de la Bolsa de Comercio de Santiago<sup>69</sup> y de la ex Casa Rivas o Ferretería Montero<sup>70</sup>, respectivamente, dieron origen a la presentación de sendos recursos por parte de los propietarios de dichos inmuebles quienes consideraron gravemente afectado su derecho de propiedad, al punto de comprometer, a su juicio, atributos esenciales del dominio, al hacerse efectivas las restricciones administrativas, ya mencionadas, por parte del Consejo de Monumentos Nacionales.

En efecto, la declaración de monumento histórico del inmueble de la Bolsa de Comercio de Santiago mediante el D.S. N° 3705 del Ministerio de Educación motivó la interposición de un recurso de protección que sostenía que las disposiciones de la Ley N°17.288 estaban en contradicción con el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N°24 de la C.P.R. Afirmando, al respecto, que no se habría pagado ninguna indemnización por expropiación, por cuanto la Ley N°17.288 sería inconstitucional, específicamente artículos 1°, 9°, 11°, 12° y 15° de la citada ley.

La Corte de Apelaciones no dio lugar al recurso y la Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia, concluyendo que la actual Constitución no ha derogado tácitamente precepto alguno de la Ley N°17.288 por lo que no puede tacharse de ilegal ni arbitrario el Decreto N°3705 del Ministerio de Educación. En cuanto a los artículos de la Ley N°17.288 considerados como inconstitucionales por la recurrente, la Corte estimó que los poderes que estos preceptos otorgan a la autoridad, y las limitaciones y obligaciones que imponen al propietario, no importan en manera alguna una privación de los atributos y facultades esenciales del dominio, sobretodo si no se despoja al dueño de su uso, goce y disposición. Sólo se legisla acerca del modo de ejercer dichas facultades, pudiendo el propietario habitar, ocupar o emplear el inmueble para fines sociales o propios de su giro social, como ocurre precisamente con la Bolsa de Comercio de Santiago. El tribunal funda el artículo 12° en la función social que cumple el dominio, concretamente en el interés general de la Nación por proteger el patrimonio cultural. Con respecto al artículo 15°, la Corte

---

<sup>69</sup> Causa Rol N°15.352

<sup>70</sup> Causa Rol N° 15.699

consideró que no se priva al dueño de la facultad de disponer de su propiedad, ya que sólo se regula su ejercicio, se lo sujeta a un procedimiento para hacer uso de dicha identidad. La Corte Suprema, luego de fallar la apelación con los argumentos antedichos, rechazó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la Bolsa de Comercio de Santiago.

En cuanto a la contienda jurídica suscitada por la declaración de monumento histórico del inmueble situado en Avda. Libertador Bernardo O'Higgins, conocido como ex Casa Rivas o Ferretería Montero<sup>71</sup> la situación es un tanto más compleja. Luego de ser declarado monumento histórico el inmueble en cuestión sufrió graves daños producto del terremoto de 1985, razón por la cual su propietario (el banco BHIF) solicitó a la Ilustre Municipalidad de Santiago la autorización para demolerlo. Esta solicitud fue denegada por la oposición del Consejo de Monumentos Nacionales quien sostuvo que los daños sufridos por el inmueble debían ser reparados por su propietario.

El intendente de Santiago y el Alcalde solicitaron al Consejo de Monumentos que accediera a la desafectación del inmueble, persistiendo el Consejo en su posición original. El Presidente de la República de ese entonces prescindió de la opinión del Consejo y dictó el Decreto Supremo N°332 de 1988, por el que derogó el que le dio carácter de monumento histórico al inmueble en referencia. La Contraloría General de la República no tomó razón de este decreto por estimar que conforme a lo prevenido en la Ley N°17.288, en particular en su artículo 12°, para disponer de una medida de tal naturaleza era necesario el acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales.

Así las cosas, el Director de Obras Municipales expidió la resolución N°2715 de 1989, que ordenaba al BHIF proceder a la reparación total del inmueble en el plazo de 30 días.

El banco BHIF, en tanto, recurrió de protección en contra de esta resolución por estimar que constituía un acto arbitrario e ilegal, que atentaba contra los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 N°2 inciso 2°, N°21, N°22 Y N°24 de la CPR y 19 N°26 del mismo texto. El Director de Obras de la Municipalidad de Santiago señaló por su parte, que obró de acuerdo al artículo 158 de la Ley sobre Urbanismo y Construcciones, que le autoriza para ordenar la demolición o reparación, en su caso, de los edificios ruinosos. Y en la especie, únicamente, pudo optar por la reparación, dada la manifiesta oposición del Consejo de Monumentos Nacionales a la demolición del inmueble.

El fallo del recurso señaló que el Director de Obras Municipales actuó dentro

---

<sup>71</sup> Declarado monumento histórico el día 11 de Julio de 1983.

del marco de la ley, por lo que no sería ilegal su acto. Sin embargo, estimó la Corte que la resolución N°2715 debe estimarse arbitraria e irracional porque el superior jerárquico del Director de Obras habría manifestado en Resolución N°433 de 1988 que la recuperación del edificio era prácticamente imposible.

En cuanto a la posible violación al artículo 19 N°24 que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, la sentencia rechaza que la Resolución recurrida haya privado o perturbado el derecho de dominio, pero sí estima que es un acto antijurídico que *amenaza* las facultades que el artículo 582° del Código Civil reconoce a este derecho. Por cuanto *“impone una carga patrimonial – reparación total del inmueble – conmina al propietario a efectuar las obras en breve lapso y le anuncia el mal o perjuicio que debe sufrir en caso de omisión...”* ... *“Todo lo anterior conforma el peligro inminente de daño y afecta al goce, meramente conservatorio de la cosa que se compele a restaurar, con lo que queda de manifiesto el quebrantamiento del orden jurídico por causa del acto arbitrario”*.

El Banco BHIF logró por la interposición del recurso que no se le agravara con la reparación del edificio, pero el fallo no se pronunció sobre su desafectación, ya que tal decisión era de la órbita de acción del Consejo de Monumentos Nacionales.

El análisis posterior de este fallo por la constitucionalista Luz Bulnes<sup>72</sup> inicia una interesante discusión sobre la verdadera naturaleza de las restricciones administrativas a que quedan sometidos los inmuebles declarados monumentos históricos. La autora mencionada señala al respecto que *“en la especie es evidente que al propietario no sólo se ha limitado su dominio sino que también se le ha privado de atributos esenciales de él. En la práctica el Consejo de Monumentos Nacionales viene a decidir sobre el goce y disposición de los Monumentos Históricos, por lo que la amplitud de sus atribuciones afecta el derecho de propiedad del dueño del inmueble privándole de sus atributos esenciales, efecto que sólo puede producirse a través de una expropiación de estos atributos y no por la vía de entender que se trata sólo de una limitación al dominio”*<sup>73</sup>. La autora sostiene que el Consejo de Monumentos Nacionales, por la vía de exigir una reparación del inmueble, en la práctica imposible de realizar, privó a los dueños del inmueble de la facultad de disposición, sin haber pagado ninguna indemnización por expropiación.

En opinión de la autora mencionada, la Ley N°17.288 sería inconstitucional porque permite la declaración de Monumento Histórico, sin que se oiga a quien va a

---

<sup>72</sup> BULNES, Luz. “Análisis de un fallo y su relación con la Ley 17.288 (Monumentos Nacionales)” Revista de Derecho Público N°49, Santiago, 1991, p.31  
BULNES, Luz. Op.Cit. p.42

ser afectado con esta declaración “*lo que significa en último término establecer una categoría especial de propietarios que sufren cargas patrimoniales sin que se les ponga en conocimiento la declaración del Consejo y sin que puedan oponerse o interponer recurso alguno contra esta declaración*”<sup>74</sup>. Agrega también que la mencionada ley sería contraria al Artículo 19 N°3 de la Constitución que establece la igual protección en el ejercicio de los derechos y que se violentaría también el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental que prohíbe a la ley, y a la autoridad administrativa, establecer discriminaciones arbitrarias.

Nos hemos extendido latamente en los casos de declaración de monumentos históricos recién expuestos dado que consideramos de gran interés ir comprendiendo el funcionamiento de las disposiciones legales relativas a la protección de monumentos nacionales en la práctica, de modo de identificar sus falencias o puntos conflictivos. No compartimos, necesariamente, las apreciaciones de Luz Bulnes. Nos parece que detrás de cada interpretación existen también sesgos producto de las opciones ideológicas del intérprete. En este caso en particular, pareciera que la importancia dada a la protección del derecho de propiedad individual excede con mucho la valoración del patrimonio cultural y la función social que debe cumplir la propiedad. Coincidimos en que debiera existir una mayor participación del propietario en el proceso de declaración de monumento histórico, y que tal declaración debiera conllevar algún beneficio al propietario, y no únicamente limitaciones al dominio, como ocurre en la actualidad.

### **3.3.2 Definición de Monumento Público.**

El Título IV de la Ley N°17.288 se refiere a los Monumentos Públicos, el artículo 17° establece que “*son Monumentos Públicos y quedan bajo la tuición del Consejo de Monumentos Nacionales, 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.*”

Estos monumentos nacionales comprenden todas las obras materiales de carácter conmemorativo ubicados en sitios públicos, como calles o plazas. Se trata de bienes nacionales de uso público perteneciendo su dominio a la nación toda y su uso a todos los chilenos. Debido a su calidad de bienes nacionales de uso público, están fuera del comercio humano y sólo pueden ser enajenados si son previamente desafectados, es decir, sustraídos del dominio público para ser incorporados al

---

<sup>74</sup> BULNES, Luz. Op.Cit. p.40

dominio privado.

### **3.3.2.1 Procedimiento de constitución de Monumentos Públicos.**

De acuerdo a lo señalado por Del Campo y Santibañez<sup>75</sup> el trámite a seguir para la erección de un Monumento Público comienza con una ley, según lo establece la Constitución Política de 1980, en su artículo 60 N°5. Con la ley aprobada debe reunirse una comisión *ad honorem* encargada de llamar a concurso público, de organizar las colectas necesarias para el financiamiento de la obra y de manejar las cuentas bancarias que se abren para depositar las donaciones. Luego, deben elegir el boceto ganador y presentarlo al Consejo de Monumentos Nacionales, el que debe aprobar el diseño y la ubicación. Al Consejo no le corresponde prestar ningún tipo de apoyo financiero; ello corre por cuenta de los solicitantes del monumento.

En tanto, el artículo 18° de la Ley N°17.288 señala que *"no podrán iniciarse trabajos para construir monumentos o para colocar objetos de carácter conmemorativo, sin que previamente el interesado presente los planos y bocetos de la obra en proyecto al Consejo de Monumentos Nacionales y sólo podrán realizarse estos trabajos una vez aprobados por el Consejo, sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes."* La aparente disconformidad entre la norma constitucional y la norma legal recién citada fue esclarecida por el Consejo de Defensa del Estado, organismo que en 1988 emitió un informe jurídico sobre el alcance de ambas disposiciones. Se dejó en claro que lo preceptuado en la norma constitucional de ninguna manera pugna con el artículo 17° y 18° de la Ley N°17.288, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del artículo 18°, ya que la facultad radicada en el Consejo de Monumentos Nacionales debe ejercerse *"sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes"*, entre las cuales destaca la norma legal de rango constitucional del artículo 60 N°5. Por otra parte, y de acuerdo al principio de supremacía constitucional, las normas legales no pueden sobrepasar a otra norma de rango constitucional.

En definitiva, la intervención del Consejo de Monumentos Nacionales en materia de Monumentos Públicos se reduce a ejercer una función de control técnico acerca de la estética y perspectiva monumental, esto es, relativa a su construcción y emplazamiento.

Debemos precisar que no es necesaria una declaración expresa para que las estatuas, columnas, pirámides y demás objetos conmemorativos sean monumentos públicos, sino que este carácter lo tienen por el sólo ministerio de la ley.

---

<sup>75</sup> Del Campo, Catalina y A. Santibañez, Op. Cit. Pág.74



### **3.3.2.2 Efectos de la constitución de un Monumento Público.**

Los monumentos públicos son bienes nacionales de uso público y están sujetos a una serie de restricciones contempladas por la Ley N°17.288.

El artículo 18° de la mencionada ley señala que no podrán iniciarse trabajos de construcción de monumentos o colocación de objetos de carácter conmemorativo, sin que previamente el interesado presente los planos y bocetos de la obra en proyecto al Consejo de Monumentos Nacionales, y sólo podrán realizarse estos trabajos una vez aprobados por el Consejo. El procedimiento es el mismo tanto para particulares como instituciones privadas o fiscales.

Sin embargo, en la práctica, son muchos los casos en que estas obras se concretan antes de que el Consejo las autorice, por tal razón, en 1984 se solicitó al Ministerio del Interior instruir a las Municipalidades sobre esta materia, puesto que ellas son las responsables de los Monumentos Públicos situados dentro de sus respectivas comunas.

La remoción de los Monumentos Públicos debe contar con la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales. La infracción a esta norma consignada en el artículo 19° de la ley en comento se sanciona con una multa de uno a cinco sueldos vitales, sin perjuicio de la restitución a su lugar de origen, a costa del infractor.

Como se dijo, los Municipios son responsables de la mantención de los Monumentos Públicos situados dentro de sus respectivas comunas. En tanto, los Intendentes y Gobernadores deben velar por el buen estado de conservación de los Monumentos Públicos situados en las provincias y regiones de su jurisdicción, respectivamente. Estas autoridades deben también dar cuenta al Consejo de Monumentos Nacionales de cualquier deterioro o alteración que se produzca en ellos.

### **3.3.3 Definición de Santuarios de la Naturaleza.**

Una tercera categoría de Monumento Nacional considerado por la Ley N°17.288 son los santuarios de la naturaleza. Se refiere a ellos el Título VII de la mencionada ley. El artículo 31° señala que *"son santuarios de la naturaleza 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, cuya conservación sea de interés*

*para la ciencia o para el Estado."* Los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedan bajo la custodia del Consejo de Monumentos Nacionales, el cual se hará asesorar para estos efectos por especialistas en ciencias naturales.

Solamente pueden ser declarados santuario de la naturaleza bienes inmuebles que se sitúen dentro del territorio nacional o de su mar territorial.

Estos monumentos nacionales presentan un interés especial para su estudio e investigación. Este interés puede estar referido a la flora o fauna del lugar; a los fósiles que en él se encuentren; a las relaciones existentes entre los organismos vivientes y el lugar; a los diferentes materiales que componen la tierra o, por último, a las formaciones naturales que se deben conservar intactas.

El artículo 31° de la Ley N°17.288 excluye de este concepto a las áreas que en virtud de atribución propia, el Ministerio de Agricultura declare Parques Nacionales o tengan tal calidad a la fecha de la publicación de esta ley. Por tanto, los Santuarios de la Naturaleza no deben confundirse con los Parques Nacionales, como tampoco con los Monumentos Naturales o con las Reservas.

Mafalda Revetria<sup>76</sup> señala que de acuerdo al artículo 1 N°1 de la Convención de Washington, sobre la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, ratificada el 23 de agosto de 1967 por nuestro país, se entiende por **parques nacionales** *"las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y fauna de importancia nacional, de las que el público puede disfrutar mejor al ser puestas bajo vigilancia oficial"*.

El N°2 del ya mencionado artículo de la Convención de Washington, señala qué se entiende por **reservas nacionales**, y dice *"se entenderá por reservas nacionales las regiones establecidas para la conservación y utilización bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales, en las cuales se dará a la flora y a la fauna toda protección que sea compatible con los fines para los que son creadas estas reservas"*.

Finalmente, señala el N°3 del mismo artículo que se entiende por **monumentos naturales** *"las regiones, los objetos y las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta"*. El mismo número destaca al objeto para el cual se crean estos monumentos, y señala que *"los monumentos naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural"*.

---

<sup>76</sup> REVETRIA, Mafalda. Op.Cit. Pág.109

*inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas o inspecciones gubernamentales".*

Los parques nacionales, las reservas y los monumentos naturales no están catalogados como monumentos nacionales por la Ley N°17.288 y se rigen por normas diferentes, establecidas en la Convención de Washington de 1940 y por las leyes forestales de nuestro país.

Resulta claro que la categoría de monumento nacional denominado *santuario de la naturaleza* posee un contenido diverso al de los otros tipos de monumento nacional definidos en la Ley N°17.288. En efecto, mientras que los monumentos históricos, arqueológicos y públicos se vinculan claramente con la protección del patrimonio cultural, los santuarios de la naturaleza exceden ese ámbito creando, a nuestro juicio, un conflicto de competencias entre los organismos especializados en la protección de los recursos naturales (por ejemplo CONAF) y el Consejo de Monumentos Nacionales. En nuestra opinión, esta categoría de monumento nacional extiende indebidamente el ámbito de competencia del Consejo restándole la debida especificidad a sus funciones, atentando, de algún modo, contra un actuar eficaz, especialmente si consideramos la endémica carencia de recursos económicos que le afecta.

Similares consideraciones fueron expresadas por el jurista Rafael Valenzuela<sup>77</sup> quien señala al respecto *"si los Santuarios de la Naturaleza de la Ley de Monumentos Nacionales corresponden a los Monumentos Naturales de la Convención de Washington, o a las Reservas de Regiones Vírgenes, o se limita a compartir algunos fines o características de ambas categorías de zonas protegidas, es un punto no esclarecido que podría prestarse para ejemplificar las incoherencias que acusa nuestro régimen de protecciones jurídicas de zonas silvestres"*.

Con el objeto de otorgar una mejor protección a los Santuarios de la Naturaleza y a los Monumentos Nacionales que se encuentran en los Parques Nacionales, en zonas en las que se pretenda crearlos o fuera de ellos, y para dar una mejor conservación de los caracteres ambientales a ciertos lugares o parajes donde existen ruinas arqueológicas o monumentos históricos, el Consejo de Monumentos Nacionales suscribió un Convenio con la Corporación Nacional Forestal (CONAF) el 10 de junio de 1975, que se concretó en el D.S. N°13 del 9 de enero de 1976. Lamentablemente, este convenio aunque vigente no ha tenido mayor aplicación, ya que no existe una comunicación expedita entre ambas instituciones.

Debemos mencionar también la existencia de otro convenio suscrito entre la CONAF y la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM) suscrito el 22

---

<sup>77</sup> VALENZUELA, RAFAEL, citado por DEL CAMPO, Catalina y A. Santibañez, Op. Cit. Pág. 35

de abril de 1987, donde la CONAF asume la tarea de administrar y manejar las Áreas Silvestres Protegidas, procurando la protección, restauración e investigación de los recursos culturales existentes en los Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales, Reservas de regiones vírgenes y Áreas de Protección Turística. Por su parte, a la DIBAM le corresponde el estudio, la conservación, el registro, la valorización, difusión e información del patrimonio cultural del país, además de su participación en la actualización de las políticas técnicas y normas de procedimiento relativas a la investigación y protección.

### **3.3.3.1 Procedimiento de declaración de Santuarios de la Naturaleza.**

La ley N°17.288 sólo contempla la declaración expresa de los Monumentos Históricos. Respecto de las zonas típicas y los santuarios de la naturaleza, los artículos 29°, 30° y 31° inciso 2° de la misma ley, sólo señalan que deben ser declarados expresamente, pero no establecen reglas específicas para llevar a efecto esta declaración, por lo cual el Consejo de Monumentos Nacionales ha uniformado su modo de actuar y rige todas las declaraciones por las normas establecidas para los monumentos históricos.

Entonces, para que un inmueble sea santuario de la naturaleza, y por ende monumento nacional, es necesario que sea declarado expresamente, lo que se hace mediante decreto supremo dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales.

### **3.3.3.2 Efectos jurídicos de la declaración de Santuario de la Naturaleza.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 31° de la Ley N°17.288 no podrá iniciarse en los santuarios de la naturaleza trabajo alguno de construcción o excavación, o desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural o las posibilidades de estudio o investigación, sin contar con la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales.

Si estos sitios estuvieren situados en terrenos particulares, sus dueños deberán velar por su debida protección denunciando ante el Consejo los daños que por causas ajenas a su voluntad se hubieren producido en ellos.

### **3.3.4 Definición de Monumentos Arqueológicos y Sitios Arqueológicos.**

Los monumentos arqueológicos se encuentran reglamentados en el Título V de la Ley N°17.288, denominado “*De los Monumentos Arqueológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes*”. El artículo 21° define a esta clase de monumento, señalando al respecto que “*por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antropo - arqueológicas 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...”*

Este concepto debe ser complementado con lo expresado por el artículo 1° de la Ley N°17.288, en el sentido de que son monumentos arqueológicos también “*los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropo-arqueológicos, paleontológicos..., 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...”*”.

Tanto los bienes muebles como inmuebles pueden ser monumentos arqueológicos, ya que la definición incluye objetos antropo- arqueológicos y también ruinas y enterratorios.

Es importante señalar que la ciencia arqueológica ha usado la evidencia material (artefactos, restos humanos, estructuras, restos de animales y plantas) para descubrir cómo vivieron los hombres y mujeres cuando no existían registros escritos, o bien, cuando la documentación escrita es incompleta. Sus resultados revelan la gran vitalidad de la humanidad, la infinita variedad de sus aproximaciones a la existencia y la versatilidad de la adaptación humana al medio ambiente físico y cultural.

La arqueología se interesa en la información aportada por restos materiales del pasado humano. Pero debemos enfatizar que la arqueología moderna logra conocimientos a través de objetos y sitios arqueológicos, pero el conocimiento no debe ser confundido con los objetos o sitios en sí mismos. La información es obtenida no sólo a través del estudio del objeto, sino también analizando las relaciones de los objetos entre sí. Los restos materiales son de “*interés arqueológico*” si a través de su estudio científico y análisis puede ser obtenida información relativa a la vida o actividades del pasado humano. Así, la mayoría de los objetos de períodos prehistóricos poseen claramente un interés arqueológico dado que la aplicación de técnicas arqueológicas a estos restos puede aportar información relativa a su manufactura, niveles de sofisticación tecnológica, ideología, etc. No obstante, la ubicación y contexto de dichos ítems es de gran valor

a un estudio porque establecen la contemporaneidad de dichos objetos.

En nuestra legislación, y a diferencia de los monumentos históricos, santuarios de la naturaleza y zonas típicas, los monumentos arqueológicos no requieren de declaración expresa por órgano administrativo alguno, sino que son tales por el sólo ministerio de la ley. También por el sólo ministerio de la ley los monumentos arqueológicos son propiedad del Estado, de acuerdo a lo expresado por el artículo 21°.

En tanto, el artículo 26° de la Ley N°17.288 establece que *“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, esta obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador del Departamento, 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 diez sueldos vitales, 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.”*

El objetivo perseguido con esta denuncia obligatoria es evitar la destrucción y el hurto de los objetos antropo - arqueológicos, para lo cual el Gobernador ante quien se hace la denuncia ordena a Carabineros se responsabilice de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo del lugar.

En cuanto a la definición de *“sitio arqueológico”*, lamentablemente, ni la Ley N°17.288 ni su Reglamento definen lo que se entiende por *“sitio arqueológico”*. Este concepto, sin embargo, es ampliamente usado por la disciplina arqueológica y ha sido recogido por numerosas legislaciones. Por ejemplo el Acta de Preservación de Objetos de Interés Arqueológico y Paleontológico de Fiji (1940) define este concepto como *“el sitio o lugar donde fueran descubiertos o existan objetos de interés arqueológico, histórico o científico”*. Las legislaciones de Gana, Brunei, Israel, Kenia, Nigeria y Paquistán emplean conceptos similares. No obstante, O’Keefe y Prott<sup>78</sup> advierten que cualquier sistema basado en la existencia de un objeto para dar origen a un *sitio* corre el riesgo de no ser capaz de dar protección a sitios que no contengan objetos. Un método para evitar esto es combinar el primer concepto con un sistema descriptivo general, por ejemplo la *Norwhest Territories Archaeological Sites Regulations* de Estados Unidos<sup>79</sup> define *“sitio arqueológico”*

---

<sup>78</sup> P.O’KEEFE. & Prott, L, Op.cit.p.179

<sup>79</sup> N.W.T. Rev. Ord. SOR/60-30 (1974).

como “*un lugar u obra de importancia, interés o significancia arqueológica, etnológica o histórica, o bien, un lugar donde un espécimen arqueológico es encontrado, y que incluye agrupaciones de piedras a manera de lápida o señal*”. Afortunadamente, la definición legal de *monumento arqueológico* 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.

Gran parte de los artículos del Título V de la Ley N°17.288 relativo a los monumentos arqueológicos se encargan de regular las Excavaciones e Investigaciones Científicas realizadas en dichos monumentos, lo cual es complementado por el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre “*Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas*”, publicado el 2 de Abril de 1991 en el Diario Oficial.

#### **3.3.4.1 Procedimiento señalado por la Ley N°17.288 y su Reglamento para la realización de Excavaciones e Investigaciones Científicas sobre Monumentos Arqueológicos.**

El artículo 1° del Reglamento de la Ley N°17.288 establece que las prospecciones y/o excavaciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, en terrenos públicos o privados, como asimismo las normas que regulan la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales para realizarlas, y el destino de los objetos o especies encontradas, se regirá por las normas contenidas en la Ley N°17.288 y su reglamento.

Antes de examinar las normas de procedimiento, y con el objeto de asegurar una cabal comprensión de las disposiciones legales relativas a este punto, es necesario examinar un conjunto de *conceptos básicos* relativos a esta materia que se consignan en el Reglamento y son los siguientes:

- a) Prospección:** Se entiende por 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;
- b) Excavación:** Es 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

**c) Sitios de especial relevancia:** Son aquellos que definirá el Consejo de Monumentos Nacionales sobre la base de criterios, de singularidad, potencial de información científica y valor patrimonial.

**d) Operaciones de Salvataje:** Se entenderá por operaciones de salvataje, la recuperación urgente de datos o especies arqueológicas, antropológicas o paleontológicas amenazados de pérdida inminente.

#### **3.3.4.2 Sujetos que pueden efectuar excavaciones y/o prospecciones:**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 5° del Reglamento las prospecciones que incluyan pozos de sondeo y/o recolecciones de material de superficie y todas las excavaciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, en terrenos públicos o privados, sólo podrán realizarse previa autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, a través de los permisos correspondientes.

Estos permisos sólo pueden concederse a dos clases de sujetos:

**a)** Investigadores chilenos con preparación científica arqueológica, antropológica o paleontológica, según corresponda, debidamente acreditada, que tengan un proyecto de investigación y un debido respaldo institucional; y

**b)** Investigadores extranjeros, siempre que pertenezcan a una institución científica solvente y que trabajen en colaboración con una institución científica estatal o universitaria chilena.

#### **3.3.4.3 Permisos y Autorizaciones.**

**I. Tipos de Permisos:** Existen tres tipos de permisos en atención a la clase de actividad que se pretenda realizar y que afecte a un monumento arqueológico, estos son:

##### **i) Permisos para Prospecciones:**

El territorio comprometido en una prospección comprende espacios geográficos reducidos, como quebradas o sectores de valles. Por regla general, no se



concederán permisos para áreas muy extensas. Las prospecciones que incluyan pozos de sondeo y/o recolecciones de material de superficie, requerirán de la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales. Se puede autorizar la prospección de una misma área a distintos equipos de trabajo, siempre que se cuente con el acuerdo del investigador que tiene un permiso anterior.

## **ii) Permisos para Excavaciones.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 4° del Reglamento, los permisos para excavaciones se cursarán para un “*sitio*” y, excepcionalmente, para varios siempre que su número no resulte excesivo. En caso que un investigador o un grupo de investigadores pidan permiso de excavación para más de un sitio, deberá justificar tal petición.

## **iii) Permisos para excavaciones o prospecciones en sitios de especial relevancia:**

El artículo 9° de Reglamento señala que los permisos para la prospección y/o excavación de sitios de especial relevancia se concederá bajo condiciones especiales a cargo de personal calificado, determinados por el Consejo de Monumentos Nacionales.

## **II. Plazo para presentar la solicitud.**

Los permisos deberán solicitarse con una anticipación de, a lo menos, 90 días a la fecha en que se pretenda iniciar los trabajos de prospección o excavación.

## **III. Contenido de la solicitud de Permiso:**

Las solicitudes deberán incluir un proyecto de investigación, que debe contemplar los siguientes antecedentes:

- Individualización del o de los investigadores principales. Si son extranjeros, además el de la persona a cargo de la investigación.
- Curriculum vitae de los investigadores principales;
- Individualización de los colaboradores o ayudantes, si lo hubiere;

- Forma de financiamiento;
- Objetivos y metodología;
- Sitio o zona que se estudiará;
- Plan de trabajo;
- Lugar en que se piensa guardar y estudiar los materiales durante las diferentes fases del proyecto y sugerencias respecto al destino final de las colecciones y los registros;
- Documento de la Institución patrocinante que acredite los datos señalados en las letras anteriores. En caso de que los investigadores sean extranjeros, deberán indicar el convenio suscrito válidamente con la institución científica estatal o universitaria chilena que los patrocina. La contraparte nacional deberá hacerse responsable, ante el Consejo, de la seriedad y cumplimiento de los objetivos del proyecto y del destino de los objetos y especies excavados.
- Medidas de conservación del sitio que se adoptarán, si proceden.

#### **IV. Plazo que tiene el Consejo para pronunciarse:**

El Consejo de Monumentos Nacionales tendrá un plazo de 60 días desde la fecha de presentación de la solicitud, para otorgarla o denegarla.

En el caso que se deniegue el permiso o se conceda en menor proporción a lo solicitado, los interesados podrán pedir una reconsideración, en un plazo de 10 días desde que le sea notificada la negativa. El Consejo deberá pronunciarse, en definitiva, en un plazo de 60 días.

#### **V. Duración del Permiso.**

Los permisos tendrán una vigencia de 5 años y podrán renovarse por períodos iguales y sucesivos. Para solicitar la renovación deberá acreditarse por los investigadores que se ha comunicado el resultado de sus investigaciones en un medio científico.

## **VI. Causas de revocación de los Permisos.**

El Consejo de Monumentos Nacionales podrá revocar los permisos concedidos, en las siguientes circunstancias:

- Si no se han observado las prescripciones aprobadas para la protección y conservación de los bienes arqueológicos, antropológicos o paleontológicos;
- Si se hubieren iniciado las investigaciones antes de que se haya concedido el permiso correspondiente;
- Si se ha ausentado el investigador principal o a cargo de la investigación, por más de un año del país, sin que se haya designado un sustituto con acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales;
- Si no se han entregado los informes que, luego de 2 años de concedido el permiso o su renovación, deben presentar los investigadores;
- Si se comprueba que la institución patrocinadora ha retirado este patrocinio; y
- Si se comprueba que se ha dado mal uso a los objetos o especies obtenidos o se ha dispuesto de ellos en forma diferente a la establecida en la ley y en este reglamento.

## **VII. Efectos de los Permisos.**

El artículo 13° del Reglamento establece que él o los investigadores tendrán un plazo de tutela o *derecho preferencial* sobre el sitio de hasta 5 años después del último informe, salvo que renuncie por escrito a este beneficio.

Además, el artículo 12° señala que es posible autorizar la prospección de una misma área a distintos equipos de trabajo siempre que se cuente con el acuerdo del investigador que tiene un permiso anterior. Y agrega que, sólo en casos calificados y previo acuerdo del o de los investigadores que tengan un permiso vigente para excavar un sitio determinado podrá otorgarse un permiso a otro u otros investigadores para excavar ese mismo sitio.

Estas disposiciones, así como, en general, las distintas interpretaciones dadas al alcance de los permisos de excavación otorgados por el Consejo de Monumentos

Nacionales, han generado incluso debates judiciales. De especial interés es el fallo de la Corte Suprema,<sup>80</sup> de fecha 28 de junio de 2000 que se pronuncia sobre un recurso de Protección interpuesto en contra del Consejo de Monumentos Nacionales por la arqueóloga Alejandra Didier.

El Consejo de Monumentos Nacionales otorgó a la arqueóloga mencionada un permiso de excavación para desarrollar trabajos arqueológicos en el marco de la construcción de un estacionamiento subterráneo en la Plaza Sotomayor de Valparaíso a cargo de la empresa Estacionamientos Subterráneos Valparaíso S.A., proyecto sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental. Posteriormente, ella finiquita el contrato con la empresa y es contratada otra arqueóloga que obtiene un nuevo permiso de excavación del Consejo. Esta situación motivó la interposición de un Recurso de Protección por parte de la srta. Didier en el cual aduce que la acción del Consejo afecta *“el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional...”* y que la priva de la *“propiedad”* del permiso de excavación antes concedido y de los consecuentes derechos intelectuales sobre la información. Este recurso fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego rechazado por la Corte Suprema. Este último tribunal consideró que *“una mera autorización administrativa, como la otorgada en el caso de la especie en virtud de la Ley 17.288, no puede tener la facultad de producir derechos que la titular de la misma pueda entender incorporados a su patrimonio, a menos que ello sea establecido en la ley, esto es, la autorización no es fuente de derechos como el pretendido en la especie. Sólo constituye eso, una autorización para efectuar determinadas actuaciones, como ocurrió en la especie, en que fueron realizadas por la recurrente hasta que ella misma, voluntariamente, decidió alejarse...”* Más adelante agrega: *“Esto último, sin perjuicio de que no puede esta Corte aceptar la protección de un supuesto derecho inmaterial de que sería titular la recurrente, ya que el efecto que produce la autorización administrativa que se le concedió por el Consejo recurrido no cabe en ninguna de las definiciones que al respecto entregan los artículos 576 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos que podrían generarse a raíz de las actuaciones llevadas a cabo, en virtud de la referida autorización.”*

En conclusión, el permiso de excavación otorgado por el Consejo de Monumentos Nacionales es una autorización administrativa que no genera un derecho de propiedad de contenido patrimonial para el solicitante favorecido por tal autorización. En cuanto al *derecho preferencial* sobre el sitio a que hace referencia el artículo 13° del Reglamento, únicamente implica la facultad de excavarlo. En cuanto

---

<sup>80</sup> ROL N°1.197-00

al deber de contar con el acuerdo del especialista que cuenta con permiso previo, antes de que el Consejo otorgue otro permiso para excavar el mismo sitio, debemos señalar que esta disposición reglamentaria no se cumple en la práctica, ya que en muchos casos se otorgan permisos sin previo acuerdo del titular de un permiso previo.

### **VIII. Obligaciones de los Investigadores favorecidos por Permisos.**

Los investigadores deben cumplir con una serie de obligaciones luego de ser autorizados por el Consejo de Monumentos Nacionales para excavar o prospectar:

a.- Emitir un informe suscinto, al cabo de 2 años, en el que se dé cuenta de los trabajos realizados.

Si no se entregan los informes, caducará automáticamente el permiso concedido y el Consejo de Monumentos Nacionales no otorgará otro nuevo al investigador negligente, mientras no acredite haber cumplido con esta obligación.

Los informes deberán incluir:

- Planos del sitio o área prospectada y/o excavada;
- Detalle de los sectores en que se ha efectuado recolección superficial, los excavados y aquéllos dejados como testigo;
- Descripción general y breve del trabajo realizado y su metodología;
- Descripción suscinta del contenido cultural del o de los sitios y una relación de los materiales recolectados;
- Lugar de depósito actual de los materiales removidos y sugerencias sobre el lugar de depósito definitivo;
- Planes para la protección o conservación total o parcial del o de los sitios, con miras a futuros trabajos arqueológicos de conservación o puesta en valor si fuera necesario; y
- Acompañar publicaciones o manuscritos.

b.- Los investigadores están obligados a proporcionar toda la información que solicite el Consejo de Monumentos Nacionales, durante el período de vigencia de un permiso.

El Consejo podrá solicitarla directamente o por intermedio de un Visitador General o especial.

c.- Los investigadores deberán comunicar al Consejo de Monumentos Nacionales

cuando el investigador principal deba ausentarse por más de un año del país y nombrar una persona que asuma la responsabilidad contraída, en ese período.

#### **3.3.4.4 Operaciones de Salvataje.**

Como ya se señaló en párrafos precedentes, las operaciones de salvataje comprenden la recuperación urgente de datos o especies arqueológicas, antropológicas o paleontológicas amenazados de pérdida inminente.

Están autorizados para realizar trabajos de salvataje los conservadores y directores de Museos reconocidos por el Consejo de Monumentos Nacionales, los arqueólogos, antropólogos o paleontólogos profesionales, según corresponda, y los miembros de la Sociedad Chilena de Arqueología.

Estas personas tendrán la obligación de informar al Consejo de su intervención y del destino de los objetos o especies excavados, tan pronto como puedan hacerlo.

En el caso que los trabajos de salvataje hicieran presumir la existencia de un hallazgo de gran importancia, los arqueólogos deberán informar de inmediato al Consejo de Monumentos Nacionales de este descubrimiento, con el objeto de que se arbitren las medidas que este organismo estime necesarias.

#### **3.3.4.5 Distribución del material obtenido.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 24° de la Ley N°17.288, los objetos encontrados por excavaciones hechas por el Consejo de Monumentos Nacionales, por organismos fiscales o por personas o corporaciones que reciban cualquiera subvención del Estado, serán distribuidos por el Consejo en la forma que determine el Reglamento.

Cuando las excavaciones o hallazgos hubieren sido hechos por particulares, a su costo, éstos deberán entregar la totalidad del material extraído o encontrado al Consejo, sin perjuicio de las facilidades que obtuvieran para el estudio de dicho material en la forma que lo determine el Reglamento.

El artículo 21° del Reglamento complementa esta disposición señalando que la tenencia de los objetos recobrados será asignada por el Consejo de Monumentos Nacionales a aquellas instituciones que aseguren su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio. La disposición agrega que se preferirá y dará prioridad a los Museos regionales respectivos para la permanencia de las colecciones siempre que cuenten con condiciones de seguridad suficientes,

den garantía de la conservación de los objetos y faciliten el acceso de investigadores para su estudio.

El artículo 25° de la Ley N°17.288 señala que el material obtenido en las excavaciones o hallazgos realizados por misiones científicas extranjeras, autorizadas por el Consejo, podrá ser cedido por éste hasta en un 25% a dichas misiones reservándose el Consejo el derecho a la primera selección y efectuando su distribución según lo determine el Reglamento.

La exportación del material cedido a dichas misiones se hará en conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la ley N° 16.441 y en el Reglamento, previo informe favorable del Consejo. El artículo citado señala que sólo el Presidente de la República, por decreto fundado, podrá autorizar la extracción, fuera del territorio nacional de monumentos nacionales.

Esta disposición es bastante cuestionable porque no establece ninguna obligación para la misión extranjera que saca del país el 25% del material obtenido en sus excavaciones. Esto es muy grave y puede, en corto término, implicar un daño irreparable para la reconstrucción de nuestra prehistoria nacional. Dado que, aparte del grave daño producido por la expatriación de estos hallazgos arqueológicos o paleontológicos, tampoco se establece la obligación de comunicar los resultados obtenidos por dichas misiones científicas extranjeras. Nos parece que no se justifica esta norma, considerando el atraso que puede producir en el desarrollo de la ciencia arqueológica chilena y el grave daño a nuestra herencia cultural.

Además este *beneficio* otorgado al Consejo de Monumentos Nacionales de efectuar una "*primera selección*" sobre los objetos recobrados carece de sentido, desde el punto de vista científico. La arqueología es una ciencia que basa su avance en la comprensión del **contexto** en que son recobrados los hallazgos arqueológicos. Preciosa información puede ser perdida si sólo se cuenta con una parte y no la totalidad de los objetos que configuran un sitio arqueológico. No existen en esta ciencia objetos *de primera* y *de segunda*. Todos ellos contienen información invaluable sobre nuestro pasado.

### **3.3.4.6 Papel del Museo Nacional de Historia Natural**

El Museo Nacional de Historia Natural es el centro oficial para las colecciones de la ciencia del hombre en Chile.

En consecuencia, el Consejo de Monumentos Nacionales deberá entregar al Museo Nacional de Historia Natural una colección representativa de "piezas tipo" y del material obtenido en las excavaciones realizadas por nacionales o extranjeros.

También sirve como centro oficial de las colecciones de ciencias naturales, debiendo las instituciones o personas que efectúen recolecciones de material zoológico o botánico, entregarle los “holotipos” que recogieren.

### **3.3.4.7 Propiedad estatal de los Monumentos Arqueológicos y sus efectos sobre el derecho de propiedad del dueño del predio en que se sitúan.**

De acuerdo a lo señalado, los monumentos arqueológicos no requieren de declaración expresa por órgano administrativo alguno, sino que son tales por el sólo ministerio de la ley. También por el sólo ministerio de la ley los monumentos arqueológicos son propiedad del Estado.

Mafalda Revetria<sup>81</sup> sostiene que la norma recién citada sería inconstitucional al aplicarse a monumentos arqueológicos situados en propiedad particular. Dado que, en su opinión, al establecer la Ley N°17.288 que todos los monumentos arqueológicos son de propiedad del Estado se establecería una confiscación de bienes, la que en nuestro derecho sólo procede como sanción penal en los casos de asociaciones ilícitas. Según la autora, en el caso del artículo 21° de la Ley N°17.288 estaríamos frente a una confiscación, ya que no se señala ninguna indemnización al particular en cuya propiedad se encuentra un monumento arqueológico. Agrega que el afectado puede recurrir ante la Corte Suprema a fin de que ella declare inaplicable este precepto legal contrario a la Constitución, ya que se estaría afectando el derecho de propiedad del particular.

Discrepamos totalmente de tal interpretación, dado que no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico que el Estado establezca un dominio público especial sobre determinados bienes, es el caso, por ejemplo, de la propiedad estatal sobre los yacimientos mineros. Incluso, se excluyen determinados yacimientos del régimen de concesiones mineras, estableciendo un dominio público de carácter patrimonial<sup>82</sup>, sobre ellos. 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. Se trata de bienes inmerciables, que condensan nuestra herencia cultural. Si formaran parte del patrimonio del dueño del inmueble donde se encuentren, resulta fácil imaginar la rapidez con que se desaparecerían los vestigios de nuestro pasado histórico y prehispánico, sin alcanzar a ser adecuadamente estudiados por los especialistas en la materia.

---

<sup>81</sup> REVETRIA, Mafalda. Op. Cit. p.106

<sup>82</sup> LIRA, Samuel, “Curso de Derecho de Minería” Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1994.



Debemos considerar también que, pese a ser propiedad del Estado, estos monumentos han sido constantemente destruidos o comercializados ilegalmente, debido al desconocimiento de la Ley N°17.288, y a la falta de recursos del Consejo de Monumentos Nacionales para fiscalizar adecuadamente la protección de estos monumentos nacionales.

No debe olvidarse que, en esta materia, el derecho de propiedad del propietario del predio en que se encuentra el sitio arqueológico, ve legítimamente limitado su dominio por la función social de la propiedad.

Además, es de común ocurrencia en Derecho Comparado la propiedad estatal de los monumentos arqueológicos. Tal es el caso de Méjico, Perú , Ecuador y numerosos países de Europa, Asia, África y Oceanía.

En nuestra opinión, y a fin de evitar cualquier disconformidad entre la Ley N°17.288 y la Carta Fundamental que nos rige, debiera reconocerse constitucionalmente la propiedad estatal de los monumentos arqueológicos.

### **3.3.5 Definición de Zonas Típicas.**

El título VI de la Ley N°17.288, denominado "*De la Conservación de los Caracteres Ambientales*" se refiere a las zonas declaradas típicas o pintorescas. Estas zonas **no son Monumentos Nacionales**, sino que son zonas de protección en las cuales existen monumentos históricos o ruinas arqueológicas.

Al respecto, el artículo 29° señala que *"para el efecto de mantener el carácter ambiental y propio de ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos, el Consejo de Monumentos Nacionales podrá solicitar se declare de interés público la protección y conservación del aspecto típico y pintoresco de dichas poblaciones o lugares o de determinadas zonas de ellas."*

Estas zonas pueden ser urbanas, rurales, mineras, agrícolas o industriales y constituyen la fuente de nuestras tradiciones y costumbres. La gran variedad de zonas se debe a que los monumentos históricos o arqueológicos se sitúan en diferentes lugares, de acuerdo a su naturaleza.

Entre las zonas declaradas típicas podemos mencionar el pueblo de La Tirana<sup>83</sup>, el pueblo de Ayquina y campos o terrazas de cultivos inmediatos, en el altiplano de la segunda región<sup>84</sup>, la calle Baquedano y la Plaza Arturo Prat en

---

<sup>83</sup> Declarado zona típica por D.S. (Educ.)1.752 (26-7-1971)

<sup>84</sup> Declarado zona típica por D.S. (Educ.) 862 (27-12-1974)

Iquique<sup>85</sup>, entre otros.

### **3.3.5.1 Procedimiento de constitución de Zonas Típicas.**

Como ya se dijo anteriormente, al referirnos al proceso de constitución de santuarios de la naturaleza, la ley N°17.288 sólo contempla la declaración expresa de los Monumentos Históricos. Respecto de las zonas típicas, el artículo 30° inciso 1° de la misma ley, sólo señala que la declaración se hará por medio de decreto, pero no establece reglas específicas para llevar a efecto esta declaración, por lo cual el Consejo de Monumentos Nacionales ha uniformado su modo de actuar y rige todas las declaraciones por las normas establecidas para los monumentos históricos.

Entonces, la declaración se hace mediante decreto supremo dictado a requerimiento del Consejo de Monumentos Nacionales, el cual solicita se decrete “*de interés público*” la protección del aspecto típico y pintoresco del lugar o población de que se trata.

### **3.3.5.2 Efectos de la declaración de Zona Típica.**

El objetivo perseguido con la declaración de zona típica o pintoresca es que un lugar o población conserve su carácter ambiental y propio; el que tradicionalmente ha tenido. Con este fin la Ley N°17.288 ha establecido restricciones al dominio. De acuerdo a lo señalado por el artículo 30, numerandos 1° y 2°, los efectos de la declaración de zona típica son los siguientes:

*N°1.- para hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, se requerirá la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, la que sólo se concederá cuando la obra guarde relación con el estilo arquitectónico general de dicha zona, de acuerdo a los proyectos presentados.*

*N°2.- En las zonas declaradas típicas o pintorescas se sujetarán al Reglamento de esta ley los anuncios, avisos o carteles, los estacionamientos de automóviles y expendio de gasolina y lubricantes, los hilos telegráficos o telefónicos y, en general, las instalaciones eléctricas, los quioscos, postes, locales o cualesquiera otras construcciones, ya sean permanentes o provisionales.*

---

<sup>85</sup> Declarado zona típica por D.S. (Educ.) 935 (25-11-1977)

Todas estas obras requieren de la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, cuando se pretendan ejecutar en estas zonas. Para obtener la autorización, la obra debe guardar relación con el estilo arquitectónico general de dicha zona, de acuerdo a los proyectos presentados.

El fin último que persiguen estas disposiciones es proteger las áreas de gran riqueza patrimonial, ya sea ésta histórica, arqueológica o pintoresca, de tal modo que no se pueda construir allí, sin la autorización correspondiente, construcciones modernas que quiebren la unidad típica de la zona que se pretende conservar.

## **CAPÍTULO 4: Análisis de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental N°30.**

### **4.1 Fundamentos y bien jurídico protegido.**

De acuerdo a lo señalado por Eduardo Novoa<sup>86</sup> “*todo aquello que es importante para el orden jurídico y cuyo pacífico mantenimiento es asegurado mediante normas jurídicas, aún cuando no constituya derecho, siempre que se considere valioso para la vida sana de la comunidad jurídica, constituye un bien jurídico*”.

En relación con el bien jurídico *medio ambiente*, es posible distinguir, básicamente, dos posiciones entre los distintos autores<sup>87</sup>. De un lado, existe una posición minoritaria, que niega la existencia de este bien jurídico o lo subordina a otros bienes jurídicos tradicionales. De otro lado, están los autores que en forma mayoritaria reconocen la existencia y autonomía de este bien jurídico, aunque con diversos matices. Dentro de esta última posición se distinguen los autores que adhieren a una concepción restringida del medio ambiente, que acotan la extensión de este bien jurídico únicamente a los componentes bióticos y abióticos del mismo (aire, agua, flora, fauna, etc.). Por otra parte, se encuentran los autores que propugnan una concepción amplia del medio ambiente, comprensiva de “*todo aquello que rodea al hombre, lo que le puede influenciar y puede ser influenciado por él*”<sup>88</sup>. Concebido de esta forma, se lo podría dividir en tres categorías: a) ambiente natural; b) ambiente construido por el hombre; y, c) ambiente social.

---

<sup>86</sup> NOVOA, Eduardo, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, Tomo I, Editorial Cono Sur, Santiago, 1985 (2ª Edición)

p. 3

<sup>87</sup> CASTILLO, Marcelo, Op.Cit. p.109

<sup>88</sup> MATEOS, Antonio, Op.Cit. p.32

Las concepciones amplias del medio ambiente, habitualmente, comprenden no sólo el medio ambiente natural, sino también el ambiente construido, el urbanismo y los bienes culturales. En esa perspectiva, Hajek, Gross y Espinoza<sup>89</sup> lo conciben como “*un conjunto interactuante de sistemas naturales, construidos y socioculturales que se está modificando históricamente por la acción humana y que rige y condiciona todas las posibilidades de vida en la tierra, en especial la humana, al ser su hábitat y fuente de recursos.*”

En tanto, el artículo 2°, letra II) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, entiende por 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 o condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.*

Esta definición legal consagra en nuestro ordenamiento jurídico un concepto amplio de medioambiente, al considerar como parte del *medio ambiente* a los *elementos socioculturales y sus interacciones*, en conjunto con los componentes naturales. Es de la mayor trascendencia pues incorpora al patrimonio cultural dentro de los aspectos protegidos por la ley N°19.300, quedando sometido también al sistema de evaluación de impacto ambiental.

En los párrafos subsiguientes, nos extenderemos sobre protección legal de los componentes socio culturales del medio ambiente en la legislación chilena. La protección de estos componentes socioculturales del medioambiente están referidos básicamente al resguardo de nuestro patrimonio cultural nacional. Examinaremos, en particular, las funciones y mecanismos encargados por la ley N°19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental N°30, a diversas instituciones con competencia ambiental (CONAMA, COREMA, Consejo de Monumentos Nacionales) y los procedimientos destinados a la evaluación del impacto ambiental en los componentes socio culturales del medio ambiente.

## **4.2 Funciones y mecanismos encargados por esta ley a diversas instituciones.**

### **4.2.1 Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).**

---

<sup>89</sup> HAJEK, Ernst, Gross, P. y Espinoza, G. “*Problemas ambientales de Chile, II volúmenes*. Ed. AID. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990, p.13

La Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, otorga a la autoridad administrativa, representada por la CONAMA, instrumentos de regulación y control que pueden ser verdaderamente eficaces para la protección del medio ambiente. En efecto, el Título Final de la Ley N°19.300, en su artículo 69°, define a la Comisión Nacional del Medio Ambiente como *“un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”*.

Diversos autores coinciden en señalar que un grave problema de la gestión ambiental en nuestro país es la inexistencia de un órgano técnico y ejecutivo en materia de protección del medio ambiente, que cuente con suficiente autonomía frente al poder gubernamental, en su toma de decisiones, de modo tal que estas decisiones obedezcan a criterios estrictamente técnicos, más que a una determinada voluntad política del Ejecutivo.

M.Castillo<sup>90</sup> señala al respecto que la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) desempeña una importante labor propositiva, informadora y coordinadora de las políticas públicas, pero carece de facultades y atribuciones legales ejecutivas.

#### **4.2.1.1. Funciones de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 70° de la Ley N°19.300 las funciones de la CONAMA son las siguientes:

- a) Proponer al Presidente de la República las políticas ambientales del gobierno;
- b) Informar periódicamente al Presidente de la República sobre el cumplimiento y aplicación de la legislación vigente en materia ambiental;
- c) Actuar como órgano de consulta, análisis, comunicación y coordinación en materias relacionadas con el medio ambiente;
- d) Mantener un sistema nacional de información ambiental, desglosada regionalmente, de carácter público;
- e) Administrar el sistema de evaluación de impacto ambiental a nivel nacional, coordinar el proceso de generación de las normas de calidad ambiental y determinar los programas para su cumplimiento;
- f) Colaborar con las autoridades competentes en la preparación, aprobación y

---

<sup>90</sup> CASTILLO, M. Op. Cit. p. 67

- desarrollo de programas de educación y difusión ambiental, orientados a la creación de una conciencia nacional sobre la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental; y a promover la participación ciudadana en estas materias;
- g) Coordinar a los organismos competentes en materias vinculadas con el apoyo internacional a proyectos ambientales, y ser, junto con la Agencia de Cooperación Internacional del Ministerio de Planificación y Cooperación, contraparte nacional en proyectos ambientales con financiamiento internacional;
  - h) Financiar proyectos y actividades orientados a la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental; y
  - i) Asumir todas las demás funciones y atribuciones que la ley le encomiende.

Debido a que ninguna de estas funciones es de orden ejecutivo, y de acuerdo con lo afirmado por M. Castillo, *“la gestión ambiental en el país va a depender, por un lado, de la voluntad política del gobierno para diseñar políticas protectoras del medio ambiente y ejecutarlas a través de los órganos competentes; y por otro, de la capacidad técnica y política de la CONAMA para coordinar a todos los organismos estatales con competencias sectoriales en la materia y para legitimarse como la principal autoridad ambiental”*<sup>91</sup>.

#### **4.2.1.2 Órganos de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.**

##### **a.- Consejo Directivo.**

La Dirección Superior de la CONAMA corresponde a un Consejo Directivo integrado por el Ministro Secretario General de la Presidencia, quien lo preside con el título de Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, y por los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción, Obras Públicas, Agricultura, Bienes Nacionales, Salud, Minería, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, y Planificación y Cooperación.

Las atribuciones del Consejo Directivo se refieren a ejecutar y hacer cumplir las funciones enumeradas en el artículo 70° de la Ley N°19.300, velar por la coordinación en materia ambiental, entre los ministerios, organismos y servicios públicos, proponer al Presidente de la República proyectos de ley y actos administrativos relativos a materias ambientales, y conocer del recurso de

---

<sup>91</sup> CASTILLO, M. Op. Cit. p. 68

reclamación en materia de estudio de Impacto Ambiental en el caso del artículo 20°, entre otras funciones.

#### **b.- Dirección Ejecutiva.**

La administración de la CONAMA corresponde al Director Ejecutivo, designado por el Presidente de la República. El Director es el Jefe Superior del Servicio y cuenta con su representación legal.

Las funciones del Director Ejecutivo consisten, entre otras, en la administración superior del Servicio; en hacer efectivos los acuerdos del Consejo Directivo y proponerle el programa anual de actividades del Servicio; designar a los Directores Regionales de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente y conocer el recurso de Reclamación en materia de Declaración de Impacto Ambiental.

#### **c.- Consejo Consultivo de la CONAMA.**

Este Consejo se encarga de absolver las consultas que le formule el Consejo Directivo, emitir opiniones sobre los anteproyectos de ley y decretos supremos que fijen normas de calidad ambiental, de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental, entre otras materias.

El Consejo Consultivo es presidido por el Presidente de la CONAMA e integrado por distintos representantes del quehacer nacional, tales como, científicos, académicos, empresarios, trabajadores y un representante del Presidente de la República.

#### **d.- Comisiones Regionales del Medio Ambiente.**

La CONAMA se desconcentra territorialmente a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente. En cada región del país existe un Director Regional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, quien representa al Servicio y es nombrado por el Director Ejecutivo.

La Comisión Regional se encarga de coordinar la gestión ambiental en el nivel regional, y cumplir las demás funciones que le encomiende la ley. Cumple un rol importante en el sistema de evaluación de impacto ambiental.

La COREMA , en cada región del país, está integrada por el Intendente, quien la presidirá; por los Gobernadores de la región; por los Secretarios



Regionales Ministeriales de los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción, Obras Públicas, Agricultura, Bienes Nacionales, Salud, Minería, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, y Planificación y Cooperación; por cuatro consejeros regionales elegidos por el respectivo Consejo en una sola votación, y por el Director Regional de la Comisión Regional del Medio Ambiente.

Resulta evidente de la sólo enumeración de los integrantes de la COREMA su estrecha dependencia del Ejecutivo, y su escasa preparación técnica en materias ambientales.

La COREMA también cuenta con un Consejo Consultivo Regional del Medio Ambiente, de similar integración que el Consejo Consultivo de la CONAMA, nombrados por el Intendente Regional.

### **4.3 Evaluación de Impacto Ambiental sobre el componente patrimonio cultural.**

#### **4.3.1 Conceptos Básicos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.**

Antes de describir el procedimiento para la realización de evaluaciones de Impacto Ambiental sobre el componente patrimonio cultural, nos detendremos brevemente en la definición de ciertos conceptos básicos sobre esta materia, y en la normativa ambiental que explica la integración del patrimonio cultural dentro de los componentes ambientales sujetos a evaluación de impacto.

La ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en su artículo 1° letra k), define *impacto ambiental* como “*la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada*”. El mismo artículo en su letra j), define la Evaluación de Impacto Ambiental como “*el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes.*”

La procedencia de los Estudios de Impacto Ambiental en la determinación del impacto producido por determinados proyectos o actividades, enumerados en el artículo 10° de la Ley N°19.300, que afecten al patrimonio cultural, es señalado por el artículo 11° letra f) de la citada ley, el cual expresa que los proyectos o actividades antedichos, requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental si generan “*alteración de monumentos, sitios con valor antropológico,*

*arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.”* Además, esta disposición debe complementarse con la letra c) del mencionado artículo, que requiere la elaboración de un estudio de impacto ambiental cuando exista “*reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos*”.

#### **4.3.2 Proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.**

El artículo 10° de la Ley N°19.300, señala los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. Esta disposición es complementada y precisada por el artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Es importante destacar que, únicamente, los proyectos o actividades enumerados en el artículo 10° de la Ley N°19.300 están sometidos a evaluación de impacto ambiental, si no se encuentran señalados en esta disposición no entran al sistema, aunque produzcan los impactos o efectos detallados el artículo 11° de la misma ley. Es decir, la puerta de entrada al sistema de evaluación de impacto ambiental lo constituye la inclusión del proyecto o actividad en la enumeración taxativa del Artículo 10° de la Ley N°19.300.<sup>92</sup> Estos proyectos o actividades son:

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294° del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, *significativos*, de cuerpos o cursos naturales de aguas.

El artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental define cuándo se entiende que estos proyectos o actividades son *significativos*.

b) Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones.

c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW.

d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas.

---

<sup>92</sup> MARÍN, Alejandro, CONAMA, comunicación personal, Octubre de 2000.

e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas.

f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos.

g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes a que alude la letra siguiente.

El artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental define lo que se entiende por “*proyectos de desarrollo urbano*”, señalando que incluye a aquellos que contemplen obras de edificación y urbanización, cuyo destino sea habitacional, industrial y/o de equipamiento, de acuerdo a ciertas especificaciones que detalla. También define los “*proyectos de desarrollo turístico*” como aquellos que contemplen obras de edificación y urbanización destinados al uso habitacional y/o de equipamiento para fines turísticos.

h) Planes regionales de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales, planes seccionales, proyectos industriales o inmobiliarios que los modifiquen o que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.

i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.

En relación a la extracción industrial de áridos, turba o greda, el artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, letra i), señala cuándo se entenderá que estos proyectos o actividades son industriales.

j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos.

k) Instalaciones fabriles, tales como metalúrgicas, químicas, textiles, productoras de materiales para la construcción, de equipos y productos metálicos y curtiembres, de dimensiones industriales.

El artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, letra k), señala cuándo se entiende que estos proyectos o actividades

son de dimensiones industriales.

l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, de dimensiones industriales.

El artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, letra l), señala cuándo se entiende que estos proyectos o actividades son de dimensiones industriales.

m) Proyectos de desarrollo o explotación forestales en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradas de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales.

El artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, letra m), señala cuándo se entiende que estos proyectos o actividades son de dimensiones industriales.

n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos.

El artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, letra n), señala cuándo se entiende que estos proyectos son de explotación intensiva.

ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas.

El artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, letra ñ), define cuándo se entiende que estos proyectos o actividades son “habituales”.

o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de agua o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos.

p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas *o en cualesquiera otra área colocada bajo protección oficial*, en los casos en que la legislación respectiva lo

permita.

q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masa de aguas que puedan ser afectadas.

#### **4.3.3 Procedencia de los Estudios de Impacto ambiental cuando se afecte al componente patrimonio cultural.**

De acuerdo a lo expresado, las disposiciones de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, fueron complementadas y precisadas por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental N°30, que entró en vigencia el 27 de Marzo de 1997. El artículo 4° de este Reglamento señala que el titular de un proyecto deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental, salvo que dicho proyecto o actividad genere alguno de los efectos contemplados en el artículo 11° de la Ley N° 19.300, o en los artículos del Título II del Reglamento. A este respecto, el artículo 11° del Reglamento, incluido en el Título II señala: “*El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural*”.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas, en cualquiera de sus etapas, genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural se considerará:

a) La localización *en o alrededor de* algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N°17.288;

b) La remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro o modificación de algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N°17.288;

c) La modificación, deterioro o localización en construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural; o

d) La localización en lugares o sitios donde se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folklore de algún pueblo, comunidad o grupo humano”.

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300, establece como principio general, que la ejecución o modificación de todo proyecto o actividad económica de los señalados en el Artículo° 10, deberán someterse previamente a una evaluación de su impacto ambiental, la que deberá ser aprobada o autorizada por la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, según corresponda. Dichas instituciones tendrán a su cargo la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, y la coordinación de los organismos del Estado involucrados para tal efecto (Artículo 8°).

El encargado de presentar la Declaración o Estudio de Impacto Ambiental según corresponda, será el “*titular*” de todo proyecto o actividad de los comprendidos en el artículo 10°.

La Ley N°19.300 distingue entre Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) y Estudios de Impacto Ambiental (EIA), atendiendo a los *efectos, características, o circunstancias* que generen o presenten los proyectos enumerados en el artículo 10°.

La Declaración de Impacto Ambiental, según el artículo 2°, letra f), es “*el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes*”.

La ley determina en forma negativa los proyectos o actividades que deben presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). En efecto, deberán cumplir con este trámite “*los titulares de los proyectos o actividades que deban someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental y que no requieren elaborar un Estudio de Impacto Ambiental*”. Para ello, “*presentarán una Declaración de Impacto Ambiental, bajo la forma de una declaración jurada, en la cual expresarán que éstos cumplen con la legislación ambiental vigente*” (Artículo 18, inciso 1°).

La ley contempla la posibilidad de adquirir “*compromisos ambientales voluntarios, no exigidos por la ley*”, pero “*en tal caso, el titular está obligado a cumplirlos*”(Artículo 18, inciso 2°).

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA), en tanto, según el Artículo 2, letra y) es “*el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación, e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará*

*para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”.*

#### **4.3.4 Contenido de los Estudios de Impacto Ambiental sobre el componente Patrimonio Cultural.**

Los EIA, de acuerdo al artículo 12° de la Ley N°19.300, complementado por el artículo 12° del Reglamento, deben cumplir con los siguientes requisitos:

##### **4.3.4.1 Una descripción del proyecto o actividad.**

Esta descripción debe especificar los antecedentes generales del proyecto o actividad, indicando el nombre del proyecto, la identificación del titular, el objetivo del proyecto o actividad; su localización; la definición de las partes, acciones y obras físicas que componen el proyecto o actividad; la superficie que comprenderá el proyecto o actividad, y el diseño de sus acciones y obras físicas; el monto estimado de la inversión; la vida útil y la descripción cronológica de las distintas etapas del proyecto o actividad, y la justificación de su localización.

El EIA también debe contener una descripción de la etapa de levantamiento de información de terreno, señalando las acciones y obras necesarias para la recolección de datos, así como una descripción detallada de la etapa de construcción y de la etapa de operación.

Finalmente, debe contener una descripción de las acciones, obras y medidas que implementará el titular del proyecto o actividad en la etapa de cierre y/o abandono, si correspondieren.

Si el proyecto o actividad genera o presenta los efectos, características o circunstancias establecidos en las letras c) y f) el artículo 11° de la Ley, relativas al patrimonio cultural impactado, es decir, si genera:

*d) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos<sup>93</sup>;*

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

En tal caso, las acciones y obras deben describirse considerando la

---

<sup>93</sup> El reasentamiento de comunidades humanas puede considerarse que atenta contra el patrimonio cultural, cuando éste afecte a pueblos indígenas o a comunidades con sistemas de vida tradicional que enriquezcan el patrimonio folklórico del país.

posibilidad de generar o presentar los efectos, características o circunstancias del artículo 11° letras d) y f) de la Ley, ya señalados.

#### **4.3.4.2 Una Línea de Base.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 12° letra f) del Reglamento, la línea de base debe describir el “*área de influencia del proyecto o actividad*”, a objeto de evaluar, posteriormente, los impactos que pudieren generarse o presentarse sobre los elementos del medio ambiente.

El área de influencia del proyecto o actividad se definirá y justificará, para cada elemento afectado del medio ambiente, tomando en consideración los impactos ambientales potenciales sobre ellos.

Deben describirse aquellos elementos del medio ambiente que se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad, y que dan origen a la necesidad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental, en consideración a los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo 11° de la Ley.

Se caracterizará el estado de los elementos del medio ambiente identificados, considerando los atributos relevantes del área de influencia, su situación actual y, si es procedente, su posible evolución sin considerar la ejecución o modificación del proyecto o actividad.

En cuanto a la evaluación del impacto sobre el patrimonio cultural, esta línea de base considerará, cuando corresponda, los siguientes contenidos:

- Descripción de los sistemas de vida, la forma de organización social y/o comunitaria, y las costumbres de los grupos humanos, poniendo especial énfasis en las comunidades protegidas por leyes especiales (Artículo 12°, letra f.3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental).
- Los elementos naturales y artificiales que componen el patrimonio histórico, arqueológico, antropo - arqueológico, paleontológico, religioso y, en general, los que componen el patrimonio cultural, incluyendo la caracterización de los Monumentos Nacionales (Artículo 12°, letra f.6, del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental).

Además, debe estar debidamente justificado el uso de procedimientos y metodologías necesarios para describir, caracterizar y analizar la línea de base.

En cuanto a la elaboración de la línea base de monumentos protegidos por la Ley N°17.288, ésta debe considerar la caracterización de todos los monumentos nacionales presentes en el área de influencia (monumentos históricos, públicos,



arqueológicos, santuarios de la naturaleza y zonas típicas), así como su localización.

De acuerdo a lo señalado por Alejandro Marín<sup>94</sup>, en relación al área de influencia para el componente patrimonio cultural, se distingue entre *área de influencia directa*, caracterizada por ser aquella que recibe derechamente el impacto, y *área de influencia indirecta*, caracterizada por ser aquella que puede ser impactada por acciones asociadas.

En el caso de los monumentos arqueológicos, por ejemplo, estas áreas se definen para cada sitio arqueológico atendiendo a la naturaleza del mismo y al tipo de proyecto o actividad sujeto a evaluación de impacto ambiental. Si se considera que el sitio no debe ser intervenido, se establece un área de protección de 50 o 100 metros a partir del borde del sitio arqueológico.

#### **4.3.4.3 Descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11° de la Ley N°19.300 que dan origen a la necesidad de efectuar un EIA.**

En cuanto a los efectos, características o circunstancias del artículo 11° que afectan al patrimonio cultural, y por tanto, determinan la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental, estos son los siguientes:

1.- *Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos* (Artículo 11° letra c) de la Ley N°19.300).

El artículo 8° del Reglamento complementa esta disposición, señalando que el reasentamiento consiste en el desplazamiento y reubicación de personas que habitan en el lugar de emplazamiento del proyecto o actividad, incluidas sus obras y acciones asociadas.

Se entiende que el proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas, en cualquiera de sus etapas, “*genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos*”, cuando afecta o involucra:

- la realización de ceremonias religiosas u otras manifestaciones propias de la cultura o del folclore del pueblo, comunidad o grupo humano (Artículo 8°, letra b).

---

<sup>94</sup> MARÍN, Alejandro (CONAMA), asesor del Consejo de Monumentos Nacionales en materias ambientales, Comunicación Personal, Noviembre de 2000.

- la presencia de población, comunidades o grupos humanos protegidos por leyes especiales (Artículo 8°, letra e).

A este respecto, es de interés señalar que la Resolución Exenta N°010/97 de la CONAMA, del 6 de Junio de 1997 que califica favorablemente el Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco, señala que la *“relocalización de población indígena debe ser llevada a cabo bajo los preceptos de la Ley N°19.253 que establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, requerido para la ejecución del plan de relocalización, y sólo puede practicarse con la autorización de la CONADI.”*

2.- *Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.* (Artículo 11° letra f) de la Ley 19.300).

El artículo 11° del Reglamento complementa esta disposición señalando que a objeto de evaluar si el proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas, en cualquiera de sus etapas, genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará:

a) *“La localización en o alrededor de algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288”.*

b) *“La remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro o modificación de algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288”.*

Realizamos consultas con el fin de esclarecer el real sentido y alcance que, en la práctica, se le está dando a estas disposiciones por parte de los organismos con competencia ambiental involucrados (CONAMA y Consejo de Monumentos Nacionales). Al respecto se nos señaló<sup>95</sup> que para determinar la pertinencia de realizar un Estudio de Impacto Ambiental sobre el componente patrimonio cultural era necesario hacer una interpretación sistemática de las letras a) y b) del artículo 11° del Reglamento, en el sentido que no sólo por la existencia de un Monumento Nacional localizado *“en o dentro de”* el área de influencia directa del proyecto o

---

<sup>95</sup> MARÍN, Alejandro,( CONAMA), asesor del Consejo de Monumentos Nacionales en materias medio ambientales, Comunicación Personal, Octubre de 2000.

actividad se debe hacer un Estudio de Impacto Ambiental. Este Estudio, únicamente, será requerido cuando se produzca “**alteración**” de los Monumentos Nacionales situados en el área de emplazamiento del proyecto, y las hipótesis de alteración están descritas taxativamente en la letra b) del Artículo 8°. Es decir, existe alteración cuando el proyecto o actividad produce la remoción, destrucción, excavación, traslado, deterioro o modificación de algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N°17.288.

c) *“La modificación, deterioro o localización en construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural”.*

Esta disposición hace referencia al patrimonio cultural tangible que no forme parte de los Monumentos Nacionales protegidos por la Ley 17.288.

d) *“La localización en lugares o sitios donde se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folcklore de algún pueblo, comunidad o grupo humano.”*

Esta disposición hace mención al patrimonio cultural intangible.

#### **4.3.4.4 Predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo.**

El artículo 12° letra g) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, señala al respecto que para cumplir con este objetivo se contrastarán cada uno de los elementos del medio ambiente descritos, caracterizados y analizados en la línea de base, con sus potenciales transformaciones derivadas de la ejecución o modificación del proyecto o actividad, considerando las etapas de levantamiento de la información de terreno, construcción, operación y abandono.

Señala el Reglamento, que la predicción y evaluación de los impactos ambientales se efectuará sobre la base de modelos, simulaciones, mediciones o cálculos matemáticos. Cuando, por su naturaleza, un impacto no se pueda cuantificar, su evaluación sólo tendrá un carácter cualitativo.

Asimismo, cuando corresponda, la predicción y evaluación de los impactos ambientales se efectuará considerando el estado de los elementos del medio ambiente en su condición más desfavorable.

El uso de procedimientos o metodologías necesarios para cumplir la exigencia señaladas anteriormente, deben ser debidamente justificados.

La predicción y evaluación de los impactos ambientales considera los efectos, características o circunstancias del artículo 11° de la Ley, atinentes al proyecto o actividad, y estima, según corresponda, los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos.

En cuanto a los componentes del patrimonio cultural que han de ser impactados por el proyecto o actividad, la predicción y evaluación de este impacto ambiental considera diferentes criterios, dependiendo del tipo de patrimonio cultural de que se trate.

El patrimonio cultural tangible e intangible que no se encuentra expresamente protegido por la Ley N°17.288 de Monumentos Nacionales ni por la Ley Indígena N°19.253, y al que hace referencia el artículo 8° letra b) y el artículo 11° letra c) y d) del Reglamento del SEIA, es decir:

*- La realización de ceremonias religiosas u otras manifestaciones propias de la cultura o del folclore del pueblo, comunidad o grupo humano (Artículo 8, letra b) del Reglamento del SEIA).*

*- La modificación, deterioro o localización en construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural (Artículo 11°, letra c, del Reglamento del SEIA).*

*- La localización en lugares o sitios donde se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humano” (Artículo 11°, letra d, del Reglamento del SEIA).*

Estos casos abarcan situaciones donde manifestaciones propias del patrimonio cultural del país no cuentan con normas especiales de protección, es decir, cuando no han sido declarados Monumento Nacional ni forman parte de la expresión cultural de pueblos indígenas protegidos por la Ley N°19.253.

La ausencia de normas legales o reglamentarias que señalen criterios y procedimientos de protección, así como la inexistencia de un organismo con competencia específica en esta materia, determina que la tutela de este patrimonio radique, genéricamente, en las COREMA. Esta situación se traduce, en la práctica, en una deficiente evaluación del impacto ambiental de los proyectos o actividades

que afectan a este tipo de patrimonio cultural.

En cuanto a la predicción y evaluación del impacto ambiental de proyectos o actividades que afecten al patrimonio cultural de poblaciones, comunidades o grupos humanos protegidos por la Ley Indígena N°19.253, debemos señalar que los Estudios de Impacto Ambiental pertinentes serán enviados a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), entidad con competencia ambiental en esta materia, para que se pronuncie sobre el particular y solicite, en su caso, rectificaciones o aclaraciones.

La predicción y evaluación del impacto ambiental de proyectos o actividades que afecten a Monumentos Nacionales, es supervizada por el Consejo de Monumentos Nacionales, quien los evalúa y formula observaciones o solicita rectificaciones cuando sea necesario. En lo relativo a la evaluación del impacto sobre monumentos arqueológicos, en la práctica se ha dado que los arqueólogos que realizan el EIA jerarquizan los sitios de acuerdo a ciertas categorías, tales como, “preservable”, “rescatable”, “de especial relevancia”, etc. No obstante, estas jerarquizaciones no son válidas, de acuerdo a la Ley N°17.288, que no hace distinciones respecto a los sitios, siendo un error del Reglamento de la Ley N°17.288 referirse a “sitios de especial relevancia”. De modo que, estas jerarquizaciones de sitios arqueológicos no son vinculantes para el Consejo de Monumentos Nacionales.

En general, el Consejo puede recoger o no la jerarquización propuesta por el arqueólogo a cargo del EIA, y en función de las características del sitio arqueológico y de la naturaleza del proyecto o actividad, este organismo determina la medida adecuada a aplicar<sup>96</sup>.

#### **4.3.4.5 Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación.**

El artículo 12° letra h) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, señala a este respecto que el Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación, describirá las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad, y las acciones de reparación y/o compensación que se realizarán, cuando ello sea procedente. Para tal efecto, dicho Plan estará compuesto, cuando corresponda, por un plan de medidas de mitigación, otro de medidas de reparación y un plan de medidas de compensación, según lo establecido en el Párrafo 1° del Título VI del Reglamento.

---

<sup>96</sup> MARÍN, Alejandro,( CONAMA), asesor del Consejo de Monumentos Nacionales en materias medio ambientales, Comunicación Personal, Noviembre de 2000.

## **I. Plan de Medidas de Mitigación.**

Las medidas de mitigación tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución. Se expresarán en un Plan de Medidas de Mitigación que deberá considerar, a lo menos, una de las siguientes medidas:

- a) Las que impidan o eviten completamente el efecto adverso significativo, mediante la no ejecución de una obra o acción, o de alguna de sus partes.
- b) Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, mediante una adecuada limitación o reducción de la magnitud o duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes, o a través de la implementación de medidas específicas.

En el caso de medidas de mitigación de monumentos arqueológicos, por ejemplo, se busca evitar el impacto sobre éste, ya sea creando un cerco de protección o cambiando el trazado del proyecto de modo que sus obras no le afecten.

## **II. Plan de Medidas de Reparación y/o Restauración.**

El artículo 60° del Reglamento señala que las medidas de reparación y/o restauración tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.

Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Reparación y/o Restauración.

De acuerdo a lo señalado por Alejandro Marín<sup>97</sup> tratándose de monumentos históricos o arqueológicos no existen medidas de reparación, considerando que resulta imposible reponer un sitio de esta naturaleza en el cual se conjugaron determinadas condiciones culturales, materiales y contextuales que le hacen irrepetible.

## **III. Plan de Medidas de Compensación.**

El artículo 61° del Reglamento señala que las medidas de compensación

---

<sup>97</sup> MARÍN, Alejandro,( CONAMA), asesor del Consejo de Monumentos Nacionales en materias medio ambientales, Comunicación Personal, Noviembre de 2000.

tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado.

Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad.

Las medidas de reparación y compensación sólo se llevarán a cabo en las áreas o lugares en que los efectos adversos significativos que resulten de la ejecución o modificación del proyecto o actividad, se presenten o generen.

En cuanto a las medidas de compensación de monumentos arqueológicos, por ejemplo, éstas proceden cuando el proyecto o actividad producirá con certeza impacto en este componente, entonces como medida de compensación se excava un cierto porcentaje del sitio arqueológico, se analizan los materiales y se publica la información obtenida.<sup>98</sup>

En cuanto a las medidas de compensación aplicadas cuando exista alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos indígenas, es interesante mencionar, nuevamente, lo resuelto por la Resolución Exenta N°010/97 de CONAMA, de fecha 6 de Junio de 1997, que califica favorablemente el Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco. Dicha resolución señala que CONAMA considera que “*el Plan de Relocalización propuesto [por Endesa] y las condiciones expuestas en el numerando 8.1.11 son adecuados para compensar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos que serían afectados ya que se hace cargo de sus efectos características y circunstancias*”. El numerando 8.1.11 de la mencionada resolución contempla diversos programas que incluyen el acondicionamiento de los predios receptores, acondicionamiento de la infraestructura predial, acondicionamiento habitacional, de infraestructura social y servicios sociales básicos, programas de traslado y programas de asistencia de continuidad. Dentro de este último programa se contempla el desarrollo de un sub programa cultural, que incluye el desarrollo de programas de resemantización de los lugares y puesta en valor de sitios de singularidad cultural. Persigue incorporar a los nuevos terrenos una valoración y significancia cultural para las familias que los ocuparán y fomentar el reforzamiento de la cultura pehuenche, así como el contacto con las familias de la comunidad de origen.

Nos parece que este “sub programa cultural” contiene objetivos ambiciosos y mal definidos, que ofrecen grandes dudas acerca de su soporte antropológico. ¿Qué debemos entender por “*resemantización de los lugares y puesta en valor de sitios de*

---

<sup>98</sup> Ibidem.

*singularidad cultural*”? ¿Puede acaso una cultura ser inducida a resemantizar un entorno por completo ajeno a su espacio tradicional? De ser así, ¿a que costo?. No se trata de especímenes de laboratorio, sino de detentadores de una compleja e irreplicable tradición cultural, en las que descansan nuestras raíces como pueblo. Lo cierto es que, hasta la fecha, no se han sentado los criterios para enfrentar el impacto de determinados proyectos o actividades sobre el desarrollo de una cultura aborígen. Percibimos mucha improvisación en estos mecanismos sugeridos para compensar el impacto. Lamentablemente, tratándose de etnias amerindias, la alteración significativa de sus sistemas de vida y costumbres reviste de gran importancia, porque la posibilidad de desestructuración de su cultura es un hecho esperable, concreto e irremediable.

#### **4.3.4.6 Plan de Seguimiento Ambiental.**

De acuerdo a lo señalado por el Párrafo 2° del Título VI del Reglamento denominado “*Del Plan de Seguimiento Ambiental y de la Fiscalización*”, este Plan de Seguimiento Ambiental de un proyecto o actividad tiene por finalidad asegurar, que las variables ambientales relevantes que dieron origen al Estudio de Impacto Ambiental evolucionan según lo establecido en la documentación que forma parte de la evaluación respectiva.

En tanto, el artículo 12° letra i) del Reglamento, señala que dicho plan debe contener, cuando sea procedente, la definición de los elementos del medio ambiente que serán objeto de medición y control; los parámetros que serán utilizados para caracterizar el estado y evolución de dichos elementos; la identificación de los sitios de medición y control; las características técnicas de los equipos e instrumentos, y los procedimientos y metodologías que se utilizarán para el funcionamiento de aquellos; la frecuencia de las mediciones, y cualquier otro aspecto relevante.

El artículo 65° de Reglamento, indica que corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva, sin perjuicio de su derecho a ejercer las



acciones civiles o penales que sean procedentes.

Este plan de seguimiento es una propuesta del proponente relativa a las variables que van a ser afectadas, sin embargo, no es vinculante para la autoridad administrativa, ya que de aprobarse el Estudio de Impacto Ambiental, en la misma resolución aprobatoria se señalan las variables afectadas y las medidas que se aplicarán, y éstas pueden o no coincidir con el plan de seguimiento propuesto.

En cuanto a los sitios arqueológicos, por ejemplo, generalmente, no se propone un plan de seguimiento, únicamente, cuando se exige por parte del Consejo de Monumentos Nacionales la preservación de un sitio, o bien, se han exigido medidas de compensación, se establece también la necesidad de un monitoreo durante la ejecución de la obra.<sup>99</sup>

Es de interés mencionar, nuevamente, a este respecto la Resolución Exenta N°010/97 de CONAMA, de fecha 6 de Junio de 1997, que califica favorablemente el Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco. Esta resolución señala dentro de la etapa de Seguimiento y Monitoreo del Programa de Asistencia de Continuidad, en lo relativo a las Actividades Culturales, el registro permanente de las siguientes: asistencia a Nguillatún (frecuencia y lugar), recolección de piñones (frecuencia y lugar), uso de la lengua nativa, labores de artesanía y otras actividades culturales. En cuanto al Seguimiento y Monitoreo del Sub Programa Cultural, éste incluye el registro permanente de las actividades que se desarrollen en el contexto de este programa, entre otras se menciona el llamado a concurso del estudio de resignificación de lugares sagrados, registro de lugares de resignificación, registro de las actividades de “puesta en valor” de los sitios de relocalización y registro de los lugares de resemantización.

#### **4.3.4.7 Plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 12° letra d) del Reglamento, el plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable debe incluir, cuando corresponda, la indicación de la normativa de carácter general aplicable al proyecto o actividad, las normas de carácter específico asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de los recursos naturales, la fiscalización y los permisos ambientales sectoriales que el proyecto o actividad requiera para su ejecución o modificación.

En relación al estudio de impacto ambiental sobre el componente *patrimonio cultural* constituido por Monumentos Nacionales, la legislación ambiental

---

<sup>99</sup> *Ibídem.*

aplicable es la Ley N°17.288. Si se afecta el patrimonio cultural de minorías étnicas protegidas por la Ley Indígena, la legislación ambiental aplicable incluirá a la Ley N°19.253. En los casos en que el patrimonio cultural afectado, tangible o intangible, no incluya monumentos nacionales ni manifestaciones culturales indígenas, será protegido, únicamente, por la Ley N°19.300 y su Reglamento. Este patrimonio cultural se encuentra mencionado en el artículo 11° del Reglamento, letras c) y d).

Además, dicho plan debe señalar la forma en la que se dará cumplimiento a las obligaciones contenidas en las normas legales recién mencionadas.

#### **4.3.4.8 Otros contenidos de los estudios de impacto ambiental.**

El artículo 12° del Reglamento señala otros contenidos del estudio de impacto ambiental que complementan lo señalado por la Ley N°19.300. Estos son los siguientes:

- La descripción de las acciones realizadas previamente a la presentación del Estudio de Impacto Ambiental, relativas a consultas y/o encuentros con organizaciones ciudadanas o con personas naturales directamente afectadas, si corresponde, incluyendo los resultados obtenidos de dichas iniciativas. Asimismo, se podrá definir un programa de acciones destinadas a asegurar la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de evaluación de impacto ambiental del correspondiente Estudio presentado, y que a juicio del titular del proyecto o actividad, sea necesario implementar.
- Un apéndice del Estudio de Impacto Ambiental, que incluirá toda la información documentada que sirva de apoyo para la comprensión del Estudio, ordenada en forma de anexos (Artículo 12° letra k) del Reglamento).

#### **4.4 Procedimiento para la realización de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) sobre el componente patrimonio cultural.**

A continuación nos referiremos al procedimiento administrativo para la tramitación de los Estudios de Impacto Ambiental, haciendo especial énfasis en las particularidades de este procedimiento al evaluar el impacto ambiental sobre el componente patrimonio cultural.

Debemos tener presente que el artículo 15° de la Ley N°19.300, establece que la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, tendrá un plazo de 120 días para pronunciarse sobre el Estudio de Impacto Ambiental,

transcurrido este plazo sin que exista pronunciamiento de los órganos administrativos referidos, se entenderá que el EIA ha sido calificado favorablemente.

#### **4.4.1 Inicio del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.**

El Título IV, Párrafo 1° del Reglamento se refiere a la presentación de los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental. Señala al respecto que la evaluación de Impacto Ambiental se iniciará mediante la presentación del Estudio o de la Declaración de Impacto Ambiental, por el titular del proyecto o actividad o su representante, ante la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

Los Estudios o Declaraciones de Impacto Ambiental se presentarán, para obtener las autorizaciones correspondientes, ante la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región en que se realizarán las obras materiales que contemple el proyecto o actividad, con anterioridad a su ejecución. En los casos en que la actividad o proyecto pueda causar impactos ambientales en zonas situadas en distintas regiones, las Declaraciones o los Estudios de Impacto Ambiental deberán presentarse ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (artículo 9, inciso 2° y 3° de la Ley N°19.300).

Junto con la presentación, el titular del proyecto o actividad entregará un número suficiente de ejemplares del Estudio o de la Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, para su distribución a los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental, así como del extracto del Estudio de Impacto Ambiental a que se refiere el artículo 27° de la Ley N°19.300.

Dentro de los cinco días siguientes a la presentación del Estudio o de la Declaración de Impacto Ambiental, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, deberá examinar si cumple con los siguientes requisitos señalados por la Ley y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental:

- a) Si la presentación se hizo ante el órgano de la Comisión Nacional del Medio Ambiente competente para conocer la materia.
- b) Si la presentación se hizo por persona facultada legalmente para ese efecto.
- c) Si el documento presentado cumple con los requisitos formales del artículo 12° de la Ley, relativos al contenido del mismo (descripción del proyecto, línea de base, descripción de los efectos, características o circunstancias del artículo 11° de

la Ley que dan origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental, etc.), y 12° y 13° del Reglamento, tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental.

d) Si se acompañó el número de ejemplares suficiente.

e) Si se hizo entrega de una propuesta del extracto del Estudio de Impacto Ambiental a que se refiere el artículo 27° de la Ley.

Si la presentación no cumpliera con alguno de los requisitos referidos, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, no la admitirá a tramitación, tal situación será notificada al titular del proyecto o actividad por carta certificada.

Si la presentación cumpliera con los requisitos legales y reglamentarios pertinentes, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, la acogerá a tramitación, mediante la dictación de una resolución que será notificada por carta certificada al titular del proyecto o actividad. Esta resolución será dictada dentro del plazo de cinco días.

En dicha resolución, se dispondrá que el extracto del Estudio de Impacto Ambiental, debidamente visado por COREMA o CONAMA, según corresponda, sea publicado en el Diario Oficial y en un diario o periódico de la capital de la región, o de circulación nacional. Estas publicaciones se efectuarán dentro de los diez días siguientes a la respectiva presentación del Estudio de Impacto Ambiental (Artículo 27° de la Ley N°19.300).

Dentro de los tres días siguientes a la dictación de la resolución señalada en el artículo anterior, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, dispondrá:

a) que los ejemplares del Estudio o de la Declaración de Impacto Ambiental, según corresponda, sean enviados a los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental y a las municipalidades de las comunas donde se ejecutará el proyecto o actividad, adjuntando una copia de la resolución a que se refiere el artículo anterior; y

Si la realización de un proyecto o actividad sometido a evaluación de impacto ambiental, afecta Monumentos Nacionales protegidos por la Ley N°17.288, un ejemplar del Estudio se envía al Consejo de Monumentos Nacionales, órgano administrativo con competencia ambiental en esta materia. Del mismo modo, si el proyecto o actividad afecta al patrimonio cultural de etnias protegidas por la Ley N° 19.253 o Ley Indígena, un ejemplar del Estudio se envía a

la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), órgano administrativo con competencia ambiental en esta materia. De afectarse al patrimonio cultural tangible o intangible no protegido por leyes especiales, será la COREMA quien debe opinar acerca de este Estudio.

Asimismo, una vez efectuada la publicación del extracto a que se refiere el artículo 27° de la Ley, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, remitirá una copia de dicha publicación a las municipalidades y a los gobernadores provinciales en cuyo ámbito comunal o provincial, según corresponda, se realizarán las obras o actividades que contemple el proyecto o actividad bajo evaluación.

#### **4.4.2 Envío de los antecedentes a los órganos administrativos con competencia ambiental.**

El artículo 24° del Reglamento señala que los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental que participarán en la calificación ambiental del proyecto o actividad, serán aquellos que cuenten con atribuciones en materia de *otorgamiento de permisos ambientales sectoriales* respecto del proyecto o actividad en particular. Asimismo, la participación en la calificación ambiental del proyecto o actividad será facultativa para los demás órganos de la administración del Estado que posean atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dictará la resolución de calificación ambiental del proyecto o actividad en particular.

Los órganos con competencia ambiental en materia de protección del patrimonio cultural son el Consejo de Monumentos Nacionales, cuando se afecte a dichos monumentos, la CONADI, cuando se afecte a poblaciones protegidas por la Ley N°19.253 y la COREMA, cuando el patrimonio cultural afectado no se encuentre en las dos hipótesis anteriores. De los mencionados organismos, únicamente el Consejo de Monumentos Nacionales cuenta con permisos ambientales sectoriales, mencionados en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

#### **4.4.3 Permisos Ambientales Sectoriales.**

Como se dijo, los únicos permisos ambientales sectoriales que inciden sobre el componente patrimonio cultural, mencionados en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental son los otorgados por el Consejo de Monumentos Nacionales cuando se afecte a Monumentos Nacionales protegidos por la Ley N°17.288. Distingue el Reglamento los distintos permisos atendiendo a la clase de Monumento Nacional de que se trate.

#### **4.4.3.1 Permisos relativos a Monumentos Históricos.**

A este respecto el Artículo 73° del Reglamento señala que en los permisos para realizar trabajos de conservación, reparación o restauración de Monumentos Históricos; para remover objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico; para destruir, transformar o reparar un Monumento Histórico, o hacer construcciones en sus alrededores; o para excavar o edificar si el Monumento Histórico fuere un lugar o sitio eriazo, a que se refieren los artículos 11° y 12° de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, serán los siguientes.

En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberán señalar las medidas apropiadas para la conservación y/o protección del Monumento Histórico que se afectará.

#### **4.4.3.2 Permisos relativos a Monumentos Arqueológicos.**

El artículo 74° del Reglamento señala que, en cuanto a los permisos para hacer excavaciones de carácter o tipo arqueológico, antropológico, paleontológico o antropo arqueológico, a que se refieren los artículos 22° y 23° de la Ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales, y su Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, aprobado por D.S. 484/90, del Ministerio de Educación, los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, serán los siguientes.

En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberá señalar las medidas apropiadas para la conservación y/o protección de los sitios arqueológicos, antropológicos o paleontológicos que serán afectados, en consideración a:

- a) La identificación y localización del sitio arqueológico, antropológico o paleontológico que pueda resultar afectado.
- b) Las características del sitio y su propuesta de intervención, según lo señalado en el informe de investigadores acreditados por la Ley N° 17.288 y su Reglamento.

#### **4.4.3.3 Permisos relativos a Zonas Típicas.**

A este respecto el artículo 75° del Reglamento señala que en el permiso para hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, a que se refiere el artículo 30° de la Ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales, los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, serán siguientes:

En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberá señalar las medidas apropiadas para la preservación del estilo arquitectónico general de las zonas típicas o pintorescas que se afectarán.

#### **4.4.3.4 Permisos relativos a Santuarios de la Naturaleza.**

Señala el artículo 76° del Reglamento que en el permiso para iniciar trabajos de construcción o excavación, o para desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar el estado natural de un Santuario de la Naturaleza, a que se refiere el artículo 31° de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento exigen que en el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se señalen las medidas apropiadas de protección y conservación del estado natural del Santuario de la Naturaleza.

#### **4.4.3.5 Permisos otorgados por otros órganos administrativos con competencia ambiental no mencionados en el Reglamento del SEIA.**

En cuanto a permisos que incidan sobre el componente patrimonio cultural de otros organismos administrativos no mencionados en el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, debemos mencionar a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), quien será integrada al Sistema de Evaluación

de Impacto Ambiental como organismo con competencia ambiental cuando el proyecto o actividad de que se trate impacte a etnias protegidas por la Ley N°19.253.

A este respecto es de interés señalar la Resolución Exenta N°010/97 de CONAMA, de fecha 6 de Junio de 1997, que califica favorablemente el Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco. Esta resolución señala que *“la relocalización de población indígena debe ser llevada a cabo bajo los preceptos de la Ley 19.253 que establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, requerido para la ejecución del plan de relocalización, sólo puede practicarse con la autorización de la CONADI. La permuta de tierras indígenas no se considera normativa de carácter ambiental y, por tanto, el acto de autorización antedicha no está vinculada a la presente Resolución”*.

#### **4.4.4 Elaboración del Informe Técnico por parte de COREMA o de la Dirección Ejecutiva de CONAMA, en su caso.**

El artículo 25° del Reglamento señala que los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental,<sup>100</sup> deberán informar a la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva, o a la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, dentro del plazo máximo de **cuarenta días**, contados desde el envío de los ejemplares.

Recibidos los informes a que se refiere el inciso anterior, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, elaborará el Informe Técnico descrito en el artículo 28° del Reglamento.

Los informes definitivos emanados de los órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación del Estudio, deberán indicar si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los permisos ambientales sectoriales, si corresponde, en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, deberán opinar fundadamente si las medidas propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental se hacen cargo de los efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11° de la Ley.

#### **4.4.5 Solicitud de Aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones por parte de los**

---

<sup>100</sup> Consejo de Monumentos Nacionales si el proyecto o actividad afecta Monumentos Nacionales protegidos por la Ley 17.288, o CONADI si se afecta a etnias protegidas por la Ley 19.253.



## **órganos con competencia ambiental.**

Una vez recibidos y analizados los ejemplares del Estudio de Impacto Ambiental, los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la evaluación del EIA, podrán solicitar las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se estimen necesarias para la adecuada comprensión de dicho Estudio.

Si se hubiere solicitado aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental, y una vez transcurrido el plazo de 40 días desde el envío de los ejemplares, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, elaborará un informe consolidado. En dicho informe consolidado podrá incluirse la solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, estime necesarias.

El informe consolidado será notificado al titular del proyecto o actividad por carta certificada, otorgándosele un plazo para que la solicitud contenida en él sea respondida, pudiendo suspenderse de común acuerdo, en el intertanto, el término que restare para finalizar la evaluación del respectivo Estudio.

Presentadas las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones solicitadas, o transcurrido el plazo dado para ello, continuará corriendo el plazo de ciento veinte días para que la Comisión Regional o Nacional de Medio Ambiente se pronuncie sobre el Estudio de Impacto Ambiental.

Si no se hubieren presentado las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones solicitadas en el plazo dado para ello, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, se pronunciará sobre el Estudio de Impacto Ambiental dentro del plazo que restare para completar el plazo de ciento veinte días.

Una vez presentadas las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones por parte del titular del proyecto o actividad, que se contendrán en un documento denominado Addendum<sup>101</sup>, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, las remitirá a los órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación del Estudio.

---

<sup>101</sup> El Addendum es el documento en el cual se consignan las respuestas del titular del proyecto o actividad a las solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones señaladas por la COREMA, o la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, en su caso. Los Addenda son las sucesivas respuestas por parte del titular del proyecto a nuevas solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se enumeran correlativamente.

Dichos órganos dispondrán de un plazo máximo de **veinte días**, contados desde la fecha de envío del respectivo oficio que conduce el Addendum, para preparar y hacer llegar los informes definitivos, a la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o a la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso.

Los informes definitivos emanados de los órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación del Estudio, deberán indicar si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los permisos ambientales sectoriales, si corresponde, en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, deberán opinar fundadamente si las medidas propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental se hacen cargo de los efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11° de la Ley.

Si la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, precisare, por propia decisión o por requerimiento de algún órgano de la administración del Estado con competencia ambiental, de nuevas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental, se notificará al titular del proyecto o actividad por carta certificada, otorgándosele un plazo para que las nuevas solicitudes sean respondidas. Las respuestas del titular del proyecto o actividad se enumerarán correlativamente como nuevos Addenda.

Una vez que se hayan evacuado los informes definitivos relativos a las respuestas dadas por el titular del proyecto o actividad a las nuevas solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, contenidas en el Addenda o Addendum, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, elaborará un Informe Técnico del Estudio de Impacto Ambiental.

#### **4.4.6 Participación de la comunidad en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.**

La ley N°19.300 en su Párrafo 3°, señala un mecanismo conforme al cual se verificará esta participación ciudadana. La Ley establece al respecto que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas podrán imponerse del contenido del estudio y podrán formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de 60 días, contado desde la respectiva publicación del extracto del EIA en el Diario

Oficial. Las organizaciones ciudadanas y las personas naturales cuyas observaciones no hubieren sido debidamente ponderadas en los fundamentos de la respectiva resolución, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que la hubiere dictado (artículos 28° y 29° de la Ley N°19.300).

En tanto, el artículo 26° inciso 3° del Reglamento señala otro mecanismo de participación ciudadana, según el cual, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, podrá incluir y/o considerar en el informe consolidado las observaciones formuladas por las organizaciones ciudadanas y las personas naturales a que se refiere el artículo 28° de la Ley N°19.300, que se hubieren recibido dentro del plazo de **cuarenta días** desde el envío de los ejemplares del EIA a los órganos administrativos con competencia ambiental. Esto, sin perjuicio de la ponderación que realice la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 29° de la Ley N°19.300.

#### **4.4.7 Contenido del Informe Técnico del Estudio de Impacto Ambiental.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 28° y siguientes del Reglamento, luego de recibidos los informes definitivos de los organismos con competencia ambiental involucrados en la evaluación, relativos a las respuestas recibidas a sus solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones del EIA, por parte del titular del proyecto o actividad, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, elaborará un Informe Técnico del Estudio de Impacto Ambiental.

Este Informe Técnico del Estudio de Impacto Ambiental contendrá:

- a) los antecedentes generales del proyecto o actividad;
- b) la referencia a los informes de los órganos de la Administración del Estado que participen en la evaluación de impacto ambiental del proyecto o actividad de que se trate;
- c) una síntesis de las observaciones que hubieren formulado las organizaciones ciudadanas y las personas naturales a que se refiere el artículo 28° de la Ley y los antecedentes que digan relación con la implementación de los mecanismos que permitieron asegurar la participación informada de la comunidad organizada, si corresponde;

- d) una síntesis de la evaluación de impacto ambiental, de los efectos ambientales relevantes y de las medidas de mitigación, reparación y compensación del proyecto o actividad, presentadas por su titular;
- e) las conclusiones respecto a cada uno de los aspectos que digan relación con el cumplimiento de la normativa de carácter ambiental y con la proposición de las medidas de mitigación, compensación o reparación en consideración a que éstas sean apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11° de la Ley, indicándose los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen tales conclusiones, en base a la opinión de los órganos de la Administración del Estado que participan en la calificación del proyecto o actividad contenida en los informes pertinentes.

Si correspondiere, se propondrán las condiciones o exigencias específicas que el titular debería cumplir para ejecutar el proyecto o actividad, incluyendo las respectivas medidas de mitigación, reparación, compensación, de prevención de riesgos y de control de accidentes, y el plan de seguimiento ambiental; y

- f) la indicación de los permisos ambientales sectoriales contenidos en el Título VII de este Reglamento, asociados al proyecto o actividad.

La Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, remitirá dicho Informe a los órganos de la administración del Estado que participen en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, para su visación final, quienes dispondrán para tal efecto de un plazo máximo de **cinco días**. Si así no lo hicieren, deben dar una razón fundada de su negativa.

Una vez que exista constancia de la visación antes referida, o de su negativa, y/o transcurrido el plazo de cinco días, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, anexará a dicho Informe Técnico las visaciones o negativas que se hubieren recibido, pasando este Informe con su anexo a denominarse **Informe Técnico Final del Estudio de Impacto Ambiental** del proyecto o actividad de que se trate, el cual deberá contener, en todo caso, los mismos antecedentes señalados para la elaboración del Informe Técnico.

En casos calificados y debidamente fundados, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, podrá, por una sola vez, ampliar el plazo de 120 días para la calificación de un EIA, hasta por sesenta días adicionales. Dicha ampliación deberá ser notificada al titular del proyecto o actividad por carta certificada.

Por otra parte, si sobre la base de los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, estime que dicho Estudio “*adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad*”, y que no pudiere subsanarse en el Addendum o en los Addenda posteriores, elaborará de inmediato el

#### **4.4.8 Calificación Ambiental del Proyecto o Actividad.**

El Párrafo 4° del Reglamento se refiere a la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto o Actividad. Señala en su artículo 35° que tratándose de un proyecto o actividad cuyo Estudio o Declaración de Impacto Ambiental se hubiere presentado ante una Comisión Regional del Medio Ambiente, se deberá convocar a los integrantes de dicha Comisión a una sesión, a objeto de decidir sobre la calificación ambiental de dicho proyecto o actividad. La sesión será convocada por el Presidente de la Comisión dentro de los tres días siguientes de concluida la elaboración del Informe Técnico Final correspondiente.

La decisión que califica ambientalmente un proyecto o actividad considerará, “*entre otros antecedentes*”<sup>102</sup>, el Informe Técnico Final y deberá constar en una resolución fundada de la Comisión Regional del Medio Ambiente.

Tratándose de un proyecto o actividad cuyo Estudio se hubiere presentado ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, el Director Ejecutivo de esta Comisión dictará una resolución fundada que califique favorable o desfavorablemente el proyecto o actividad, teniendo en consideración, “*entre otros antecedentes*”, la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental y el Informe Técnico Final.

Toda la tramitación antedicha, ya sea en COREMA o en la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, debe efectuarse dentro del plazo que restare para cumplir el término de los ciento veinte días, que señala la Ley N°19.300, tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental, sin perjuicio de las ampliaciones de plazos que se determinen en virtud de lo establecido en el artículo 16° de la Ley.

La resolución que califique el proyecto o actividad contendrá, a lo menos:

---

<sup>102</sup> Las comillas y letras cursivas son nuestras.

- a) la indicación de los elementos, documentos, facultades legales y reglamentarias que se tuvieron a la vista para resolver;
- b) las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución y la ponderación de las observaciones formuladas por las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y por las personas naturales directamente afectadas, si corresponde; y
- c) la calificación ambiental del proyecto o actividad, aprobándolo, rechazándolo o, si la aprobación fuere condicionada, fijando las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado.

Dicha resolución será notificada por carta certificada al titular del proyecto o actividad.

Asimismo, dicha resolución deberá ser notificada a las autoridades administrativas con competencia para resolver sobre el proyecto o actividad. Tratándose de un proyecto o actividad del sector público, la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, será obligatoria y deberá ser ponderada en la correspondiente evaluación socioeconómica de dicho proyecto o actividad que deberá efectuar el Ministerio de Planificación y Cooperación. Para estos efectos, se notificará la resolución a dicho Ministerio.

En los Estudios de Impacto Ambiental, si la resolución es favorable pura y simplemente, o sujeta a condiciones o exigencias, ésta certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables; que el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales que se señalan en el Título VII de este Reglamento, y que, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11° de la Ley, se proponen medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas.

Si la resolución es desfavorable, no se podrá realizar el proyecto o actividad o su modificación. Asimismo, los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, en las materias relativas al respectivo proyecto o actividad, quedarán obligados a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales,

en tanto no se les notifique de pronunciamiento en contrario.

En caso que la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, no pueda pronunciarse sobre el Estudio de Impacto Ambiental en razón de la falta de otorgamiento de algún permiso o pronunciamiento sectorial ambiental, requerirá al órgano de la Administración del Estado responsable para que, en el plazo de treinta días, emita el permiso o pronunciamiento. Vencido este plazo, el permiso o pronunciamiento faltante se tendrá por otorgado favorablemente.

## **Capítulo 5: Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas: Análisis de la Ley N°19.253**

### **5.1 Fundamentos Culturales de la Ley Indígena.**

El tratamiento legislativo de los pueblos indígenas en la legislación chilena, a lo largo de nuestra historia como país independiente, ha estado marcado por un espíritu “integracionista”, o de asimilación de las culturas autóctonas a la estructura estatal y valores de la cultura dominante, con la consiguiente pérdida o usurpación de sus territorios ancestrales. La homogeneidad cultural fue vista como algo positivo para la sociedad global, enfatizándose la estandarización cultural, educacional y lingüística. Hasta antes de la dictación de la Ley N°19.253, puede afirmarse que la mayor parte de los cuerpos legislativos que abordaron el tema indígena, actuaron más como instrumentos de asimilación y pérdida de identidad étnica que de afianzamiento y desarrollo de la diversidad cultural nacional.

Por ejemplo, y de acuerdo a lo señalado por José Aylwin<sup>103</sup> y Eduardo

---

<sup>103</sup> AYLWIN, José y E. Castillo, “*Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia*”. Documento de Trabajo N°3, Programa de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Comisión Chilena de Derechos Humanos,

Castillo, a través de la legislación fueron privatizadas y usurpadas las tierras del pueblo mapuche y se somete a este pueblo “*a un derecho extraño en un intento de asimilarlo al resto de la población nacional, desconociendo su identidad como pueblo, sus tradiciones y costumbres ancestrales*”.

Examinaremos, brevemente, a continuación algunos de los preceptos legales dictados a través de nuestra historia republicana y que han incidido sobre el tema indígena.

El esfuerzo legislativo por integrar a los pueblos indígenas dentro de un todo indiferenciado y unitario que conformaría la sociedad chilena se aprecia desde los más tempranos tiempos de la vida republicana<sup>104</sup>. En efecto, en 1819, Bernardo O’Higgins dictó un bando supremo que dispone que los indígenas deben ser llamados ciudadanos chilenos, ser libres como todos los demás habitantes del Estado y los declara legalmente capaces y en igualdad jurídica.

El Código Civil de 1855, en tanto, impone a los indígenas, lo mismo que a toda la población chilena, un conjunto de normas relativas a las personas, los bienes, los contratos, la sucesión por causa de muerte, etc., sin considerar en parte alguna las costumbres por las cuales éstos se regían en esas materias. Aún más, impide expresamente la utilización de la costumbre indígena como derecho al disponer en su artículo segundo que “*la costumbre no constituye derecho sino cuando la ley se remite a ella*”.

A través de este Código, en suma, se somete a los pueblos indígenas a un derecho extraño, asimilándolos de este modo al resto de la población nacional.

Tal vez, el instrumento legal más aberrante en materia de política indígena dictado en nuestro país lo constituye el Decreto Ley N°2.568. Este decreto, además de dividir las tierras indígenas mapuches, eliminaba todo reconocimiento a la existencia misma de este grupo étnico, al disponer en su artículo primero que, a contar de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, “*las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños y adjudicatarios*”. Esta norma, derogada por el D.L.N° 2750 pocos meses después de su entrada en vigor, debido a la fuerte crítica que suscitó, demuestra el carácter asimilacionista a ultranza con que se concibió esta legislación, por cuanto a través de ella se pretendía no sólo modificar el sistema de propiedad de sus tierras ancestrales, sino también privar a los mapuches de su derecho a ser reconocidos como tales.

---

Santiago, Diciembre de 1999, pp.6

<sup>104</sup> Ver Informe de la Comisión Especial para el estudio de la legislación referida a los Pueblos Indígenas, sobre el proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas (Boletín N°514-01:1). Presentado en la Sesión N°43, del día miércoles 20 de enero de 1993 en la Cámara de Diputados.



El progresivo despojo y desconocimiento del valor de la cultura mapuche resulta emblemático y refleja de algún modo el triste sino que ha acompañado el devenir de las culturas autóctonas chilenas. Destino marcado por la discriminación, la indiferencia, el etnocidio, o bien, un acelerado proceso de asimilación a la cultura dominante.

Los redactores de la Ley N°19.253, haciéndose cargo de esta deuda histórica, buscaron integrar las opiniones de un amplio espectro de la población indígena, creándose para ello la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), quien realizó un borrador de la ley que fue ampliamente discutido en las respectivas regiones de los pueblos indígenas. Debemos mencionar también la realización en 1991, del Congreso de Pueblos Indígenas de Chile, en Temuco, el cual sentó las bases para una normativa legal que sitúa a los indígenas en la senda del etnodesarrollo y respeto de sus particularidades como pueblo.

De acuerdo a lo señalado en la Sesión N°43 de la Cámara de Diputados, del día 20 de enero de 1993, *“el espíritu de la nueva ley indígena es totalmente diferente. Se establece la diversidad de las culturas existentes en la sociedad chilena y se fomenta su desarrollo. Se reconoce por tanto el carácter propio de los grupos indígenas y el derecho que les asiste a desarrollarse según sus propios criterios, cultura y costumbre.”*

Sin duda, constituye un avance en relación a la legislación anterior, especialmente por abandonar el afán asimilacionista y reconocer el valor de la diversidad cultural, definiendo nuestro país como un Estado pluriétnico. Sin embargo, no está exenta de deficiencias, entre ellas la precariedad institucional de la CONADI, que la hace altamente vulnerable a los intereses del gobierno de turno, un caso ejemplificador de lo expuesto se encuentra en los dos despidos sucesivos de Directores de la CONADI, que se opusieron a la realización de la Central Hidroeléctrica Ralco, en territorio pehuenche.

Se señala también en la Sesión N°43, ya referida, que el espíritu de la nueva ley busca reforzar a la comunidad como núcleo social básico de los pueblos indígenas y, por tanto, darle toda la fuerza legal posible. La nueva legislación persigue lograr crecientes formas de participación de los pueblos indígenas en la sociedad chilena.

Un aspecto importante de la Ley N°19.253, que hemos tenido oportunidad de examinar anteriormente<sup>105</sup>, se refiere a la aplicación de un criterio de discriminación positiva en el tratamiento legislativo dado a nuestros pueblos originarios. En efecto, la actual Ley Indígena reconoce que las minorías étnicas

---

<sup>105</sup> Capítulo II. Acápites 1.2.

han sido grupos discriminados dentro de la sociedad chilena. Es por ello que siguiendo principios internacionales, esta ley se inspira en el principio de discriminación positiva, procurando la igualdad real por sobre la igualdad formal, a favor de los indígenas chilenos. Sin embargo, tal criterio debe necesariamente complementarse, a mi juicio, con el reconocimiento constitucional de la existencia y protección de los pueblos indígenas. Tal reconocimiento aún no se produce hasta la fecha, evidenciando la falta de compromiso real de nuestros parlamentarios con los postulados de la Ley Indígena, dejándola, de este modo, en una situación de precariedad debido a la ausencia de un respaldo constitucional que afiance este tratamiento diferencial.

Uno de los objetivos principales de la Ley es proteger y ampliar las tierras indígenas, destinándose fondos al efecto, en el entendido que la tierra es el fundamento principal de su vida y su cultura.

Otro aspecto destacado de la nueva legislación, y que incide directamente en nuestro objeto de análisis, se refiere a la protección del patrimonio cultural indígena. En efecto, la ley en comento persigue recuperar y promover los elementos propios de la cultura indígena, tales como, las formas de hacer justicia, los valores de la comunidad, los sistemas económicos, los sistemas de participación y expresión social de acuerdo a sus tradiciones, manifestaciones religiosas y en general, sus costumbres.

El Mensaje del Presidente de la República de la época, don Patricio Aylwin, destaca el esfuerzo realizado por su gobierno por contar con la más amplia participación de los pueblos indígenas en la elaboración de esta ley. El mensaje menciona la amplia discusión habida en las comunidades indígenas en torno al contenido de esta ley y valora el significado democrático de ese debate.

Sostiene que el reconocimiento jurídico de las comunidades indígenas servirá para solucionar el grave problema de la indefensión legal. El otorgamiento de personería jurídica debe actuar como un instrumento de desarrollo y defensa de las personas y las comunidades. Formula también una definición de la calidad de indígena, sobre la base de la libre autodefinición de cada persona y persigue abolir cualquier tipo de discriminación.

En el ámbito educacional, el mensaje hace notar que ha recogido las aspiraciones de los propios indígenas para que en las escuelas se enseñe el idioma tradicional indígena y el castellano, y se respeten su cultura, historia y tradiciones. Este aspecto es de vital importancia para la mantención y desarrollo del patrimonio cultural indígena. Considera también, el problema del acceso a la justicia, por ello se plantea un procedimiento especial de resolución de las causas indígenas,

utilizado en la solución de conflictos menores entre dichas etnias.

El Mensaje del Ejecutivo también se refiere a la situación de las comunidades del Norte Grande del país, afectadas por la disputa de los recursos hídricos. Considera de gran importancia que la Ley Indígena aborde el problema de las aguas, recurso esencial para la subsistencia de estas comunidades.

Finalmente, el Presidente de la República de la época estimó que *“la conmemoración de los 500 años del nacimiento de América es un momento oportuno para reflexionar sobre nosotros mismos, sobre nuestra historia, sobre la relación entre nosotros, la relación entre las sociedades mestizas, criollas y las sociedades indígenas, originarias de nuestro país”*. El texto mencionado señala en su parte final que *“los pueblos indígenas de Chile, que constituyen una de nuestras raíces tienen derecho a un espacio de respeto y participación en la vida nacional. Espero que este proyecto de ley les permita ejercitar esa participación y que dispongan para ello de los cauces necesarios. Trabajando todos juntos vamos a ir avanzando en el anhelo de construir lo que he llamado y sigo llamando, una Patria buena y justa para todos los chilenos.”*

En suma, uno de los principales logros de la Ley N°19.253 lo constituye el hecho que, por primera vez en la historia de nuestro país se reconoce el derecho a desarrollarse, a partir de sus propias identidades culturales, a diversas etnias que conforman nuestra nacionalidad. De esta forma, esta normativa contribuye perfilar nuestra propia identidad nacional, reconociendo nuestra naturaleza pluriétnica.

Esta legislación intenta, honestamente a mi juicio, hacerse cargo de una gran deuda histórica, marcada por la usurpación, el exterminio, la marginación, el menosprecio y la subordinación política, jurídica y cultural en la que se ha sumido a nuestros pueblos originarios.

Sin embargo, en nuestra opinión, para que este reconocimiento sea realmente efectivo deben ser fortalecidas sus instituciones, debe expresarse esta protección en una norma de carácter constitucional y debe aprobarse el Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, de lo contrario, la precariedad de estas normas protectoras del mundo indígena es evidente y queda de manifiesto en casos tales como la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco.

## **5.2 Bien Jurídico Protegido.**

En el Capítulo I examinamos largamente el concepto de “pueblos indígenas” desde una perspectiva jurídica y antropológica, ellos concentran el bien jurídico protegido por la Ley Indígena, específicamente las etnias Mapuche, Aymara, Rapa

Nui o Pascuense, así como las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, y las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán, del extremo austral.

Debemos precisar que lo que define a cada uno de estos pueblos indígenas no es una condición económica o social, determinada por ser comunidades campesinas marginadas y de raigambre indígena. Su identificación agrega algo más, alude a una historia larga, latente en la memoria colectiva, y a toda una constelación de experiencias, tradiciones y formas de vida. No pueden ser reducidos a una simple categoría socio-económica (campesinos) o socio-étnica (indios). Se trata de pueblos que se esfuerzan por reencontrar su propia identidad, su propia expresión cultural, su profundidad histórica. Pueblos que constituyen un testimonio privilegiado de la originalidad con que en estos territorios extremos, que actualmente conforman nuestro país, el hombre se organizó y aprendió a convivir con la naturaleza y que esperan aportar aún sus experiencias únicas en nuestro continente.

La Ley N°19.253 establece en su artículo 1° inciso segundo que *“El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuense, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.”*

Complementa esta disposición el artículo 12° N°2 de la citada ley, que señala que son tierras indígenas *“aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aymaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad”*.

El Título VIII de la Ley Indígena, contempla *“Disposiciones Particulares Complementarias”* para Mapuches Huilliches, Aymaras, Atacameños y demás comunidades indígenas del Norte del país, así como para la etnia Pascuense o Rapa Nui, para los indígenas de los Canales Australes y para los Indígenas Urbanos y migrantes, que discutiremos en su oportunidad.

José Bengoa<sup>106</sup> ha señalado que los grupos que se autorreconocen como

---

<sup>106</sup> En: *“Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas del Senado recaído en el Proyecto de Ley, de la Honorable Cámara de Diputados, relativo a Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas”*, Sesión N°10, (Anexo de Documentos) pág.1315.

indígenas en Chile, abarcan una población aproximada entre medio millón y seiscientas mil personas. En relación a los grupos étnicos actualmente existentes en Chile señaló que ellos son:

- las comunidades aymaras y los migrantes de esas comunidades que se encuentran en el altiplano chileno del Norte Grande y en los valles interiores de Arica e Iquique;
- las comunidades de las quebradas y del salar de Atacama, que se encuentran al interior de Antofagasta;
- dos comunidades collas, ubicadas en la cordillera de la Tercera Región;
- los rapa nui o isleños de Isla de Pascua;
- los mapuches, ubicados en las provincias de Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia, Osorno, Llanquihue y Chiloé, y
- los grupos aborígenes fueguino-patagónicos, de los cuales sólo sobrevive un grupo de kawashkar o alacalufes, un grupo de yámana o yagan y algunos migrantes descendientes en Punta Arenas.

A continuación describiremos, brevemente, a cada una de estas etnias, en cuanto a su población, economía, lengua, historia legislativa y ubicación. Omitiremos hacer referencia a los aspectos relativos a su cosmovisión, debido a que su enorme riqueza ideológica y complejidad impide describirla en pocas líneas. Sin embargo, debemos agregar que estos aspectos inmateriales de su cultura constituyen un precioso legado que nos engrandece como país.

### **5.2.1 Aymaras.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 62° de la Ley N°19.253 “*son aymaras los indígenas pertenecientes a las comunidades andinas ubicadas principalmente en la I Región*” ...y, *los indígenas provenientes de ellas*”.

La población aymara chilena se estima actualmente en unas 40.000 personas, algunas diseminadas por las migraciones en las ciudades y puertos de las regiones I y II, y otras, que mantienen su carácter rural, campesino e indígena más acentuado, éstos habitan las altiplanicies junto a la frontera con Bolivia y se ocupan principalmente de la ganadería de camélidos, y están también aquellos que viven en pequeños valles y quebradas precordilleranas y se dedican a la agricultura de bajo riego<sup>107</sup>.

En cuanto a la lengua, la sociedad aymara chilena actual vive una situación

---

<sup>107</sup> Ver Informe de la Comisión Especial para el estudio de la legislación referida a los Pueblos Indígenas, sobre el proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas (Boletín N°514-01:1). Presentado en la Sesión N°43, del día miércoles 20 de enero de 1993 en la Cámara de Diputados.

de bilingüismo. En términos generales, se desenvuelve en castellano en actividades orientadas hacia la sociedad global y en aymara en actividades orientadas hacia su cultura tradicional andina.<sup>108</sup>

De acuerdo a lo señalado por Salas<sup>109</sup> la lengua aymara pertenece a la familia lingüística *jaqi*. En importancia numérica, ésta es la segunda de las familias lingüísticas andinas, después del quechua. El centro territorial de la lengua aymara es el altiplano andino en el área circundante al lago Titicaca. Cuenta con unos tres millones de hablantes, distribuidos en Bolivia, Perú, a los que hay que añadir núcleos más pequeños situados en Argentina y Chile.

Los aymaras han sufrido un proceso de chilenización que ha provocado su paulatina asimilación a la cultura nacional, desestructurándolos como pueblo. Este proceso se inicia con la incorporación de territorios después de la guerra del Pacífico, a fines del siglo pasado, esto se explica porque el gobierno chileno tuvo necesidad de instalar en toda la región su aparato administrativo e institucional.

Para los aymaras esto tuvo importantes repercusiones, especialmente porque afectó su sistema de propiedad de la tierra y la organización de sus autoridades étnicas.

Fue ignorada la existencia de tierras comunitarias, tanto porque no se dictó ninguna ley específica que las reconociera, y porque tampoco se hizo extensiva a estos grupos indígenas la legislación de 1883, que autorizaba el otorgamiento de títulos de merced. Sus tierras como no existían títulos que acreditaran la propiedad privada, fueron consideradas como de propiedad del Fisco Chileno.

La actividad salitrera en la región, que tuvo su apogeo entre 1890 y 1929, con el apoyo del Estado chileno, tuvo graves consecuencias para los aymaras. La incorporación por seis o más generaciones de los aymaras a los trabajos de las salitreras, pasando a constituir el grueso del proletariado ocupado en esta actividad, significó para este pueblo el quiebre de su estructura familiar, la disminución de la población en sus comunidades de origen y el abandono de sus campos, en especial de los pueblos de los valles bajos.

El servicio militar obligatorio y las escuelas fueron instrumentos para lograr la integración de los aymaras a la sociedad nacional, acelerando el proceso de aculturación.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N°19.253 no se permitía en la escuela pública el uso o la enseñanza del idioma aimara, con peligro de su

---

<sup>108</sup> SALAS, Adalberto, "Lenguas indígenas de Chile". En: "Culturas de Chile: Etnografía. Sociedades Indígenas de Chile y su ideología". Editado por Hidalgo, Schiappacasse, Niemyer, Aldunate y Mege. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, p.259

<sup>109</sup> SALAS, Adalberto. Op. Cit. pp.262

extinción.

En cuanto a la actividad económica, en tiempos recientes, a la producción tradicional de carne, maíz o lana, se agregan las de orégano, ajo, choclos, requeridos por el mercado. Estas transformaciones destruyen las formas tradicionales de circulación de productos, así como el intercambio entre pisos ecológicos.

Es importante destacar que la dictación del Código de Aguas, de 1981, modifica la antigua legislación sobre esta materia. Las aguas, no obstante seguir siendo consideradas como bienes nacionales de uso público, se otorgan por la autoridad a los particulares mediante el denominado derecho de aprovechamiento de las aguas, derecho real que pasa a ser dominio de su titular, facultándolo para usar, gozar y disponer libremente de ellas, independientemente de la propiedad de la tierra en que esté ubicada.

En otras palabras, un particular puede constituir derecho de aprovechamiento sobre aguas que estén ubicadas en terrenos que son de propiedad de terceros. Además estos derechos se asignan en subasta pública al mejor postor, sin que esta adjudicación guarde relación con el caudal ecológico mínimo que debe mantener el acuífero para sostener los ecosistemas que dependen de él. El actual Código de Aguas, al separar el derecho al agua del derecho de la tierra, posibilita que particulares ajenos a las comunidades en que habitan los aymaras, obtengan derechos de aprovechamiento sobre aguas ubicadas en éstas y que históricamente les han pertenecido.

El Código de Aguas en actual vigencia no reconoce el derecho ancestral de los aymaras sobre sus aguas; y establece un complejo procedimiento para la solicitud de los derechos de aprovechamiento de aguas, procedimiento que ha sido ampliamente utilizado por las grandes compañías mineras para obtener derechos de agua sobre los acuíferos que ancestralmente han pertenecido a las comunidades aymaras. Con ello se ha privado a las comunidades de las aguas necesarias para sus actividades agrícolas, y se ha provocado el desecamiento de sus bofedales.

A este respecto, el artículo 64° de la Ley N°19.253 señala que *“se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. En su inciso segundo, el artículo 64° agrega que “No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que*

*surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.*

De este modo, aunque imperfectamente en mi opinión, la Ley Indígena, aborda el gravísimo problema del abastecimiento de agua de las poblaciones aymaras, que gradual y sostenidamente, han sido despojadas de este vital elemento. La causa de aquello radica en que la gran minería posee los derechos de agua, en tanto, las comunidades aymaras ribereñas a los cursos de agua no cuentan con estos derechos de aprovechamiento contemplados por el Código de Aguas. Esta situación ha derivado en un rápido despoblamiento de sus comunidades y en la pérdida de la capacidad productiva de su hábitat. Las disposiciones de la Ley N°19.253 no constituyen una solución a este grave problema porque los beneficios que establece para las comunidades afectadas son “*sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas*”. En estas zonas el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de las aguas es anterior a la dictación de la Ley N°19.253, y los derechos concedidos no guardan relación con el caudal mínimo necesario para la subsistencia de estas comunidades. Así las cosas, de nada sirve que no se otorguen en el futuro nuevos derechos de agua, dado que la situación crítica que se vive actualmente se produce con los derechos de aprovechamiento ya otorgados.

### **5.2.2 Atacameños.**

El artículo 62° de la Ley N°19.253 señala que son atacameños “*los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados del interior de la II Región y los indígenas provenientes de ella*”. Su población se calcula en unas 10.000 personas<sup>110</sup>.

De acuerdo a lo señalado por Castro y Varela<sup>111</sup> “*desde el punto de vista económico, la actividad tradicional es agroganadera y de recolección, con una movilidad que comprende distancias cortas y largas. Ello genera una forma de habitar los lugares que incluye un núcleo central –el pueblo- y asentamientos dispersos en estancias que pueden ser de ocupación más o menos permanente.*

---

<sup>110</sup> BENGOA, José. Op.Cit.pp.1315

<sup>111</sup> CASTRO; Victoria y V. Varela , “*Ceremonias de Tierra y Agua. Ritos Milenarios Andinos*”. Publicado por FONDART. Ministerio de Educación y Fundación Andes, Santiago, 1994. p.17.



*Estas actividades se desarrollan de acuerdo a tecnologías ancestrales que combinan con trabajos de manufactura textil y alfarería. Junto a esta economía tradicional, desde la Colonia los lugareños desarrollan algunas actividades vinculadas con la economía mercantil...* Las autoras agregan que *“desde comienzos de este siglo una de las inserciones más frecuentes ha sido en la minería”*.

No obstante lo expresado, debemos tener presente que lo expuesto en párrafos precedentes sobre la crítica situación de los aymaras respecto de los recursos hídricos, es perfectamente aplicable a la realidad atacameña, por lo que su subsistencia como pueblo y el desarrollo su economía tradicional se ha visto severamente amenazada. Por otra parte, la Ley N°19.253 no ha franqueado, a nuestro juicio, mecanismos de protección suficientes como para revertir esta situación.

Un punto interesante respecto al denominado “pueblo atacameño” se refiere a la discusión suscitada entre los especialistas acerca de su supuesta homogeneidad cultural. A este respecto, Victoria Castro y José Luis Martínez<sup>112</sup> han llamado a reconocer un cierto grado de diferenciación interna y posible pluralidad cultural existente en la región. Destacando que *“falta un amplio estudio que permita aportar datos suficientes para precisar y definir las características de esta etnia”*.

Tal vez, quienes mejor expresan esta diferenciación son los mismos comuneros, cuyos testimonio fueron recogidos por Castro y Varela<sup>113</sup>. Las autoras señalan:

*“Justamente es en estas ocasiones de reuniones colectivas cuando las personas de cada comunidad marcan las diferencias. Por ejemplo, en el transcurrir de las “ramadas” de la Limpia de Canales en Ayquina en Septiembre de 1990, sus comuneros repetían reiteradamente “no estamos ni ahí con el kunza”, aquí “puro castellano no más”, “No somos atacameños somos ayquineños”, “Los de Toconce cantan en quechua, nosotros no”. Y la gente de Toconce, de visita en Ayquina, insistían en no ser atacameños, sino toconceños, diciendo: “los de San Pedro son los atacameños y a todos nos quieren decir igual”. Esta discusión hay que apreciarla en su contexto; en esos momentos y ahora, prácticamente es una obligación apelar al nombre de*

---

<sup>112</sup> CASTRO, Victoria y J.L. Martínez, *“Las poblaciones indígenas de Atacama”* En: *“Culturas de Chile: Etnografía. Sociedades Indígenas de Chile y su ideología”*. Editado por Hidalgo, Schiappacasse, Niemeyer, Aldunate y Mege. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, p.69-110

<sup>113</sup> CASTRO, Victoria y V. Varela. Op. Cit. pp.19

*“atacameños” para toda la gente indígena de la Provincia de El Loa; de otro modo no es posible ser representados y reconocidos por la Corporación Nacional de Derecho Indígena (CONADI)”.*

De este modo, observamos que dentro de las comunidades atacameñas existe mucha diversidad y la investigación relativa a la naturaleza de sus manifestaciones culturales dista bastante de ser exhaustiva. Sin embargo, no por ello dejan de constituir un valioso componente de nuestra herencia cultural indígena. Obviamente, la Ley N°19.253 debe manejarse con grandes categorías para definir los sujetos de protección. Sin embargo, ello no debe llevarnos a desconocer la rica variabilidad que subyace tras estas clasificaciones étnicas.

A modo de conclusión, sobre el tema de la diversidad cultural interna que presentan los indígenas atacameños volvemos a citar las reflexiones de Castro y Varela<sup>114</sup> sobre los pueblos de la cuenca del río Salado

*“Los pueblos de la cuenca del Salado poseen un código común de configuraciones que los identifica en lo general con el mundo andino, no necesariamente aymara, no siempre atacameño. Como dice Juan Yufila de Toconce, somos mezclados: “Un poco de quechua, un poco de aymara, un poco de kunza, un poco de español”. Pero también es cierto que cada uno tiene su propia historia particular que los hace diferentes y que juega un rol fundamental a la hora de plantear sus demandas. Porque sin duda, sus transformaciones y crisis están indisolublemente ligadas a los diferentes niveles de dominio que desde hace 502 años han ido afectando su sociedad y sus recursos”.*

Gran parte de las ceremonias de las comunidades indígenas del área atacameña tienen un origen prehispánico y no son privativas de estos pueblos, sino forman parte de lo que genéricamente se ha llamado “mundo andino”. Entre ellas destaca la limpia de canales, que recibe distintos nombre dependiendo de la localidad en que se desarrolle. En esta ceremonia se invoca también a los cerros tutelares, se rezan plegarias y se baila.

Desde el punto de vista lingüístico, las comunidades se caracterizan por su bilingüismo. Junto al español, en ciertos sectores, se habla quechua y en otros aymara. La lengua originaria del área atacameña, el *kunza* se considera una lengua extinta, pese a que alcanzó a ser descrito en gramáticas y vocabularios preparados

---

<sup>114</sup> CASTRO, Victoria y V. Varela. Op. Cit. pp.22

por polígrafos chilenos del siglo pasado<sup>115</sup>. A la llegada de los españoles, la población atacameña estaba reducida a las áreas periféricas, a lo largo del borde oriental del Gran Salar de Atacama, donde había sido empujada por la llegada a su territorio de pueblos invasores. La fecha de su extinción como minoría lingüística se sitúa a mediados del siglo XX. Entre los componentes verbales de la ceremonia de limpia de canales (llamada también *talátur*) figuran canciones en kunza junto a formas de salutación y brindis en castellano. En la década del cincuenta la lengua kunza ya no se usaba en absoluto como lengua de comunicación, de modo que el texto de las canciones de *talátur* era simplemente ejecutado de memoria.

### 5.2.3 Quechuas.

Los quechuas han sido reconocidos por la Ley N°19.253 como una de las “*principales etnias indígenas de Chile*”, situándola geográficamente en el norte del país, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1° inciso segundo de la mencionada ley. En el Título VIII, Párrafo 2° sobre “*Disposiciones Particulares Complementarias para los Aymaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País*”, específicamente en el Artículo 62° inciso segundo, se establece que las disposiciones del Párrafo 2° “*se aplicarán a otras comunidades del norte del país, tales como quechuas y collas*”.

Gilberto Sánchez<sup>116</sup> ha señalado que el *quechua*, cuyo verdadero nombre es *runasimi* (“lengua de seres humanos, gente”) ha sido - y sigue siendo - una de las más importantes lenguas de América. Se calcula su número de hablantes en alrededor de siete millones. Se difundió por un vasto territorio - incluso, después de la conquista española - desde el sur de Colombia hasta el norte de Argentina y el centro de Chile. Aunque parte de nuestro territorio estuvo sometida al incanato (de manera efectiva hasta el río Maipo), el *quechua* no logró imponerse.

Actualmente, la vigencia del *quechua* en nuestro país es mínima. El autor señala que en tiempos presentes el Quechua es hablado sólo por algunos ancianos en las áreas de Cupo-Turi, y por algunos habitantes en Toconce y Estación San Pedro, como resultado del asentamiento de mano de obra que vive, indistintamente, en ambos sectores de la línea fonteriza Chile-Bolivia. No existe información exacta sobre el número de hablantes en Chile. Se dice también que habría hablantes de quechua, igualmente ancianos, en Arica e Iquique. Ellos

---

<sup>115</sup> SALAS, Adalberto. Op. Cit. pp.257

<sup>116</sup> SÁNCHEZ, Gilberto, “*Estado actual de las lenguas aborígenes de Chile*”. Revista Lenguas y Culturas de Chile, Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 1994:  
<http://rehue.csociales.uchile.cl/rehuehome/facultad/publicaciones/sitios/lenguas/estadolg.htm>

procederían de Bolivia, llegando a trabajar en las minas y salitreras del norte, a comienzos de este siglo. Posteriormente se radicaron en esas ciudades. No se dispone de mayores antecedentes al respecto.

#### 5.2.4 Collas.

Los collas también fueron reconocidos por la Ley N°19.253 como una de las “*principales etnias indígenas de Chile*”, situándola geográficamente en el norte del país (artículo 1°, inciso segundo). En el Título VIII, Párrafo 2° sobre “*Disposiciones Particulares Complementarias para los Aymaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País*”, específicamente en el Artículo 62° inciso segundo, se establece que las disposiciones del Párrafo 2° se aplicarán también a las comunidades collas.

Debemos destacar el hecho que existe escasa información sobre esta etnia lo que refleja una mínima atención por parte de la literatura especializada. No obstante, intentaremos caracterizarla brevemente basándonos, principalmente, en las obras de Ricardo Ponce<sup>117</sup> y Alfredo Gahona<sup>118</sup>.

El origen histórico de los Collas de Atacama, se sitúa en el Noroeste Argentino. Esta etnia surgiría de la fusión, post Conquista española, de las culturas Apatamas, Omogucas y Diaguitas- Calchaquies, quienes compartían una herencia cultural de filiación andina con fuerte influjo cultural incásico. A través del tiempo los Collas han ampliado sus territorios llegando hasta en Norte de Chile.

El arribo de los Collas a nuestro país se habría producido alrededor de 1880, de acuerdo a la tradición oral que se ha conservado entre los actuales descendientes de esta etnia. Según el relato aportado por Eustaquio Gerónimo<sup>119</sup> la primera migración provino del Valle de Salta, en Argentina y se radicó en la Aguada ubicada en los faldeos del Cerro Vicuña, en la precordillera de la Tercera Región en Chile.

De acuerdo a lo señalado por Ricardo Ponce<sup>120</sup> existen dos grupos claramente diferenciados en la etnia Colla, atendida su actividad económica. El primero de ellos, sigue sus costumbres ancestrales, habita en las Aguadas, Vegas y Quebradas de la zona, conservando la actividad del pastoreo, agricultura, minería y

---

<sup>117</sup> PONCE, Ricardo. “*Añapiando...Añapiando. Antecedentes históricos del pueblo “Colla” de la Región de Atacama*”. Editado por Talleres Gráficos Lo Bilbao, Agosto de 1998, Copiapó.

<sup>118</sup> GAHONA, Alfredo, “*Pastores en los Andes de Atacama. Collas del Río Jorquera*”. Revista MUSEOS N° 24 . Coordinación Nacional de Museos, DIBAM, Santiago, 2000.

<sup>119</sup> PONCE, Ricardo. Op. Cit. pp.8

<sup>120</sup> PONCE, Ricardo. Op. Cit. pp.43

el comercio. También conserva el hábito de la trashumancia, según el cual trasladan su ganado hacia los pastizales cordilleranos que crecen en verano y otoño.

A este respecto Alfredo Gahona<sup>121</sup> señala, por ejemplo, que los Collas de río Jorquera se caracterizan por la explotación ganadera extensiva. Las demás actividades, como la agricultura, la minería y la recolección forestal, corresponden a labores ocasionales.

El segundo grupo lo configuran las familias que emigraron hacia los pueblos y ciudades, incorporándose al trabajo industrial y doméstico. Estas familias forman parte de los grupos de extrema pobreza y bajo nivel educacional.

En cuanto a la supervivencia de creencias ancestrales en las comunidades tradicionales, destaca la rogativa realizada a **La Apacheta** o promontorio de piedras y rocas. Este altar simboliza a la Naturaleza y ha sido objeto de amplia difusión entre las culturas precolombinas. De acuerdo a lo señalado por Gahona<sup>122</sup> esta práctica tradicional se encuentra arraigada profundamente, en la costumbre y estilo de vida de los collas del río Jorquera.

En cuanto a las costumbres llama la atención el profundo conocimiento herbolario y medicinal de las especies vegetales, así como las creencias asociadas al ciclo vital del ganado. Una práctica de gran importancia dentro de la tradición pastoril es la denominada **Marca y Señalaje** del ganado. Por otra parte, destaca también la tradición textil, desarrollada por las mujeres de la comunidad. Esta actividad tiene un carácter doméstico y complementario de la economía de la familia. La talabartería o el trabajo en cuero también complementa la actividad ganadera.<sup>123</sup>

Actualmente, el pueblo Colla se divide en cinco comunidades que se identifican por su localización geográfica, éstas serían las comunidades de Diego de Almagro, Paipote, Pasto Grande, Sinchy Wayra y Río Jorquera, siendo el número total de su población indeterminado. En efecto, no existen datos demográficos sistemáticos que determinen el número exacto de la población Colla. Pero sus miembros superan las “dos comunidades” a que hiciera referencia José Bengoa<sup>124</sup>. Se sabe, por ejemplo, que la comunidad de río Jorquera se compone de 72 comuneros con sus respectivas familias<sup>125</sup>. Es urgente que esta etnia reciba la

---

<sup>121</sup> GAHONA, Alfredo, Op. Cit. 2001.

<sup>122</sup> GAHONA, Alfredo, Op. Cit. 2001.

<sup>123</sup> GAHONA, Alfredo, Op. Cit. 2001.

<sup>124</sup> BENGOA, José, Op. Cit. pp.1315.

<sup>125</sup> GAHONA, Alfredo, antropólogo, Museo Regional de Atacama, Copiapó. Comunicación Personal. Febrero de 2001.

atención merecida de parte de especialistas y autoridades.

### 5.2.5 Mapuches.

La etnia mapuche es, sin duda, el pueblo originario de mayor presencia en nuestro país y constituye uno de los pilares sobre los cuales se sostiene nuestra identidad nacional, tanto desde el punto de vista biológico como cultural.

De acuerdo a lo señalado por Bengoa<sup>126</sup> la población mapuche resulta difícil de determinar y debe diferenciarse entre la población rural y urbana. A su vez, respecto de la población rural debe distinguirse la que vive en comunidades y quienes no habitan en ellas. Los mapuches que viven en comunidades se estima en 360.000 personas, en tanto que los que lo hacen de forma individual son alrededor de 15.000 personas.

En cuanto a la población urbana, el autor mencionado señala que la población en ciudades se puede estimar en unas 100.000 a 150.000 personas, a quienes debe sumarse una cifra indeterminada de mapuches de segunda o tercera generación.

De este total estimado de 537.000 personas, se indica que la mayor cantidad se encuentra en la Provincia de Cautín, donde la cifra es de alrededor de 200.000 personas.

En lo que se refiere a su relación con la tierra, los mapuches pudieron conservar unas 550.000 hectáreas de territorio durante el proceso de colonización, las que estaban organizadas en 3.048 comunidades, donde la tenencia de la tierra era en un alto porcentaje comunal. Posteriormente, se produjo la división perentoria de estas comunidades en sus goces singulares, estimándose en la actualidad que más del 90% de éstas han sido divididas.

En la actualidad, la economía mapuche es principalmente de subsistencia, aunque envía al mercado una parte importante de sus productos. La agricultura se organiza en función de las necesidades domésticas y la ganadería es la reserva o capitalización. En la Provincia de Cautín, por ejemplo, se observa un promedio de 9,38 hectáreas de tierra por familia y 1,5 hectáreas por persona, lo que refleja un proceso de minifundización creciente y sostenida.

Sin embargo, para comprender a cabalidad la actual realidad mapuche debemos atender a su pasado. Los tempranos cronistas que describieron al pueblo mapuche, denominándolo erróneamente “*araucano*”, señalaron la existencia de “*una sociedad tribal con una economía mixta basada en una agricultura*

---

<sup>126</sup> BENGUA, José, Op. Cit. pp.1316.

*incipiente u horticultura y caza, recolección de plantas y pesca, que depende de las circunstancias regionales a lo largo de la costa, Valle Central o Cordillera. En términos de estructura política los araucanos fueron, en el mejor de los casos, una federación relajada de linajes sociales. La centralización de la cooperación e interés intergrupos se manifestó primariamente durante los tiempos de acción militar. La estructura autoritaria primaria fueron los jefes de linaje cuya potestad se ejerció durante los conflictos armados y durante los rituales (**nguillatún**) o en las actividades laborales (**mingaco**). Esta carencia de una red socioeconómica centralizada está reflejada por el patrón de asentamiento disperso y de semipermanente a permanente de los araucanos, que está determinado en parte por el tipo de práctica agrícola de tala y roce”.*<sup>127</sup>

La cultura mapuche no es homogénea, se distinguen dentro de los grupos de lengua mapuche o *mapudungún*, distintas “identidades étnicas” de cultura semejante. De acuerdo a lo señalado por Aldunate<sup>128</sup> “a pesar de la fusión de caracteres culturales producida principalmente después de la conquista, los grupos de lengua mapuche, que en el siglo XVI se extendían desde el Choapa hasta la isla de Chiloé aún mantienen diferencias culturales importantes. Ellas se refieren a distintas adaptaciones producidas en los distintos ambientes que habitan. De esta manera hoy se distinguen **pewenches**, **lafkenches**, **lelfunches**, **huilliches**<sup>129</sup> y otros subgrupos, que también se diferencian en aspectos dialectales e incluso antropológico físicos”.

En efecto, dentro de la etnia *mapuche* residente en Chile se han distinguido tradicionalmente - por parte de los estudiosos de los aborígenes - varios subgrupos principales, cuya suerte, en el transcurso de cuatro siglos y medio, ha sido diversa. Con ellos se relacionan formas dialectales del *mapuche*.

Los *picunches*, o “gente del norte”, poblaban el territorio desde la Cuarta Región (río Choapa) hasta los ríos Itata y Biobío, y desde la región subandina hasta la costa. Este conglomerado no sobrevivió. Dan testimonio de su presencia en el pasado numerosos topónimos.

Los *mapuches* o *araucanos*, designaban a los habitantes del territorio comprendido entre los ríos Itata y Biobío, por el norte, y Toltén, por el sur. Este subgrupo opuso una tenaz resistencia al poder español, y ha sobrevivido hasta nuestros días. Actualmente, es el grupo más numeroso. Se lo encuentra en las

---

<sup>127</sup> DILLEHAY, Tom. “Araucanía: presente y pasado”. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1990, pp.26

<sup>128</sup> ALDUNATE, Carlos, “*Mapuche: gente de la Tierra*”. En: “Culturas de Chile: Etnografía. Sociedades Indígenas de Chile y su ideología”. Editado por Hidalgo, Schiappacasse, Niemyer, Aldunate y Mege. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, p.112

<sup>129</sup> Asociados con el medio ambiente de las araucarias, la costa, los bosques y el sur, respectivamente.

provincias de Arauco (VIII Región), Malleco y Cautín (IX Región). La mayor parte de la población habita en las dos últimas provincias.

Los *pehuenches* (de *pewen* "pino" [*Araucartia imbricata*] y *che* "gente") ocupaban originalmente, las faldas orientales de la cordillera, desde la altura de Chillán hasta Antuco<sup>130</sup>. Sánchez<sup>131</sup> señala que se trataba de un conglomerado nómada, racial y lingüísticamente diferente del *mapuche*, que subsistía de la caza y recolección. Con posterioridad algunas de sus tribus se establecieron en los valles y faldas occidentales, hasta el nacimiento del río Biobío, donde fueron registrados durante la segunda mitad del siglo XVII, ocupando todo el alto valle, desde Santa Bárbara. En la actualidad existen dos sectores pehuenches uno del norte, que comprende las comunidades del Alto Biobío y de Lonquimay, y uno del sur, que se extiende desde la laguna Icalma hasta el lago Panguipulli. Las comunidades *pehuenches* se ubican en la VIII y IX Regiones. Actualmente, la población *pehuenche* del Alto Biobío es de unas 4.000 a 4.500 personas.

Por otra parte, los huilliches<sup>132</sup> (de *willi* "sur" y *che* "gente") habitaron el territorio comprendido entre el río Toltén (o el Quepe, o el Calle-Calle) y el Golfo de Corcovado, incluida la isla de Chiloé. En el presente aparecen muy disminuidos respecto del pasado. Se los encuentra desde el lago Ranco hasta la isla de Chiloé, pero en forma discontinua. En la provincia de Valdivia hay todavía algunas comunidades, como Isla Huapi, Pitriu, Maihue, Carimallín y Repumeica; en la provincia de Osorno, San Juan de la Costa y Río Blanco; en la isla de Chiloé, Coihuín, Guapulli, Huequetrumao e Incopulli de Yaldad. También se han descrito comunidades cerca de Quellón, a saber, Compu, Chadmo y Huildad. Ésta parece ser la localidad más austral donde sobreviven *huilliches* (Lat.43° 40' y Lon. 73° 34') .

La Ley N°19.253 en su Título VIII contempla "*Disposiciones Particulares Complementarias para los Mapuches Huilliches*". En su artículo 60° establece que "*son mapuches huilliches las comunidades indígenas ubicadas principalmente en la X Región y los indígenas provenientes de ella*". En tanto, el artículo 61° de la citada ley, hace referencia y reconoce ciertas manifestaciones propias de la cultura huilliche, relativas a su organización social, señalando al respecto que "*se reconoce en esta etnia el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial. Las autoridades del Estado establecerán relaciones adecuadas con los caciques y sus representantes para todos aquellos asuntos que se establecen en el Párrafo 2°*

---

<sup>130</sup> SÁNCHEZ, Gilberto, Op. Cit.

<sup>131</sup> IBÍDEM.

<sup>132</sup> IBÍDEM



del Título III y en el Párrafo 1° del Título V”.

En cuanto a la lengua mapuche debemos señalar que es la lengua indígena que tiene actualmente mayor vigencia en el país y es denominada por sus usuarios, en distintos lugares y situaciones como *mupudungu* ("lengua de la tierra"), *mapudungun* ("habla de la gente")<sup>133</sup>. De acuerdo con lo señalado por Sánchez “*el mapuche es tipológicamente -como otras lenguas de América, aunque en distinto modo- polisintético y aglutinante, de tendencia sufijadora. En él suelen formarse palabras complejas que equivalen a oraciones en español, constituidas por varios -incluso, muchos - elementos (morfemas), con significado léxico (raíces) y gramatical (persona, tiempo, modo, etc.), distribuidos jerárquicamente, fácilmente reconocibles y segmentables. Tales elementos constituyentes se unen y se sustituyen de manera expedita, según lo que se desee expresar*”.

Finalmente, antes de dar por terminada nuestra breve y apretada reseña del pueblo mapuche mencionaremos las reflexiones de Tom Dillehay<sup>134</sup> sobre las razones que explican la persistencia de la etnicidad mapuche y su gran aporte a nuestra herencia cultural:

*“La razón por la cual los mapuches han sobrevivido como un dinámico grupo étnico indígena durante los pasados cuatrocientos años es difícil de explicar. Lo más probable es que un conjunto global de factores históricos de interacción, demográficos, ideológicos, sociales, económicos y legales expliquen esa integridad étnica. Desde una perspectiva histórica es, tal vez, más visualizar su resistencia conjunta contra los foráneos como una de las principales variables que explican el mantenimiento de su identidad y la persistencia de su conducta durante los siglos XVI a XIX. Esta consideración también incluye su dispersión demográfica en pequeñas comunidades sin ninguna organización centralizada, política o económica superpuesta, las que de otra manera podrían haber sido dominadas e integradas al resto de la sociedad. Por otro lado, en los pasados cien años su ubicación demográfica en reducciones dispersas, su economía de subsistencia como agricultores, pescadores y seudocomerciantes, así como su caleidoscopio de relaciones sociales y económicas, tanto internas como externas entre ellos mismos y con el resto de los nacionales, han contribuido en conjunto ciertamente a su sobrevivencia étnica. Además,*

---

<sup>133</sup> Ibídem, pp.38

<sup>134</sup> DILLEHAY, Tom. Op.Cit. pp.133

como Faron (1964)<sup>135</sup> lo ha observado previamente, su “orden moral” o su constitución ideal y religiosa, que esencialmente provee una estructura panmapuche de autoconciencia, identidad y creencia tradicional, también les ha dado mayor fuerza de adherencia a sus valores étnicos, a pesar de los siglos de esfuerzos hechos por los misioneros para convertir a los mapuches al cristianismo.”

### **5.2.5.1 Tratamiento legislativo del pueblo mapuche a través de la historia republicana de Chile.**

En los párrafos siguientes nos hemos esforzado en resumir los aspectos centrales del “Informe de la Comisión Especial para el estudio de la legislación referida a los Pueblos Indígenas”, elaborado por la Cámara de Diputados, durante la discusión del Proyecto de la Ley Indígena, ya citado, porque describe claramente el contexto en el cual la Ley Indígena N°19.253 fue generada, así como las consecuencias históricas de las políticas indígenas previas y su legislación respectiva que, a través del tiempo, han afectado al pueblo mapuche.

El tratamiento legislativo que reciba una etnia autóctona es determinante en la protección o deterioro de su patrimonio cultural, y los errores cometidos en el pasado resultan aleccionadores para los actuales legisladores, es por ello que justificamos la siguiente reseña en el desarrollo de nuestro tema en estudio.

La legislación referida al pueblo mapuche, ha sido emblemática en términos de ilustrar el tratamiento legislativo dado a los pueblos originarios desde los inicios de la República.

La normativa específica dirigida al pueblo mapuche se inicia en 1852, con la dictación de una ley que crea la provincia de Arauco, y en la cual se autoriza al Presidente de la República “para dictar las ordenanzas que juzgue convenientes para el mejor gobierno de la frontera, para la más eficaz protección de los indígenas, para promover su más pronta civilización<sup>136</sup> y para arreglar los contratos y relaciones de comercio con ellos”. Esta legislación establece la incapacidad jurídica de los indígenas para la celebración de actos y contratos sobre sus tierras.

En tanto, la Ley del 4 de Diciembre de 1866 dispuso que los terrenos al sur

---

<sup>135</sup> FARON, Louis. “Hawks of the Sun: Mapuche Morality and its Ritual Attributes”. University of Pittsburg Press, 1964.

<sup>136</sup> El subrayado es nuestro.

del Bío Bío serían tratados como fiscales, correspondiendo al Estado sacarlos a remate para su colonización por particulares. Además creó una Comisión Radicadora de Indígenas a la cual correspondería la labor de ubicarlos en los terrenos de su pertenencia, para los cual debían demostrar al menos un año de posesión material. En 1883, se pone en actividad la Comisión Radicadora de Indígenas cuyo objetivo fue radicar a los mapuches en reservaciones o reducciones delimitadas, mediante el otorgamiento de los llamados títulos de merced, ya establecidos en la Ley de 1866. De este modo el territorio quedaba libre para el desarrollo de un programa de colonización por parte del Estado.

La labor de la Comisión Radicadora de Indígenas, significó que el Estado otorgó a los mapuches títulos de merced sobre el dominio de terrenos de extensión variable, que eran entregados a caciques, en representación de sus grupos familiares u otros, quienes pasaban a tener un dominio comunitario e inalienable sobre las tierras que se les asignaban. Mediante el proceso de radicación desarrollada entre 1884 y 1919, el Estado chileno otorgó a los mapuches, entre las provincias de Arauco y Osorno, 2.918 títulos de merced con un total de 510.386,67 hectáreas, radicando a un total de 82.629 personas<sup>137</sup>. Sin embargo, una parte importante de la población mapuche, 40.000 de una población aproximada de 120.000 no fue radicada en territorio alguno, quedando en una situación de tenencia irregular frente al derecho chileno.

Las reducciones abarcaban sólo el 6.39% del territorio total comprendido entre las provincias de Arauco y Osorno, y generalmente correspondían a tierras apartadas y de baja productividad agrícola.

Este sistema de radicación impuesto por la legislación, opuesto a la forma de agrupamiento familiar propio de la costumbre mapuche, provocó graves problemas al interior de las reducciones, generándose verdaderas guerras internas cuando éstas recién habían sido constituídas.

En 1927 se publica la Ley N°4.169 que crea un tribunal especial, con asiento en la ciudad de Temuco, cuya misión es proceder a la división de las comunidades indígenas que tengan título de merced. A contar de esa fecha se dictan una serie de cuerpos legales destinados a lograr la disolución de las comunidades indígenas creadas en base a la legislación anterior, dando lugar a un nuevo tipo de propiedad individual y enajenable. Todas estas normas son refundidas en el Decreto Supremo N°4.111 de 1931. A partir de entonces y hasta 1971 se verifica en virtud de esta legislación un proceso divisorio que afecta a un total de 832 comunidades con una cantidad de 132.736,72 hectáreas del total de 2.918 comunidades constituídas por

---

<sup>137</sup> GONZÁLEZ, Héctor. “Propiedad Comunitaria o Individual Indígena”. Revista NUTRAM, Año II, N°3, 1986.

la Comisión Radicadora.

En 1972 se dicta la Ley N°17.729, esta ley pone término, durante el lapso de su vigencia, al proceso de división de las comunidades mapuches. Dispone al efecto que la división sólo podrá ser solicitada por la mayoría de los comuneros o por razones técnicas. Posibilita la recuperación de tierras indígenas perdidas, mediante el mecanismo de expropiación consultado en la ley de reforma agraria. Suprime los juzgados de indios, y los sustituye en sus funciones por el Instituto de Desarrollo Agropecuario, al que además le encomienda la promoción y el desarrollo social, económico, educacional y cultural de los indígenas.

Esta legislación es distinta a la dictada anteriormente en Chile sobre la materia, pues paraliza el proceso de desmembramiento de la tierra y reconoce la calidad de indígenas a las personas en forma independiente de su relación con el territorio que habitan. Su normativa terminó con las usurpaciones y permitió recuperar gran cantidad de hectáreas. Mediante expropiaciones, las comunidades lograron la restitución de tierras correspondientes a sus títulos de merced que les habían sido usurpadas.

Lamentablemente, durante el gobierno militar la política indigenista cambia radicalmente. En 1979 se dictó el Decreto Ley N°2.568, modificado por el Decreto Ley N°2.750 del mismo año. Esta legislación facilita el proceso de hacer propietarios individuales, ya que faculta a cualquier ocupante de una comunidad, sea mapuche o no, para solicitar la división de la reserva o comunidad. Por otra parte, este decreto ley facilitó la división, al establecer un procedimiento expedito y gratuito para estos efectos, el cual sería llevado por un funcionario estatal, el abogado defensor de indígenas, ante el juez de letras competente.

En tanto, el Decreto Ley N°2.568 divide las tierras indígenas y elimina todo reconocimiento a la existencia misma de estos grupos étnicos. Esta norma fue derogada por el D.L. N°2750.

Producto de la normativa reseñada, se ha verificado desde entonces un proceso divisorio de comunidades indígenas sin precedentes en nuestra historia. Entre 1979 y marzo de 1990 se otorgaron en virtud de esta legislación un total de 72.068 títulos de dominio a indígenas, con una superficie total de 463.409,81 hectáreas.

La nueva forma de propiedad de la tierra, además de ser contraria a la costumbre mapuche, viene a dificultar enormemente su subsistencia económica y cultural. El proceso divisorio, practicado al amparo de esta legislación, no ha respetado aquellos espacios comunes que por siglos han existido en la tierra mapuche, tales como bosques, pastizales, etc., los cuales constituían espacios de

gran importancia para la economía agraria mapuche. La división tampoco respetó los espacios que resultan fundamentales para el desarrollo de su cultura, como aquellos destinados a ceremonias religiosas, al descanso de los muertos, a los deportes autóctonos, etcétera.

Al quedar limitados a espacios individuales, se ha dificultado el desarrollo por parte de los nuevos adjudicatarios de sus formas históricas de trabajo comunitario, tales como la vuelta de mano, el mingaco, etc.

El crecimiento de la población mapuche al interior de la comunidad, experimentado en los últimos años y el reducido tamaño de las hijuelas resultantes de la división de las mismas, ha determinado la existencia de una alta densidad de población en dichas hijuelas, fenómeno que ha incidido en un fuerte aumento del proceso migratorio de los mapuches fuera de sus tierras con destino a la ciudad. Debemos considerar que la superficie promedio de las hijuelas es 5,36 hectáreas.

A ello se debe agregar el grave proceso de deterioro de los suelos, de erosión y de su deforestación al que la utilización intensiva de las tierras divididas ha dado lugar durante los últimos años.

Todos estos hechos han valido a esta legislación, así como al proceso desarrollado en virtud de su dictación, fuertes críticas de parte de las organizaciones indígenas, la iglesia y las organizaciones de defensa de derechos humanos existentes en el país.

Por otra parte, la Ley N°19.253 ha intentado revertir esta situación creando mecanismos para recuperar y proteger las tierras mapuches, e indígenas en general, sin embargo, su aplicación no ha estado exenta de problemas.

### **5.2.6 Kawesqar.**

Los alacalufes o *kawesqar* sobrevivientes forman una pequeña comunidad de 15 personas en Puerto Edén con claras tendencias a la desaparición.

Los *kawesqar* poblaron, en el pasado, la Región de los Canales, más exactamente, desde la entrada sur del canal Sarmiento hasta las costas meridionales del golfo de Penas. Su actividad tradicional ha sido la pesca, la recolección de mariscos y la caza. En 1936 se radicaron en Puerto Edén (49° 08'20" Lat. sur, 74° 27' 10" Long. oeste), en la isla Wellington. También su número ha disminuido progresivamente. Se estima que, a mediados del siglo XIX, la población era de

4.500 personas. De acuerdo a lo referido por Sánchez, en 1924 Gusinde<sup>138</sup> registró un número que bordeaba las 250 personas, incluidos los mestizos. Desgraciadamente, en 1948 los afectó una grave epidemia. Seguramente debido a ello, en 1954 eran solamente 61<sup>139</sup>.

En lo relativo a la vigencia de la lengua *kawesqar*, Salas<sup>140</sup> ha señalado que pese al contexto actual de desintegración de su cultura tradicional, los últimos *kawésqar* conservan su lengua vernácula, “*la que utilizan en todas las actividades internas de su grupo*”. En sus contactos con hispano hablantes se expresan en castellano. Desde el punto de vista lingüístico, su lengua puede ser definida como “*polisintética y aglutinante*”<sup>141</sup>. Salas agrega que “*el vocabulario alacalufe es muy sensible a las condiciones del ambiente patagónico. Por ejemplo, dispone de palabras específicas que establecen distinciones en la flora y fauna- especialmente marina – que en castellano no se hacen o se hacen de un modo superficial por medio de perífrasis*”<sup>142</sup>

De acuerdo a lo señalado por Salas<sup>143</sup> “*el desaparecimiento o la disminución de los contextos sociales tradicionales, por ejemplo, de las grandes partidas colectivas de caza, tiene que haber tenido algún efecto destructivo o desintegrador sobre la lengua vernácula de los adultos mismos. Si la situación se agudiza, podría eventualmente desembocar en la extinción de la lengua vernácula*”.

El Título VIII, Párrafo 4° de la Ley Indígena N°19.253 denominado “*Disposiciones Particulares Complementarias Referidas a los Indígenas de los Canales Australes*” contempla normas jurídicas protectoras de la cultura de los pueblos indígenas australes, específicamente, los *yámanas* y *kawashkar* (o *káwesqar*).

El artículo 72°, define a los indígenas australes, señalando que incluyen a “*yámanas o yaganes, kawashkar o alacalufes u otras etnias que habiten en el extremo sur de Chile y los indígenas provenientes de ellas*”. El artículo 73°, en tanto, establece la protección y desarrollo de las comunidades indígenas supervivientes de la XII Región. Señalando al respecto que los planes que la Corporación realice en apoyo de estas comunidades deberán contemplar:

a) Apoyo en salud y salubridad.

---

<sup>138</sup> GUSINDE, M. “*Hombres primitivos en la Tierra del Fuego*” Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Serie 3 a, N°5, Sevilla.

<sup>139</sup> SÁNCHEZ, Gilberto. Op. Cit.

<sup>140</sup> SALAS, Adalberto, Op. Cit. pp. 277

<sup>141</sup> SÁNCHEZ, Gilberto, Op. Cit.

<sup>142</sup> SALAS, Adalberto, Op. Cit. pp. 280

<sup>143</sup> SALAS, Adalberto, Op. Cit. pp. 278

- b) Sistemas apropiados de seguridad social.
- c) Capacitación laboral y organizativa,
- d) Programas de autosubsistencia de sus miembros.

Se encarga a la Corporación la realización de un plan especial para el desarrollo y protección de estas comunidades.

Por otra parte, el artículo 74° de la citada ley, señala que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena procurará realizar una serie de tareas en relación con los indígenas de los canales australes, las que consideran:

- a) Estimular la participación de ellos en los planes y programas que les atañen.
- b) Obtener su reasentamiento en sus lugares de origen u otros apropiados.
- c) Establecer zonas especiales de pesca y caza y áreas de extracción racional de elementos necesarios para su supervivencia y desarrollo.
- d) Conservar su lengua e identidad.

### **5.2.7 Yaganes o Yámanas.**

Los yámanas o yaganes poblaron los archipiélagos que van desde la Península de Brecknock hasta el Cabo de Hornos. Se los encontraba en la costa meridional de la isla Grande de Tierra del Fuego y en las islas Hoste, Navarino, Pickton y Wollaston. Se trata del grupo humano más austral del mundo, diestros canoeros nómadas que supieron adaptarse exitosamente a uno de los medio ambientes más rigurosos de nuestro continente.

De acuerdo a lo señalado por Salas<sup>144</sup> a principios del siglo pasado su población fue calculada en unos 3.000 individuos. Sánchez<sup>145</sup> informa que este pueblo fue víctima de una epidemia de rubéola en 1885, quedando reducidos a 490 personas. En la actualidad, sobreviven solamente dos mujeres yámanas puras, que aún mantienen la práctica de su lengua. Ellas viven en Ukika, Puerto Williams, junto a sus familias mestizas, conformando un núcleo de poco más de una decena de personas.

Debemos agregar que este pueblo yámana ha sido también gravemente perjudicado por las políticas estatales de que ha sido objeto. Por ejemplo, en la Isla Navarino fueron obligados a abandonar sus asentamientos tradicionales en la localidad de Bahía Honda y radicarse en Ukika, situada a un kilómetro de Puerto Williams (55° 05' Lat. sur, 67° 40' Long. oeste). Los yámanas de la Isla Navarino, acostumbraban a desplazarse libremente de una ribera a otra del Canal del Beagle,

---

<sup>144</sup> SALAS, Adalberto, Op. Cit. pp. 258

<sup>145</sup> SÁNCHEZ, Gilberto, Op. Cit.

tal como lo evidencian los numerosos sitios arqueológicos de su cultura en ambos sectores <sup>146</sup>(Ocampo, 1992). Lamentablemente, dada la estratégica ubicación de la Isla Navarino, el gobierno chileno les prohibió el uso de sus canoas, a fin de evitar problemas limítrofes con Argentina. Debemos recordar también que sólo en la década de los setenta, Puerto Williams dejó de ser una base militar de la Armada Chilena para convertirse en un asentamiento civil. Así las cosas, los yámanas diezmados por las epidemias, relocalizados e impedidos de ejercer sus actividades tradicionales fueron rápidamente perdiendo su bagaje cultural tradicional.

Salas<sup>147</sup> concluye, en relación a las dos mujeres yámanas puras lo siguiente “*por haber pasado ya la edad reproductora, por su matrimonio con colonizadores hispanohablantes, por haber criado a sus hijos y nietos como hispanohablantes, estas mujeres son claramente hablantes terminales de la lengua yámana*”. A similares conclusiones arriba Sánchez<sup>148</sup> quien plantea que “*dado el exiguo número de personas que todavía conocen el yagán, y cuya práctica es, en verdad, ocasional y esporádica, puede considerárselo extinguido*”.

La Ley Indígena N°19.253, hace aplicable a los indígenas yámanas las normas contenidas en el Título VIII, Párrafo 4°, denominado “*Disposiciones Particulares Complementarias Referidas a los Indígenas de los Canales Australes*”, específicamente los artículos 72°, 73° y 74°, comentados al referirnos a la etnia *káwesqar*.

### 5.2.8 Pascuenses o Rapanuí.

En 1888 se incorporó al territorio nacional la Isla de Pascua o Rapa Nui, por el capitán de marina Policarpo Toro. En septiembre de 1888 los jefes pascuenses, encabezados por su rey Atamu Tekena, suscribieron una carta por la cual ceden al gobierno de Chile la soberanía de la isla reservándose, no obstante, los títulos de jefes y la propiedad de sus tierras<sup>149</sup>.

Posteriormente, el gobierno de Chile adquirió para sí la propiedad de dos

---

<sup>146</sup> OCAMPO, Carlos. Proyecto “*Estudio de las adaptaciones humanas al medio ambiente marítimo en latitudes altas*”. Universidad de Chile. (Fondecyt N° 0679-90),1992.

<sup>147</sup> SALAS, Adalberto, Op. Cit. pp. 258

<sup>148</sup> SÁNCHEZ, Gilberto, Op. Cit.

<sup>149</sup> Informe de la Comisión Especial para el estudio de la legislación referida a los Pueblos Indígenas, sobre el proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas (Boletín N°514-01:1). Presentado en la Sesión N°43, del día miércoles 20 de enero de 1993 en la Cámara de Diputados, pp.3616.



importantes terrenos de la Isla, y Policarpo Toro quedó en calidad de arrendatario de la otra propiedad, antes perteneciente a extranjeros, conservando los isleños la propiedad sobre las tierras restantes.

Durante los primeros años de la colonización se mantuvo, a grandes rasgos, la forma de organización social pascuense existente hasta antes de 1888.

La utilización de la tierra por los pascuenses correspondía a un patrón de uso colectivo, donde cada individuo cultiva un pedazo de terreno que abandona después de las cosechas para tomar otro más tarde. La agricultura y la pesca continúan siendo las principales actividades económicas que se practicaban, siguiendo las formas y usos tradicionales<sup>150</sup>.

A fines del siglo XIX, Enrique Merlet, un francés vecindado en Chile, forma una compañía explotadora de la Isla de Pascua, arrendando terrenos al Fisco por 20 años. Este nuevo propietario de la Isla relega al pueblo Rapa Nui al rol de inquilinos, privándoles de todos sus bienes y derechos, y los confina dentro de un área de 1.000 hectáreas, parte de la actual Hanga Roa, usurpándoles sus animales y pertenencias y prohibiéndoles su libre circulación por la isla. También se obligó a los isleños a realizar trabajos forzados en beneficio de Merlet. La Compañía creada por Merlet, mediante renovaciones de contratos, sigue arrendando hasta 1956.

No obstante, en 1933 el gobierno de Chile inscribe en el Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso la totalidad de las tierras de la isla a nombre del Fisco, realizando las publicaciones legales en esta ciudad. De este modo se privó a los pascuenses de toda posibilidad de hacer valer sus derechos ancestrales sobre sus tierras, frente a la inscripción fiscal de las mismas.

La persistencia de los abusos cometidos contra la población pascuense por la Compañía Explotadora, llevan en 1952 al gobierno de Chile a desahuciar el contrato con dicha corporación. La Armada de Chile se hace cargo de la administración de la isla, quedando la administración de justicia en manos de los pascuenses. A pesar de los avances subsistían muchas injusticias que afectaban a los pascuenses como las restricciones al libre tránsito dentro la isla, prohibiciones de emigrar de ella, trabajos obligatorios no remunerados y ausencia del derecho de sufragio, por ejemplo.

En 1965 se pone término a las restricciones de circulación y la isla pasa a depender de la administración civil. En 1966, la Ley N°16.441 crea el Departamento de Isla de Pascua en la Provincia de Valparaíso que establece, entre otras materias, el derecho a sufragio para los ciudadanos de la isla y autoriza al

---

<sup>150</sup> AYLWIN, José y E. Castillo, "Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia", Documento de Trabajo N°3, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Diciembre de 1990, pp.24.

Presidente de la República para otorgar a personas naturales títulos de dominio en terrenos fiscales urbanos de la Isla de Pascua. Esta ley produce un gran aumento de la población proveniente del continente.

En 1967, el Decreto Supremo N°534 del Ministerio de Economía crea la Comisión Nacional de Isla de Pascua que tiene por objeto velar por la conservación del patrimonio arqueológico de la isla y por el respeto y preservación de la lengua, tradiciones y costumbres de la población local.

En 1979, el Decreto Ley N°2.885 establece normas sobre otorgamiento de títulos de dominio y administración de terrenos fiscales de la Isla de Pascua, En él se faculta al Presidente de la República para otorgar títulos gratuitos en terrenos fiscales urbanos o rurales, a favor de chilenos originarios de la isla, o no originarios que sean hijos de padre o madre nacido en ella y que acrediten domicilio o residencia de 5 años.

De acuerdo a lo señalado por Aylwin y Castillo<sup>151</sup> “*a través de esta legislación el gobierno militar pretendió legitimar el dominio fiscal sobre las tierras de la Isla*”. Ello porque al solicitar los pascuenses al Estado chileno el otorgamiento de Títulos de Dominio de las tierras que ocupan estarían implícitamente reconociendo el dominio que éste tiene sobre dichas tierras, así como sobre las tierras restantes que hoy detenta el Estado. Los pascuense se opusieron a la aplicación de esta legislación y denunciaron ante organismos internacionales esta normativa legal.

Actualmente, los pascuenses constituyen una población que se calcula en unas 3.000 personas, que viven tanto en la isla como en el continente. En la Isla viven, además, unos 1.000 chilenos continentales y algunos extranjeros<sup>152</sup>. La población pascuense inicialmente fue reducida a la localidad de Hanga Roa donde vive actualmente; el resto de la Isla está dividida en dos partes: el Parque Nacional de Isla de Pascua, que ocupa las zonas arqueológicas, y el Fundo Vaitea, espacio agrícola ganadero ubicado en el centro de la Isla.

En cuanto a la organización social de los pascuenses, es importante destacar la reconstitución del Consejo de Ancianos de Rapa Nui, en la década de los ochenta, que ha constituido una importante instancia para la expresión de las reivindicaciones de los pascuenses.

En lo que respecta a la lengua *rapanuí* o *pascuense*, ésta pertenece al subgrupo polinésico de la gran familia de lenguas austronésicas. Es, por consiguiente, extracontinental, y difiere tanto de las lenguas amerindias de nuestro

---

<sup>151</sup> AYLWIN, José y Castillo, E, Op. Cit. pp. 31

<sup>152</sup> BENGÓA, José. Op. Cit. pp.1315.

país como del español. Su estructura es comparativamente sencilla<sup>153</sup>. De acuerdo a lo señalado por Sánchez, en esta lengua un mismo elemento morfológico puede cumplir, sin alteración formal, diferentes funciones tales como sustantivo, adjetivo, verbo. Las categorías gramaticales de género, número, tiempo, se expresan con partículas invariables antepuestas o pospuestas a manera de prefijos y sufijos separados del elemento base. El *rapanui* sólo se utiliza oralmente y en forma limitada, es la lengua normal de la vida intrafamiliar. Los pascuenses son todos bilingües, reservando el uso del español para todas las actividades realizadas en conjunto con continentales.

Desde 1976 se imparte enseñanza en *rapanuí*, en los seis primeros años de la Educación General Básica, implementándose también desde esa fecha un Programa de Investigación de la Lengua y Cultura Rapanuí, a cargo de la Universidad Católica de Valparaíso y del Instituto Lingüístico de Verano, de los Estados Unidos, el cual ha originado la publicación de varios textos para la enseñanza de la lengua nativa.

La Ley Indígena N°19.253, en tanto, en su Título VIII, Párrafo 3° denominado “*Disposiciones Particulares Complementarias referidas a la Etnia Rapa Nui o Pascuense*”, contempla una serie de normas protectoras del pueblo pascuense.

El artículo 66° de la mencionada ley señala que “*son rapa nui o pascuenses los miembros de la comunidad originaria de la Isla de Pascua y los provenientes de ella, que cumplan con los requisitos exigidos por las letras a) o b) del artículo 2°*. El artículo 2° letra a) de la Ley 19.253 señala que se considerarán indígenas las personas de nacionalidad chilena que “*sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;*”. La letra b) del artículo 2° señala, en tanto, que se considerarán indígenas a las personas de nacionalidad chilena que desciendan de “*las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena, agrega en su inciso segundo que “un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones.”*

El artículo 67° de la mencionada ley crea la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, entre cuyas atribuciones se encuentra “*fomentar la riqueza cultural y arqueológica de la Isla de Pascua*” (artículo 67 letra c), y “*colaborar en la conservación y restauración del patrimonio arqueológico y de la cultura rapa nui o pascuense, en conjunto con las Universidades y el Consejo de Monumentos*

---

<sup>153</sup> SÁNCHEZ, Gilberto, Op. Cit.

*Nacionales*”. La ley también faculta a este organismo a preparar convenios con personas e instituciones nacionales y extranjeras para el cumplimiento de los objetivos reseñados.

La Ley N°19.253 se remite al ya comentado Decreto Ley N°2.885, en lo relativo a la constitución del dominio por parte de los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense, señalando el artículo 69° de la Ley Indígena que *“la Comisión actuará en conformidad a las disposiciones de los artículos 7°, 8° y 9° del Decreto Ley N°2.885, de 1979”*. Agrega en su inciso segundo que *“la Comisión podrá, en relación con los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense, estudiar y proponer al Ministerio de Bienes Nacionales la entrega gratuita de tierras fiscales en dominio, concesión u otras formas de uso, acorde con la tradición de esta etnia y con el ordenamiento territorial que se determine para la Isla de Pascua.”*

De este modo, vemos que la actual Ley Indígena no se hace cargo de las críticas hechas al Decreto Ley N° 2.885 por parte de los pascuenses y, nuevamente, queda radicada en el Estado chileno la facultad de otorgar o no los Títulos de Dominio de las tierras que actualmente ocupa esta etnia. Así las cosas, los pascuenses están obligados a reconocer implícitamente el dominio del Estado chileno sobre sus tierras.

Inquieta el hecho que el Estado legitime una adquisición de tierras a su nombre, a todas luces irregular, sin contemplar indemnizaciones o reparaciones para los habitantes originarios de la Isla.

Por otra parte, el artículo 71° de la Ley N°19.253 autoriza a los pascuenses para rectificar sus partidas de nacimiento *“requiriendo al efecto al tribunal competente que anteponga el apellido de la madre al del padre cuando ello tenga por objeto preservar un patronímico de la etnia rapa nui o pascuense. Del mismo modo, podrán solicitar la rectificación de sus apellidos cuando, por cualquier circunstancia, hubieren sido privados de sus originales apellidos rapa nui o pascuense y sólo para recuperarlos”*. Esta disposición persigue preservar los apellidos originales de los pascuenses, contribuyendo de esta forma al mantenimiento de su cultura e identidad.

### **5.2.9 Indígenas Urbanos y Migrantes.**

Finalmente, la Ley N°19.253, en su Título VIII, Párrafo 5°, contempla *“Disposiciones Particulares para los Indígenas Urbanos y Migrantes”*. De esta forma se intenta abordar el problema de la constante migración de los indígenas

hacia los polos de desarrollo urbano donde rápidamente son absorbidos por la cultura dominante ocupando, por lo general, los estratos más desposeídos de la estructura social.

El artículo 75° de la Ley N°19.253 señala que *“se entenderá por indígenas urbanos aquellos chilenos que, reuniendo los requisitos del artículo 2° de esta ley, se autoidentifiquen como indígenas y cuyo domicilio sea un área urbana del territorio nacional y por indígenas migrantes aquellos que, reuniendo los mismos requisitos de origen precedentes, tengan domicilio permanente en una zona rural no comprendida en las definiciones de los artículos 60, 62, 66 y 72”*.

Los requisitos de origen a que hace referencia el artículo precedente, necesarios para ser considerado indígena chileno, se encuentran consignados en el artículo 2° de la Ley Indígena, son los siguientes:

- a) Ser hijo de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva (artículo 2°, letra a).
- b) Ser descendiente de alguna de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena, agrega en su inciso segundo que un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones (artículo 2°, letra b).
- c) Mantener rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas (artículo 2°, letra c).

Debemos aclarar que los requisitos reseñados no son copulativos, basta con que se cumpla con alguna de las hipótesis o casos descritos.

Entonces, para ser considerado por la ley como *“indígena urbano”* debe sumarse además un factor de índole psicológico, *“autoidentificarse como indígena”* y otro de naturaleza objetiva, cual es, contar con *“domicilio en un área urbana del territorio nacional”*.

Para ser considerado como *“indígena migrante”*, es necesario reunir los mismos requisitos de origen ya reseñados y domiciliarse en una zona rural que no se sitúe en las regiones X, I o II; en Isla de Pascua o en el extremo sur de Chile.

El artículo 76° de la Ley N°19.253 faculta a los indígenas urbanos migrantes a formar *“Asociaciones Indígenas Urbanas o Migrantes”*. La asociación indígena contemplada por la Ley en comento, se define como una *“agrupación voluntaria y funcional integrada por, a lo menos, veinticinco indígenas”* constituídas en función de algún objetivo común y pueden obtener personalidad jurídica conforme

a un procedimiento expedito contemplado en el Título I de la Ley Indígena (artículo 36° y 37° de la Ley N°19.253).

De acuerdo a lo señalado por el artículo 76° inciso segundo de la Ley Indígena *“la Asociación Indígena Urbana o Migrante será una instancia de organización social, desarrollo cultural, apoyo y mutua protección y ayuda entre los indígenas urbanos o migrantes, respectivamente.”*

Por otra parte, la Ley Indígena faculta a la CONADI a impulsar y coordinar con los Ministerios, Municipios y oficinas gubernamentales planes y programas que tengan por objeto lograr *“mayores grados de bienestar para los indígenas urbanos y migrantes, asegurar la mantención y desarrollo de sus culturas e identidades propias, así como velar y procurar el cumplimiento del artículo 8° de esta ley”*.

El artículo 8° de la Ley N°19.253 sanciona como falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de indígenas, en razón de su origen y su cultura, y establece una multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales para el infractor.

Respecto a los planes y programas implementados por la CONADI para promover el desarrollo de la cultura de los indígenas urbanos, podemos mencionar las acciones de fomento implementadas por la Oficina de Asuntos Indígenas de Santiago, entre las que se contempla el llamado a concurso para la celebración del *We Tripantu* o año nuevo mapuche, el 24 de Junio<sup>154</sup> de cada año.

La etnia con mayor presencia en las ciudades de nuestro país es la mapuche, donde han emigrado buscando mejores condiciones de vida, especialmente a Temuco, Concepción y Santiago. En Santiago los mapuches residen principalmente en las comunas de La Pintana, Pudahuel, Renca, Cerro Navia y Macul, entre otras.

En cuanto a los *mapuches* residentes en Santiago, su número puede ser superior a 100 mil<sup>155</sup>.

### **5.3 Corporación Nacional de Desarrollo Indígena: rol y funciones.**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 39° de la Ley N°19.253, la CONADI *“es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de*

---

<sup>154</sup> CURILEM, Jorge. Abogado Oficina de Asuntos Indígenas de Santiago, Comunicación Personal, Noviembre de 2000.

<sup>155</sup> SÁNCHEZ, Gilberto. Op. Cit.

*impulsar su participación en la vida nacional”.*

La mencionada disposición le asigna también una serie de funciones específicas que desglosan el objetivo general expresado precedentemente, éstas consideran:

- a) Promover el reconocimiento y respeto de las etnias indígenas, de sus comunidades y de las personas que las integran, y su participación en la vida nacional;
- b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación;
- c) Incentivar la participación y el desarrollo integral de la mujer indígena, en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer;
- d) Asumir, cuando así se lo solicite, la defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas y, ejercer las funciones de conciliación y arbitraje de acuerdo a lo establecido en esta ley;
- e) Velar por la protección de las tierras indígenas a través de los mecanismos que establece esta ley y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del Fondo respectivo;
- f) Promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, velar por su equilibrio ecológico, por el desarrollo económico y social de sus habitantes a través del Fondo de Desarrollo Indígena y, en casos especiales, solicitar la declaración de Áreas de Desarrollo Indígena de acuerdo a esta ley;
- g) Mantener un Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas y un Registro Público de Tierras Indígenas sin perjuicio de la legislación general de Registro de la Propiedad Raíz;
- h) Actuar como árbitro frente a controversias que se susciten entre los miembros de alguna asociación indígena, relativas a la operación de la misma, pudiendo establecer amonestaciones, multas a la asociación e incluso llegar a su disolución. En tal caso, actuará como partidario sin instancia de apelación;
- i) Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto;
- j) Sugerir al Presidente de la República los proyectos de reformas legales y administrativas necesarios para proteger los derechos de los indígenas, y
- k) Desarrollar todas las demás funciones establecidas en esta ley.

En el cumplimiento de sus objetivos, la CONADI podrá convenir con los Gobiernos Regionales y Municipalidades respectivos, la formulación de políticas y la realización de planes y proyectos destinados al desarrollo de las personas y

comunidades indígenas.

### **5.3.1 Contribución de la CONADI a la protección del Patrimonio Cultural Indígena.**

En relación al tema que nos atañe, esto es, la protección jurídica del patrimonio cultural indígena, vemos que únicamente dos de las funciones específicas encargadas a la CONADI, inciden sobre este tema, y se encuentran definidas en el artículo 39° letras b) e i). Sin embargo, la gran cantidad de funciones encargadas a este organismo público, así como su diversa naturaleza atentan contra la eficacia de su acción. Además la ausencia de un Fondo específico que promueva la protección y desarrollo del patrimonio cultural indígena, hace que esta labor de la CONADI aparezca como secundaria y accesorio frente a mandatos más apremiantes como su rol en el desarrollo económico de estas comunidades y la recuperación de sus tierras y aguas. Ciertamente, estas últimas funciones son de gran importancia pero no se debe olvidar el fortalecimiento y protección de la cultura, ya que constituye el soporte de su diversidad y la raíz en que se asienta su identidad.

No obstante lo señalado, la CONADI se ha hecho cargo de una serie de líneas programáticas que inciden sobre la protección del patrimonio cultural indígena, con recursos presupuestarios que provienen del Fondo de Desarrollo, ellas son:

- a. Subsidio para el diseño de una Educación Intercultural Bilingüe.
- b. Difusión de la cultura indígena.
- c. Subsidio a programas de comunicaciones locales para indígenas.
- d. Protección el patrimonio arqueológico indígena.

A cada una de estas líneas ha correspondido los siguientes proyectos:

#### **a.- Subsidio para el diseño de una Educación Intercultural Bilingüe (EIB).**

Algunos de los proyectos desarrollados en este sentido incluyen la definición de un grafemario aymara; la elaboración de las bases sociales y políticas para la construcción de los planes y programas de EIB en la zona aymara-atacameña; la elaboración de las bases sociales y políticas para la construcción de los planes y programas de EIB en zona mapuche; también el apoyo a escuelas con experiencia en EIB, tales como el Liceo Agrícola Kusayapu (Huara) en Iquique y la Escuela Particular Trosco N°164, de San Juan de la Costa.



Otros programas desarrollados incluyen la recopilación de la Lengua Kunza, estudios sobre estructuración de la lengua Rapa Nui y la implementación de una Maestría en Educación Intercultural Bilingüe, en la Universidad Academia de Humanismo Cristiano en Santiago.

También se han desarrollado acciones preliminares de investigación y rescate de la lengua Kawashkar.

#### **b.- Difusión cultural indígena.**

A este respecto se han desarrollado programas dirigidos a la difusión de la cultura indígena mapuche y se han producido eventos culturales en las provincias de Arica y Parinacota, por ejemplo.

#### **c.- Subsidio a programas de comunicaciones locales para indígenas.**

Estos programas se han dirigido a desarrollar e implementar sistemas de comunicaciones radiales y gráficas, tales como la Revista "Pueblos Indígenas".

#### **d.- Patrimonio Arqueológico.**

Esta línea programática se ha desarrollado en base a la organización de Jornadas de reflexión relativas al patrimonio arqueológico indígena de Chile, en las cuales se han establecido propuestas sobre su gestión. También se elaboró un Catastro del patrimonio arqueológico indígena en las provincias de Arica y Parinacota, y se participó en la generación de propuestas de inversión para la puesta en valor del sitio arqueológico de Tulo.

#### **e.- Programas de Becas Indígenas.**

Este programa se inició en 1991 con el objetivo de entregar un subsidio en dinero a estudiantes indígenas de Educación Superior y pre-universitaria, de buen rendimiento académico, situación económica desmedrada y comprometidos a trabajar por el desarrollo de su pueblo.

En 1992 se incorporaron las becas para la Educación Básica y Media.

Su duración es anual con posibilidad de repostular año a año si se cumplen los requisitos exigidos.

Pese a que no se puede desconocer el significativo aumento en la cantidad de becas de estudio destinadas a personas de origen indígena en los últimos dos gobiernos de la Concertación Democrática, lo que ha arrojado en estos últimos años una gran cantidad de profesionales indígenas al mercado laboral, no podemos desconocer el hecho que no existe vinculación alguna de las carreras estudiadas ni

las personas beneficiadas con sus culturas y comunidades de origen, es por tanto imprescindible dar un vuelco a las políticas que animan estas becas de estudio y transformarlas de asistencialistas en promocionales de las culturas y comunidades indígenas.

## **5.4 Mecanismos de mantención del lenguaje y la cultura: sistema de educación intercultural bilingüe y derecho de propiedad intelectual.**

### **5.4.1 Sistema de Educación Intercultural Bilingüe.**

A este sistema hace referencia el Título IV de la Ley N°19.253, denominado “*De la Cultura y Educación Indígena*”, específicamente su artículo 28° letra a), indicando lo siguiente:

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

*a) El uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena.*

Señalando también el mencionado artículo que la CONADI actuará en coordinación con el Ministerio de Educación para cumplir con este objetivo, promoviendo planes y programas de fomento a las culturas indígenas. Asimismo, la Corporación puede realizar convenios con organismos públicos o privados de carácter nacional, regional o comunal, que tengan objetivos coincidentes con los señalados en este artículo. Se incentiva también la participación de los gobiernos regionales y las municipalidades.

En tanto, el Párrafo 2° del Título IV de la ley N°19.253, denominado “*De la Educación Indígena*” ordena en su artículo 32° la implementación de un sistema de educación intercultural bilingüe en áreas de alta densidad indígena. A este respecto el mencionado artículo señala:

*Artículo 32°.*

*La Corporación, en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para*

*desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global. Al efecto podrá financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales.*

La complejidad e importancia que posee este sistema educativo que inaugura en nuestro país la Ley N°19.253 amerita el desarrollo en extenso de su contenido y alcances, lamentablemente, ello excede los límites del presente trabajo. No obstante, considerando su importancia clave en la mantención y acrecentamiento del patrimonio cultural indígena dedicaremos algunos párrafos al esclarecimiento de su definición, fines y dilemas teóricos que deben necesariamente abordarse antes de iniciar esta tarea de la educación intercultural.

#### **5.4.1.1 El concepto de “Cultura” y la educación intercultural.**

En primer término, es necesaria la clarificación conceptual sobre qué entendemos por «cultura», antes de entender a cabalidad el significado de la educación multicultural. Según el antropólogo D. Clarke<sup>156</sup> la cultura consiste “*en los modos de conducta aprendidos y sus manifestaciones materiales, socialmente transmitidos de una generación a la siguiente y de una sociedad o individuo a otro*”. La antropología social destaca el hecho que la cultura no es una entidad estática que heredamos de nuestros antepasados (idioma, tradiciones, historia, etc) en forma invariable, por el contrario, se trata más bien, de una elaboración colectiva, en perpetua transformación que construye una identidad grupal y nos diferencia de “otros”. El concepto de cultura entonces, debe entenderse como algo difuso, inacabado y en constante movimiento.

Por lo general, los grupos dominantes son quienes logran que todos entiendan que ellos son diferentes a los demás, y logran también expresar con mayor eficacia cuáles son las diferencias que les separan de los otros. En otros términos, la cultura dominante cuenta con un aparato “propagandístico” que logra persuadir a los grupos minoritarios sobre la conveniencia de hacer desaparecer estas diferencias, proceso que culmina, en último término, con su asimilación o aculturación.

En Chile, como también en otros países de América Latina, los procesos de educación formal han sido conceptualizados y enmarcados de acuerdo a una orientación global uniformadora (educar para igualar), traduciéndose este proceso

---

<sup>156</sup> CLARKE, D. Op. Cit. pp

en la asimilación de los educandos de cultura diversa. Dicha orientación ha desconocido la coexistencia de tradiciones culturales y étnicas diferentes. De acuerdo a lo expresado por Grebe<sup>157</sup> *“en la diversidad y riqueza de dichas tradiciones residen las claves para comprender el aporte original del patrimonio en nuestras culturas indígenas.”*

La existencia de alumnos indígenas en la escuela implica la coexistencia e interacción cotidiana de tradiciones culturales diferentes, por lo que es preciso desarrollar una estrategia educativa sensitiva que permita la expresión de ambas culturas, favoreciendo la comunicación y respeto mutuo.

Según Grebe<sup>158</sup> *“la idea es darles todas las herramientas para que no queden subvalorados en relación a la cultura imperante. Es recomendable un trabajo conjunto realizado por un equipo integrado por antropólogos y educadores.”*

Muchos pueblos indígenas han sabido preservar las principales características de su identidad cultural, y las lenguas autóctonas han logrado mantener sus sistemas fonológico, morfológico, sintáctico y semántico con sólo ligeras modificaciones. También han perdurado sus conocimientos de ciencias y matemáticas, si bien en lo que a estas últimas se refiere los procesos mentales de cálculo son diferentes a los de la población hispanohablante. Por lo tanto, existe aún un gran cúmulo de conocimientos autóctonos, que esperan ser recogidos y preservados, los cuales engrandecen nuestro patrimonio cultural como país.

La educación formal debe ser rediseñada a fin de respetar la diversidad cultural así como otorgar herramientas para que estos valiosos logros de la creación humana no sean olvidados.

Por otra parte, la difusión de este saber tradicional, conservado por vía oral, ha estado limitada por la falta de escritura. Entonces, la alfabetización y la lecto-escritura son hoy imprescindibles para el mundo indígena, tanto como medio de comunicación así como recurso de defensa y difusión cultural.

La estandarización de las lenguas indígenas es una tarea necesaria para canalizar la recuperación, transmisión y producción de conocimientos propios y ajenos de su cultura, pero además para su utilización no sólo en la educación, sino en los medios de comunicación social y en funciones de tipo jurídico y administrativo.

---

<sup>157</sup> GREBE, Ester, *“Antropología Cultural y Educación en la Cultura Mapuche”*

<http://www.bibliotecas.uchile.cl/docushare/dscgi/admin.py/getrepr/file-1184/html>

<sup>158</sup> GREBE, Ester, *Ibíd.*

De este modo, vemos que la educación formal de los pueblos indígenas participa también del proceso de promoción y desarrollo de sus culturas, pudiendo revertir la acelerada asimilación a los códigos de la cultura dominante.

#### **5.4.1.2 Definición del Sistema Intercultural Bilingüe.**

En los años ochenta surgió la educación bilingüe intercultural<sup>159</sup>. Esta propuesta alternativa concibe lo bilingüe y lo intercultural en una doble y complementaria dimensión de un mismo proceso educativo. Básicamente, existen dos concepciones de la interculturalidad en el proceso educativo bilingüe. La primera se define como el manejo de dos o más códigos que posibilitan a los educandos desenvolverse sin problemas en las respectivas culturas, es decir, una educación orientada principalmente a mantener abiertos los canales de transmisión, adquisición y reproducción de la cultura indígena y, paralelamente, a favorecer la adquisición de otros códigos de comunicación, conocimiento y comportamiento. En la segunda, la educación sería el proceso que facilita la articulación armónica e integral de lo nuevo a partir de una matriz cultural propia.

Esta modalidad es bilingüe, ya que los niños desarrollan el conocimiento de su propia lengua y se instruyen a través de ella al mismo tiempo que aprenden una segunda lengua, generalmente la oficial del país respectivo. Es, por otro lado, intercultural, ya que parte de la cultura propia de los educandos para su revalorización y promoción, para así conseguir la plena identificación con ella, al mismo tiempo que les facilita la apropiación de técnicas y prácticas pertenecientes a otros pueblos. Al garantizarse por esta vía la continuidad histórica de las culturas aborígenes y su visión de mundo, la escuela podrá más fácilmente articularse con la comunidad, convirtiéndose en una institución útil y deseable, capaz de motivar a los niños indígenas.

De acuerdo a lo señalado por García Castaño<sup>160</sup> *“la educación multicultural debería producir sujetos competentes en dos culturas diferentes. La cultura nativa debe mantenerse y preservarse y la cultura dominante debe a su vez adquirirse como una alternativa o segunda cultura”*. La educación bicultural debe conducir,

---

<sup>159</sup> BARNACH- CALBÓ, Ernesto. *“La nueva educación indígena en Iberoamérica”*. Revista Iberoamericana de Educación N°13. Educación Bilingüe Intercultural. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. <http://www.campus-oei.org/oeivirt/rie13.htm>

<sup>160</sup> GARCÍA CASTAÑO, J, et. al. *“La educación multicultural y el concepto de cultura”* Revista Iberoamericana de Educación N°13. Educación Bilingüe Intercultural. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. <http://www.campus-oei.org/oeivirt/rie13.htm>

en último término, a la completa participación de los jóvenes del grupo minoritario en las oportunidades socioeconómicas que ofrece el Estado, y todo ello sin que los miembros de un grupo minoritario tengan que perder su identidad cultural o su lengua, dotándoles de un sentido de su identidad y preparándoles a la vez para que participen de lleno en la sociedad dominante.

#### **5.4.1.3 Objetivos del Sistema Intercultural Bilingüe.**

De acuerdo a lo señalado por García Castaño<sup>161</sup> la educación intercultural debe cumplir con los siguientes objetivos:

I.- La educación multicultural no es un programa para grupos minoritarios, sino para todos los grupos, por lo que la valoración de las diversas culturas que integran una sociedad mayor debe ser promovida también dentro de los grupos dominantes.

A este respecto, debemos recordar el artículo 28° de la Ley Indígena N°19.253, que señala diferentes mecanismos de reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas. Específicamente, las letras b) y d) del mencionado artículo se refieren a estrategias educativas dirigidas a la población global y que buscan difundir y enseñar a valorar positivamente el patrimonio cultural indígena de nuestro país:

*Artículo 28: El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:*

*b)El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente.*

*d)La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior;*

II. La educación multicultural debe preparar a los estudiantes con los recursos cognitivos necesarios para:

- a) conocer la diversidad y las diferencias culturales existentes en sus entornos;
- b) percibir y analizar las desigualdades sociales en las que a veces se traducen las diversidades anteriores.
- c) criticar dicha traducción y construir propuestas de transformación; y,

---

<sup>161</sup> GARCÍA CASTAÑO, J. Et al. Op. Cit. pp.

d) tomar posición crítica y activa en la acción social.

III. Debe existir un protagonismo cada vez mayor de los indígenas en el diseño de sus propios currículos y en el seguimiento, control y evaluación de los resultados.

#### **5.4.1.4 Implementación del Sistema Intercultural Bilingüe.**

La implementación de la educación bilingüe intercultural debe desarrollarse en diferentes flancos, los cuales comprenden – mejora de las condiciones legales; nuevo diseño de las estructuras pedagógicas; desarrollo de nuevas investigaciones sobre contenidos culturales indígenas y difusión de las existentes; escritura y normalización lingüística, desarrollo de materiales didácticos y formación de profesores.

De acuerdo a lo señalado Barnach- Calbó<sup>162</sup>, *“los procesos de estandarización de las lenguas autóctonas abarcan: la elaboración y reglamentación de alfabetos, el desarrollo de diferentes estilos de expresión escrita, la aplicación de reglas de ortografía y puntuación, y el rescate y creación de léxico según la tradición y las necesidades y usos actuales. Su utilización como lengua escrita, al proceder de culturas orales, constituye un cambio especialmente significativo que, si bien posibilita la apropiación de nuevas formas culturales, exige un tratamiento cuidadoso, ya que puede romper con importantes aspectos tradicionales propios, habida cuenta la estrecha relación entre lengua y cultura. Su uso y desarrollo deben basarse, además, en investigaciones psico-lingüísticas y socio-lingüísticas, tanto básicas como aplicadas.”*

#### **5.4.2 Derecho de Propiedad Intelectual y Patrimonio Cultural Indígena.**

A continuación nos referiremos a una materia no abordada por la Ley N°19.253 pero que reviste una gran importancia para la protección del patrimonio cultural indígena, nos referimos al desarrollo de un mecanismo que proteja el derecho de propiedad intelectual de los conocimientos aportados por las culturas indígenas. Este tema está recibiendo un creciente interés en ámbitos internacionales, de modo que examinaremos los rumbos tomados por esta discusión con el objeto de sentar las bases para su eventual aplicación en la legislación chilena.

Habitualmente, el discurso oficial ha considerado a los pueblos indígenas

---

<sup>162</sup> BARNACH- CALBÓ, Ernesto

como un “obstáculo” al desarrollo, se los percibe como un sector preindustrial tradicional y retrasado, cuyos intereses, especialmente en lo tocante a los derechos sobre las tierras, entran en conflicto con los intereses del sector industrial moderno.

No obstante, los pueblos indígenas han jugado un rol fundamental en la conservación de la diversidad biológica de la Tierra. Además, gran parte de la población mundial depende de los conocimientos indígenas para satisfacer sus necesidades médicas y de alimentación. En efecto, los conocimientos indígenas sobre plantas, animales, insectos, microbios y sistemas de cultivo han asegurado la sobrevivencia de una enorme porción de la población mundial.

Las comunidades indígenas han hecho y siguen haciendo importantes contribuciones a la agricultura industrial, la industria farmacéutica y la biotecnología. Es probable que el rápido adelanto científico en materia de ingeniería genética aumente la demanda de plantas, animales y hongos desarrollados, cultivados o conocidos por las comunidades indígenas.

De acuerdo a lo señalado por Timpson y Gómez<sup>163</sup> *“los conocimientos indígenas no han sido el resultado de una acumulación pasiva. Por el contrario, son producto de un “sistema de innovación cooperativo” que sigue en funcionamiento y continúa ofreciendo a la humanidad la esperanza de la supervivencia planetaria. Destruir o dejar de lado ese sistema sería un peligroso error que privaría al mundo de una de sus principales fuentes de innovación y diversidad.”*

El “sistema de innovación cooperativo”, a que se hace referencia, es el mecanismo por el cual los pueblos indígenas van gestando conocimientos mediante la participación de numerosos actores y a través de un largo espacio de tiempo, por lo que no son posibles de atribuir a un solo investigador o autor, se trata de logros o innovaciones progresivas, colectivas y anónimas.

La revalorización de los conocimientos autóctonos persigue asegurar que en el futuro, las comunidades indígenas se beneficien de toda comercialización de los productos de sus conocimientos, y que eviten quedar atrapadas en un sistema de explotación. De acuerdo a lo señalado, es esencial que se implementen adelantos en importantes temas relativos a la protección de la propiedad intelectual.

Timpson y Gómez<sup>164</sup> señalan que la colección de diversidad biológica genética agrícola de los pueblos indígenas contribuye en gran medida a la economía mundial, en particular a las economías de los países industrializados.

---

<sup>163</sup> TIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. “Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de dos sistemas de innovación”. Estudio realizado por Rural Advancement Foundation International por encargo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 1994. Pp.ii

<sup>164</sup> TIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. Op. Cit. pp.vi



Lamentablemente, los agricultores raramente son compensados con arreglo al valor comercial de las variedades de sus semillas, peor aún, las compañías privadas patentan materiales derivados en todo o en parte de las variedades genéticas creadas por los agricultores indígenas. Finalmente, resulta que muchas veces los agricultores indígenas terminan obligados a pagar por los productos finales de su propio ingenio.

Los autores mencionados<sup>165</sup> proponen el concepto de “*integridad intelectual*” para referirse al conjunto acumulado de conocimientos que poseen los pueblos indígenas acerca de sus productos y procesos biológicos. La “*integridad intelectual*” cumpliría respecto del sistema de innovación cooperativo las funciones de los derechos de propiedad intelectual en el sistema de innovación institucionalizado.

Las comunidades indígenas tienen en común el sentido de responsabilidad comunitaria por sus tierras y sus recursos vivos; esos recursos deben ser usados en beneficio de todos los miembros de la comunidad y deben ser protegidos por éstos.

En los últimos años, se han presentado crecientes cantidades de solicitudes de patentes relativas a materiales biológicos utilizados tradicionalmente por comunidades indígenas y, en general, la cuestión de la propiedad intelectual está cobrando mayores proporciones por diversas razones, entre ellas, su rol en el desarrollo del intercambio comercial. Por todas estas razones, es necesario que las comunidades indígenas estén preparadas para abordar las cuestiones relativas a la protección de la propiedad intelectual. De acuerdo a lo señalado por Timpson y Gómez<sup>166</sup> las comunidades indígenas “*deberían formular estrategias que respondieran a sus necesidades y protegieran sus intereses, entre las que podrían figurar la adopción y adaptación de sistemas existentes de propiedad intelectual, el desarrollo de nuevas formas de protección de la propiedad intelectual o la celebración de acuerdos contractuales bilaterales. Empero, cada uno de esos enfoques tiene sus inconvenientes. Lo que se necesita es un nuevo marco en que se combinen diversas iniciativas y enfoques*”.

#### **5.4.2.1 Protección de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas.**

De acuerdo a lo señalado por Timpson y Gómez<sup>167</sup>, es probable que en los próximos años aumente sustancialmente la importancia de la propiedad intelectual

---

<sup>165</sup> TIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. Op. Cit. pp.vii

<sup>166</sup> TIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. Op. Cit. pp.ix

<sup>167</sup> TIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. Op. Cit. pp.32

y las comunidades indígenas enfrentan varias posibles estrategias para abordar este tema. Entre las principales estrategias de que disponen las comunidades indígenas cabe mencionar la adopción de sistemas existentes de propiedad intelectual y el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección de la propiedad intelectual. Se analizarán a continuación cada una de las estrategias reseñadas.

#### **5.4.2.2 Sistema Actual de Protección de la Propiedad Intelectual.**

La mayoría de los países tienen su propia legislación sobre protección de la propiedad intelectual, sin embargo, en la mayoría de los casos, esta legislación se basa en convenios internacionales administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y se rige por dichos convenios.

Para las organizaciones de los pueblos indígenas, el sistema existente ofrece varias oportunidades, en particular, los convenios sobre derechos de autor, marcas de fábrica y patentes.

##### **a.- Derechos de Autor.**

El propósito de la legislación internacional de derechos de autor es proteger trabajos artísticos para que no sean copiados sin la expresa autorización del autor. Sólo la “forma” de la obra de arte está protegida; las “ideas” que figuran en dicha obra están libremente a disposición de todos. La legislación de derechos de autor parte del supuesto de que hay *un* autor y, normalmente, la protección dura hasta 50 años después del lapso vital del autor.

Para los pueblos indígenas, el sistema de derechos de autor es muy insatisfactorio. Ya sea que los materiales protegidos sean seres vivos o materiales inanimados, el “autor” en raros casos es una persona y por lo general es una comunidad. El período de protección debería continuar tanto como sobreviviera la comunidad, es decir, entraña un tipo de protección “a perpetuidad” que no se ajusta al sistema de derechos de autor. Además, en el caso de invenciones biológicas o vivientes, las comunidades indígenas querrían proteger también la “idea”.

Sin embargo, existen precedentes de variaciones sustanciales en la protección de los derechos de autor, especialmente en materia de protección de programas de computación, que debieran ser tomadas en cuenta al tiempo de diseñar una estrategia de protección de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas.

## **b. Marcas de fábrica.**

En general, la legislación sobre las marcas de fábrica tiene una interpretación más restrictiva que la legislación sobre derechos de autor. Es posible conservar una marca de fábrica a perpetuidad, a condición de que se la use y de que se abonen los correspondientes derechos. No obstante, las marcas de fábrica tampoco satisfacen las necesidades de los pueblos indígenas de proteger obras que ya han sido extensamente copiadas; y tampoco las de proteger conocimientos indígenas relativos a productos o procesos biológicos, que posiblemente constituyen la esfera principal en que las comunidades podrían obtener beneficios financieros.

Sin embargo, de acuerdo a lo señalado por Timpson y Gómez<sup>168</sup> *“una marca de fábrica que afirmara la autenticidad de la labor de los pueblos indígenas sería útil si se generaran suficientes recursos para posibilitar que las comunidades hicieran ampliamente conocida la marca de fábrica entre los consumidores. Los trabajos relativos a materiales inanimados podrían ser protegidos o bien por conducto de un organismo mundial de marcas de fábrica o bien mediante marcas de fábrica registradas a escala nacional o regional”*.

## **c. Patentes.**

Dentro del marco de los mecanismos estándar de protección de la propiedad intelectual, el sistema de patentes industriales es el único que podría proporcionar una protección razonable para conocimientos indígenas relativos a materiales vivientes. Sin embargo, este sistema no es del todo adaptable a las necesidades de las comunidades indígenas, ya que fue diseñado en la era de la Revolución Industrial a fin de proteger maquinarias de fábrica..

Un problema adicional es que el costo de la protección mediante patentes es alto. El sistema de protección existente favorece a las empresas más grandes, que tienen departamentos jurídicos más poderosos.

No obstante, existen iniciativas alternativas con respecto a patentes. Según Timpson y Gómez<sup>169</sup> las comunidades indígenas, los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales interesados podrían operar dentro del actual sistema de derechos de propiedad intelectual de diversas maneras:

---

<sup>168</sup> TIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. Op. Cit. pp.33

<sup>169</sup> TIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. Op. Cit. pp.34

- Nuevas Normas de Depósito: De acuerdo a los autores citados sería posible modificar las reglamentaciones nacionales y, según correspondiera, los convenios internacionales, a fin de asegurar que todas las invenciones depositadas para constancia legal en bancos genómicos o de células fueran acompañados de datos de identificación con toda la información disponible acerca del origen del material, incluidos los nombres de las personas y las comunidades que han aportado el material o la información relativa al material depositado.
- Material ingresado en los Bancos Genómicos: Los materiales ingresados en los bancos genómicos y de células, cuyos datos de identificación indiquen que han sido recogidos en comunidades indígenas, deberían ser considerados parte de la integridad intelectual de los pueblos indígenas. Ninguna parte de ese material debería ser objeto de reivindicaciones de patentes por parte de terceros y debería quedar excluida toda posibilidad de solicitar patentes al respecto..
- Comisionado (ombudsperson) de Derechos de Propiedad Intelectual: Al reconocer que el sistema de propiedad existente podría contribuir a que las innovaciones de las comunidades indígenas fueran objeto de piratería, cada oficina nacional de patentes y la secretaría de cada convenio sobre derechos de propiedad intelectual y las convenciones sobre patentes, deberían crear un puesto de comisionado (*ombudsperson*) encargado de investigar denuncias efectuadas por comunidades indígenas o por gobiernos y organizaciones que actuaran en consulta con las comunidades indígenas. El comisionado debería tener facultades para aplazar la aprobación de patentes y solicitar la revisión de determinadas solicitudes.
- Tribunal: Cuando las comunidades indígenas cuestionaran una solicitud de patente por conducto del comisionado o por cualquier otro medio disponible, debería someterse el caso a un tribunal, o tribunal de patentes, para que resolviera la controversia.
- Gastos relativos a los Derechos de Propiedad Intelectual: Los costos de depósito y publicación, así como los gastos relativos a la oficina del comisionado, los tribunales y la representación jurídica de las comunidades indígenas deberían ser sufragados por conducto de la estructura arancelaria de

derechos de propiedad intelectual que correspondiere a cada jurisdicción.

- Otras Iniciativas: Existen poderosas razones para afirmar que la apropiación gratuita de variedades de los cultivadores autóctonos y de plantas medicinales constituye un verdadero robo y que los responsables deberían ser objeto de acciones jurídicas con arreglo al derecho penal, a expensas de los organismos nacionales encargados de la aplicación de las leyes en los países que ocurriera el robo (el país donde se otorgara la patente).

Al reproducir la actual discusión internacional sobre el tema de la protección de la propiedad intelectual de los conocimientos indígenas estamos conscientes de que se trata de un problema complejo cuyo análisis a cabalidad excede los alcances del presente trabajo. Sin embargo, nos parece muy necesario introducir el tema de modo de contribuir al debate en nuestro país. En mi opinión, los pueblos indígenas de Chile deben hacerse parte de esta discusión sobre la defensa de sus conocimientos autóctonos. Es esencial que los organismos estatales competentes y las organizaciones no gubernamentales interesadas en la problemática indígena informen a las comunidades sobre temas relativos a la propiedad intelectual, la integridad intelectual y el valor de sus conocimientos. Asimismo, es necesario la generación de campañas de educación pública tendiente a la revalorización de los conocimientos, de toda índole, aportados por los pueblos originarios.

## **Capítulo 6 : Relación entre la Ley N°19.253; la Ley N°17.288 y la Ley N°19.300, y sus respectivos reglamentos.**

A continuación nos referiremos a la forma en que se vinculan entre sí la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288, la Ley de Bases Generales del Medio

Ambiente N°19.300 y la Ley Indígena N°19.253, pilares del sistema de protección jurídica del patrimonio cultural en la legislación chilena. Algunas de estas relaciones ya han sido abordadas en extenso al estudiar cada una de las leyes mencionadas en particular. Por ejemplo, la Ley de Monumentos Nacionales y la Ley de Bases del Medio Ambiente se vinculan básicamente a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, cuando el medio ambiente afectado incluye componentes socio culturales protegidos por la Ley N°17.288. Dado que se examinó en detalle la evaluación de impacto ambiental del patrimonio cultural en el Capítulo IV de esta obra, en esta oportunidad nos dedicaremos a precisar brevemente la participación del Consejo de Monumentos Nacionales en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el contenido de los Compromisos Ambientales Voluntarios, cuando se evalúe el impacto de determinados proyectos o actividades sobre el patrimonio cultural protegido por la Ley N°17.288.

En cuanto a las relaciones entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 y la Ley Indígena N°19.253, éstas se traducen en cierta similitud de funciones entre la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Consejo de Monumentos Nacionales, relativas a la protección del patrimonio arqueológico indígena y a las autorizaciones necesarias cuando exista impacto ambiental sobre cementerios históricos indígenas. Ahondaremos en esta competencia compartida de ambas instituciones intentando discriminar los criterios que permitan discernir cuándo es pertinente la participación de cada una de ellas.

En tanto, la Ley de Bases del Medio Ambiente N°19.300 y la Ley Indígena N°19.253 también se vinculan a través del sistema de evaluación de impacto ambiental, cuando el impacto de ciertos proyectos o actividades afecta a poblaciones indígenas protegidas por la Ley N°19.253. Examinaremos, brevemente, la participación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ejemplificándolo con la evaluación de impacto ambiental del Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco.

Finalmente, nos referiremos a la vinculación entre las leyes N°17.288, N°19.300 y N°19.253, al analizar un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta recaído sobre un recurso de protección interpuesto por representantes de comunidades atacameñas en contra del Director Regional de Vialidad de la II Región, del Seremi del Ministerio de Obras Públicas de Antofagasta y de la empresa Navarrete y Díaz Cumsille, por la destrucción de sitios arqueológicos al realizar la obra By Pass San Pedro de Atacama.

## **6.1 Relación entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 y la Ley de**

## **Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300.**

Como se dijo, la principal vinculación entre estos cuerpos legales se produce a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En efecto, cuando determinados proyectos o actividades enumerados en el artículo 10° de la Ley N°19.300 generan alguno de los efectos señalados en el artículo 11° letra f) de la misma ley, esto es, cuando exista “*alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural*”, el órgano administrativo con competencia ambiental para pronunciarse sobre tales impactos es el Consejo de Monumentos Nacionales.

Una vez presentado el proyecto o actividad por parte del titular ante la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según corresponda, éste proyecto es enviado al Consejo de Monumentos Nacionales. Este organismo evalúa el proyecto y formula observaciones o solicita rectificaciones cuando sea necesario.

En caso de existir solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones por parte del Consejo de Monumentos Nacionales, el titular del proyecto debe realizarlas dentro del plazo legal. Una vez presentadas las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, en el documento denominado Addendum, la COREMA o CONAMA, según corresponda, las envía nuevamente al Consejo de Monumentos Nacionales, quien tiene un plazo de 20 días, para hacer llegar el informe definitivo a la COREMA o CONAMA.

Este informe definitivo emanado del Consejo de Monumentos Nacionales debe indicar si el proyecto o actividad cumple con la normativa señalada por la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales, si cuenta con los permisos ambientales sectoriales relativos a monumentos arqueológicos, monumentos públicos, monumentos históricos, santuarios de la naturaleza o zonas típicas, según sea el caso. Asimismo, debe opinar fundadamente si las medidas de mitigación, compensación o reparación propuestas se hacen cargo de los efectos, características o circunstancias señaladas en el artículo 11° letra f) de la Ley N°19.300.

Con los informes definitivos de los distintos organismos con competencia ambiental que participan en la evaluación del proyecto, la COREMA o CONAMA, según corresponda, elabora el Informe Técnico del Estudio de Impacto Ambiental, ya descrito en el Capítulo IV. Este informe se remite nuevamente al Consejo de Monumentos Nacionales para que, en el plazo de 5 días emita su visación final o su negativa fundada. Una vez que la COREMA o CONAMA, según corresponda,

recibe estas visaciones o negativas por parte de los órganos con competencia ambiental que participan de la evaluación del proyecto, las anexará al Informe Técnico, que pasa a denominarse Informe Técnico Final del Estudio de Impacto Ambiental.

Luego de elaborado el Informe antedicho, la COREMA o la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, según corresponda, debe dictar la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto o Actividad.

La ley señala que la decisión de la COREMA debe considerar “*entre otros antecedentes, el Informe Técnico Final y deberá constar en una resolución fundada*” (artículo 35° inciso 3° del Reglamento del Sistema Evaluación de Impacto Ambiental). En tanto, la disposición legal relativa a la decisión de la Dirección Ejecutiva de la CONAMA señala que la resolución fundada que califique favorablemente el proyecto o actividad tendrá en consideración “*entre otros antecedentes, la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental y el Informe Técnico Final*” (artículo 36° inciso 1° del Reglamento del Sistema Evaluación de Impacto Ambiental).

Vemos que la opinión especializada de los organismos con competencia ambiental *no es vinculante*, para la COREMA o CONAMA, es decir, estos organismos, no necesariamente seguirán el criterio señalado por los órganos especializados, ya que atienden también a “*otros antecedentes*”. Estos antecedentes externos no se definen, por lo que quedan al criterio de los miembros de la COREMA, de composición muy heterogénea y cuyos miembros representan intereses diversos, y algunas veces contrapuestos, con la protección ambiental. En tanto, cuando debe resolver la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, nos enfrentamos al problema de su estrecha dependencia del Ejecutivo, por lo que sus decisiones difícilmente serán contrarias a los intereses del gobierno de turno. Esta es una gran debilidad en nuestro régimen jurídico de protección del patrimonio cultural, y del medio ambiente, en general. ¿De que sirve la opinión especializada en materias patrimoniales y ambientales si, finalmente, existe la posibilidad de que primen criterios económicos o políticos?.

### **6.1.1 Compromiso Ambiental Voluntario y su incidencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sobre el componente Patrimonio Cultural Arqueológico.**

Vamos a desarrollar a continuación un aspecto que vincula las leyes



N°17.288 y N°19.300, referido a un mecanismo establecido por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Los Compromisos Ambientales Voluntarios se mencionan en el artículo 18° inciso segundo de la Ley N°19.300, referido a las Declaratorias de Impacto Ambiental. El citado artículo señala al respecto que *“la Declaración de Impacto Ambiental podrá contemplar **compromisos ambientales voluntarios**, no exigidos por la ley. En tal caso, el titular estará obligado a cumplirlos”*. En tanto, el artículo 15° letra d) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se refiere al contenido de las Declaraciones de Impacto Ambiental, señalando que éstas deben mencionar, entre otros aspectos, *“la descripción del contenido de aquellos compromisos ambientales voluntarios, no exigidos por la legislación vigente, que el titular del proyecto o actividad contemple realizar.”*

Los Compromisos Ambientales Voluntarios no fueron definidos por la Ley ni el Reglamento. Sin embargo, se han aplicado en materia de evaluación ambiental del impacto sobre el componente patrimonio cultural, por lo que abordaremos su análisis en los párrafos venideros.

En ciertos casos especiales el titular de un proyecto o actividad, sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, propone la celebración de un Compromiso Ambiental Voluntario, relativo al componente patrimonio cultural arqueológico existente en el área de influencia directa o indirecta de su proyecto, a la COREMA. Este organismo administrativo consulta a su vez al Consejo de Monumentos Nacionales quien analiza la naturaleza del sitio arqueológico de que se trata y pondera los antecedentes según su propio criterio técnico, apoyando o denegando la suscripción de un acuerdo de esta naturaleza.

Sin embargo, la opinión del Consejo de Monumentos Nacionales no es vinculante, dado que la decisión, en último término, corresponde a la COREMA.<sup>170</sup>

No se trata de un procedimiento legalmente establecido sino de un análisis caso a caso.

En cuanto a los contenidos de estos Compromisos Ambientales Voluntarios sobre el componente patrimonio cultural arqueológico éstos consideran, por ejemplo, el estudio de un sitio arqueológico situado en el área de influencia indirecta, superando de este modo lo exigido por la legislación. En otros casos, éstos Compromisos han posibilitado que determinados proyectos o actividades en cuya área de influencia directa se encuentra un monumento arqueológico, y siendo este carácter el **único afectado**, de los enumerados por el artículo 11° de la Ley

---

<sup>170</sup> NOËL, María Elena. Arqueóloga, Consejo de Monumentos Nacionales. Comunicación Personal, Diciembre de 2000.

19.300, puedan presentar una Declaratoria de Impacto Ambiental. Como se dijo, cumplidos estos supuestos, el Consejo de Monumentos Nacionales, como organismo de competencia específica en esta materia, y dentro del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puede recomendar que dicho proyecto o actividad presente una Declaratoria de Impacto Ambiental y no un Estudio de Impacto Ambiental, previa celebración de un Compromiso Ambiental Voluntario entre este organismo, la COREMA y el titular del proyecto, donde se caracteriza el Monumento Nacional afectado y se precisan las medidas de mitigación, compensación o reparación, según sea el caso, mediante las cuales se abordará el impacto producido por las obras en el Monumento Nacional de que se trate.

Esta clase de Compromiso Ambiental Voluntario persigue evitar que el proyecto o actividad deba realizar una larga tramitación de elevado costo, al verse sometida a la exigencia de realizar un Estudio de Impacto Ambiental, y a su vez, proteger debidamente el patrimonio cultural afectado.

Debemos reiterar que la procedencia de estos Compromisos Ambientales se determinará caso a caso, atendiendo a la naturaleza del proyecto o actividad, y a las características del Monumento Nacional afectado, y la aprobación reside, en último término, en la COREMA.

## **6.2 Relación entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 y la Ley Indígena N°19.253.**

Básicamente, esta relación se produce debido a que tanto la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena como el Consejo de Monumentos Nacionales abordan la protección del patrimonio cultural indígena. Es importante por ello determinar donde comienza y termina la competencia de cada una de estas instituciones.

Como se dijo anteriormente, el artículo 28° letra f) de la Ley N°19.253 evidencia un cierto traslape de funciones entre la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Consejo de Monumentos Nacionales.

La citada disposición señala que la CONADI, en coordinación con el Ministerio de Educación, debe encargarse de :

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

*indígena.*

Posteriormente, al referirse la Ley N°19.253 a las funciones de la CONADI señala en su artículo 39° letra i) que esta institución debe

*i)Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto;*

Con el objeto de cumplir con esta función encomendada por la Ley Indígena, la CONADI ha desarrollado una serie de líneas programáticas que inciden sobre la protección del patrimonio arqueológico indígena, con recursos presupuestarios que provienen del Fondo de Desarrollo. Por ejemplo, organizó Jornadas de reflexión relativas al patrimonio arqueológico indígena de Chile, en las cuales se han establecido propuestas sobre su gestión. También elaboró un Catastro del patrimonio arqueológico indígena en las provincias de Arica y Parinacota y participó en la generación de propuestas de inversión para la puesta en valor del sitio arqueológico de Tulor.

En este sentido, la CONADI ha desarrollado una labor que complementa la gestión del Consejo de Monumentos Nacionales, en torno a la protección de patrimonio cultural arqueológico e histórico indígena.

Por otra parte, el artículo 29° de la Ley 19.253 señala que

*“Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para:*

*a)La venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.*

*b)La salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el objeto de ser exhibidos en el extranjero.*

*c)La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos, la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.*

*d)La sustitución de topónimos indígenas.*

Este artículo otorga facultades a la CONADI que abiertamente se traslapan con las propias del Consejo de Monumentos Nacionales. Con el objeto de evitar conflictos en el ejercicio de esta competencia compartida relativa al resguardo del patrimonio histórico y arqueológico indígena, el mismo artículo señala que el procedimiento en lo relativo a la excavación de cementerios históricos indígenas se ceñirá a lo establecido por la Ley N° 17.288 y su reglamento. No obstante, agrega que se requerirá el consentimiento previo de la comunidad involucrada.

En tanto, el Título III del Reglamento de la Ley N°19.253 que regula la acreditación de la calidad de indígena; la constitución de comunidades indígenas y la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas, Decreto Supremo N°392 del Ministerio de Planificación y Cooperación, del 12 de abril de 1994, complementa lo señalado por el artículo 29° de la Ley 19.253. El Título III del Reglamento mencionado se denomina “*De los procedimientos para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas*” y señala en relación a los permisos referidos en las letras a) y b) del artículo 29° de la Ley 19.253 lo siguiente:

*Artículo 13°:*

*El Director Nacional informará sobre los antecedentes que tendrán que entregar las personas naturales o jurídicas que concurran a la Corporación para solicitar los permisos a que se refieren las letras a) y b) del artículo 29° conforme a las instrucciones que imparta el Consejo de Monumentos Nacionales. Dicho informe será elevado a la consideración del referido Consejo, para su decisión definitiva.*

Lamentablemente, estas instrucciones del Consejo de Monumentos Nacionales relativas a los permisos referidos por el artículo 29° de la Ley Indígena no se han elaborado hasta la fecha y, en general, la intercomunicación entre el Consejo de Monumentos Nacionales y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es en la actualidad casi inexistente.

En la práctica, la venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico e histórico de los indígenas de Chile y la salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el objeto de ser exhibidos en el extranjero, es fiscalizado por el Consejo de Monumentos Nacionales. El informe previo de la CONADI a que hace referencia el artículo 29° de la Ley N°19.253, en la práctica, no se efectúa.

Un problema diferente plantea el artículo 29° de la Ley N°19.253 letra c), relativo a la excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos, dada la gran complejidad del tema y su estrecha relación con el tema de los derechos humanos, hemos decidido desarrollarlo latamente en los párrafos siguientes, recurriendo también al estudio de cierta legislación extranjera sobre el particular.

### **6.2.1 Tratamiento jurídico de los restos humanos indígenas en la legislación chilena.**

El artículo 29° letra c) de la Ley N°19.253, establece que la excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos requerirá informe previo de la CONADI y consentimiento de la comunidad involucrada, ciñéndose, posteriormente, por el procedimiento establecido en la Ley N°17.288 y su Reglamento.

En tanto, el artículo 14° del Reglamento de la Ley N°19.253 sobre protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas complementa el artículo 29° letra c) de la Ley 19.253 señalando que

*Artículo 14°:*

*El consentimiento para la excavación de cementerios indígenas que debe proporcionar previamente la comunidad involucrada, a que se refiere la letra c) del artículo 29° de la Ley N°19.253, se expresará por medio de un acuerdo formal tomado por la respectiva Comunidad Indígena a que se refiere el artículo 9° y siguientes de dicha ley.*

*Dicho acuerdo será notificado al Director Nacional de la CONADI, quien lo transmitirá al Consejo de Monumentos Nacionales para dar cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley 17.288.*

El artículo 14° del Reglamento en comento señala que una vez obtenida la autorización de la comunidad indígena involucrada para realizar excavaciones científicas en cementerios históricos indígenas, estos antecedentes se notifican al Director Nacional de la CONADI, quien a su vez, da cuenta de ello al Consejo de Monumentos Nacionales para que, en adelante, se proceda de acuerdo a lo señalado en el la Ley N°17.288 y su reglamento sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas.

No obstante, un punto de gran relevancia no fue abordado por la ley, cual es, establecer el criterio que permita discernir cuándo estamos frente a un cementerio histórico indígena que requiera para su excavación del permiso de la comunidad indígena afectada, y cuándo un cementerio está fuera del ámbito de competencia de la Ley Indígena y dentro de la esfera de los Monumentos Nacionales protegidos por la Ley N°17.288.

En efecto, el artículo 15° del Reglamento en análisis agrega que

*Artículo 15°*

*La determinación de que se trata de un cementerio histórico indígena se hará conforme a la legislación vigente.*

Sin embargo, no existe ninguna disposición legal en la Ley N°19.253 ni en alguno de sus reglamentos que defina el concepto de “*cementerio histórico indígena*”. Lo mismo puede decirse de la Ley N°17.288 y su reglamento. Al consultar sobre este punto en el Consejo de Monumentos Nacionales se nos señaló<sup>171</sup> que, ante la ausencia de un concepto legal de “*cementerio histórico indígena*”, y en el contexto de la evaluación de impacto ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco, el Consejo de Monumentos Nacionales se vio en la necesidad de definir un criterio que permitiera distinguir entre cementerios históricos indígenas y cementerios arqueológicos. Para establecer este criterio se recurrió a las definiciones establecidas en el *Anteproyecto de Ley sobre la Protección y Fomento del Patrimonio Monumental de la Nación*, versión Marzo de 1997. En el Título Preliminar, artículo 2° letra k) de dicho anteproyecto se define al “*cementerio o enterratorio arqueológico*” de la siguiente forma:

*Artículo 2°: Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: letra k): Cementerio o Enterratorio Arqueológico: Todos los sitios y estructuras que tengan una función o sentido funerario, los restos*

---

<sup>171</sup> NOËL, María Elena, Consejo de Monumentos Nacionales, Comunicación Personal, Diciembre de 2000.

*humanos y objetos funerarios o sagrados que en ellos se encuentren, del período Prehispánico, Colonial y Republicano **que no tengan un uso actual**, y que estén sobre o bajo la superficie del territorio nacional.*

Entonces, de acuerdo a lo señalado por María Elena Noël, el punto central al momento de discriminar si estamos o no frente a un cementerio arqueológico indígena es su *uso actual*. Será un cementerio arqueológico indígena cuando no exista una vinculación evidente con poblaciones indígenas actuales, quedando entonces fuera de la esfera de competencia de la Ley N°19.253. En general, la competencia del Consejo de Monumentos Nacionales se extiende hasta cementerios republicanos sin uso actual. Si se trata de un cementerio indígena de uso actual donde también existen tumbas indígenas arqueológicas, la competencia será compartida entre la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Consejo de Monumentos Nacionales.

Si un cementerio indígena posee solamente un uso actual las excavaciones en su interior son competencia del Servicio Nacional de Salud y requieren de la autorización de la comunidad indígena involucrada, de acuerdo a lo señalado por el artículo 29° letra c) de la Ley N°19.253.

A este respecto, es de interés recordar que el artículo 144° del Código Sanitario establece que

*Artículo 144:*

*La exhumación, transporte internacional, internación y traslado de una localidad a otra del territorio nacional de cadáveres o restos humanos, sólo podrá efectuarse con la autorización del Director General de Salud. Las exhumaciones que decreta la Justicia Ordinaria se exceptúan de esta obligación.*

En tanto, el Reglamento General de Cementerios N°357, publicado en el Diario Oficial N°27.674 de 18 de junio de 1970, en su artículo 2° letra a) define el concepto de *cementerio*, de la siguiente manera:

*Artículo 2°*

*a)Cementerio: establecimiento destinado a la inhumación o a la incineración de cadáveres o de restos humanos y a la conservación de cenizas provenientes de incineraciones.*

El artículo 15° del citado Reglamento se refiere específicamente a los cementerios indígenas, incluyéndolos de esta forma dentro del ámbito de competencia del Servicio Nacional de Salud, al respecto señala que

*Artículo 15°*

*Habrá dos clases de cementerios. Los generales o públicos y los particulares. Los primeros son los que pertenecen a alguna Institución del Estado, como por ejemplo los de propiedad del Servicio Nacional de Salud y los de propiedad de las Municipalidades. Son cementerios particulares, los de cultos religiosos determinados, como los católicos y otros, los de colonias extranjeras, los de comunidades religiosas, **los indígenas**, los de corporaciones o fundaciones de Beneficencia, etc.*

En nuestra opinión, y a modo de conclusión, lo que se desprende del conjunto de normas citadas respecto al tratamiento legislativo de los restos humanos indígenas es que debe hacerse una serie de distinciones antes de establecer su tratamiento específico. En primer término, los restos humanos indígenas encontrados en un cementerio arqueológico, esto es, un cementerio cuya data no exceda del período republicano y que no cuente con uso actual, caen dentro del ámbito de la Ley N°17.288, considerándose Monumento Arqueológico, de propiedad del Estado, por el sólo ministerio de la ley (Artículo 21° Ley 17.288). En tanto, los restos humanos indígenas presentes en cementerios posteriores al período republicano, que cuenten o no con un uso actual, caen dentro del ámbito de competencia del Servicio Nacional de Salud y su exhumación debe ceñirse a las normas pertinentes del Código Sanitario y el Reglamento General de Cementerios. En cuanto a la excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos, éstos requerirán informe previo de la CONADI y autorización de la comunidad indígena involucrada cuando sean posteriores al período republicano y exista una *vinculación evidente* con la comunidad<sup>172</sup> de que se trate. Esto, sin perjuicio, de la competencia general del Servicio Nacional de Salud.

Ahora bien, debemos agregar que el hecho que la interpretación administrativa aplicada por el Consejo de Monumentos Nacionales, acerca de

---

<sup>172</sup> Debemos recordar que, a este respecto, la ley se refiere a la “*comunidad involucrada*”. Sin definir que debe entenderse por tal, pero con la especificación que debe tratarse de una comunidad indígena constituida de acuerdo al artículo 9° de la Ley N°19.253.



cuándo ha de entenderse que estamos frente a un cementerio arqueológico, se base en un Anteproyecto de ley y no en una ley propiamente tal, le resta solidez a esta sistematización. Por otra parte, queda en evidencia la existencia de una gran cantidad de lagunas legales y de una notoria falta de coordinación entre los cuerpos legales mencionados: Ley N°17.288 y su Reglamento; Ley N°19.253 y su Reglamento y Reglamento General de Cementerios.

Es evidente que no se ha desarrollado ningún esfuerzo legislativo coherente por darle un tratamiento unitario y a la altura de lo que merecen los restos humanos de nuestros antepasados amerindios. Muchas preguntas quedan sin respuesta, por ejemplo, ¿Qué tratamiento legal deben recibir los restos humanos indígenas de tumbas aisladas, que técnicamente no entran dentro de la definición legal de cementerios? ¿Qué profundidad temporal comprende la expresión “*cementerios históricos indígenas*” utilizada por la Ley N°19.253? ¿Qué debe entenderse por “*comunidad involucrada*”?

El tratamiento jurídico que un país otorgue a los restos humanos de sus poblaciones indígenas no es un tema menor. Por el contrario, se trata de leyes de un hondo contenido humano y un tratamiento inadecuado de este tema conduce a graves fisuras en la convivencia y armonía nacional. Es una característica común del ser humano tratar a sus muertos con respeto, a menudo utilizando elaborados rituales acordes con su sistema de creencias. No debemos olvidar que aunque para los especialistas los restos materiales del pasado cuentan únicamente con una importancia estética o histórica, para los indígenas ellos representan el centro de su identidad personal y su sistema religioso. Debe realizarse un esfuerzo por establecer en forma precisa las relaciones entre legislación sobre vestigios antropológicos y arqueológicos y el empleo que hacen de estos sitios u objetos los pueblos indígenas.

La excavación de restos humanos es un tema especialmente sensible para ciertos grupos quienes sienten que las sepulturas de sus ancestros reciben menos protección que la otorgada a la sociedad general. Por ejemplo, los indígenas americanos sienten una genuina indignación frente al trabajo de campo arqueológico, especialmente en lo relativo a la excavación de sepulturas. El hallazgo fortuito de sepulturas indígenas mientras se realiza una obra, genera que estos restos humanos no sean incluidos dentro de la definición legal de “cementerios” quedando su protección determinada por su carácter de vestigios arqueológicos. Cualquier exhumación en tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas puede constituir un problema religioso y una ofensa para estos grupos, por lo que un tratamiento poco sensitivo por parte de las autoridades sólo

aumenta el conflicto.

En derecho comparado se aprecian importantes cambios legislativos en torno a este tema. En Estados Unidos, por ejemplo, la magnitud de este cambio de orientación en el tratamiento legislativo de los restos humanos de los indígenas americanos refleja una profunda toma de conciencia del problema antes planteado.

Debemos tener presente que el énfasis otorgado en nuestros días a temas tales como la no discriminación, los derechos humanos, y el tratamiento legislativo igualitario de las minorías, ha sido recogido en muchos instrumentos internacionales y éstos pueden ser utilizados por los grupos indígenas para defender un tratamiento igualitario de los restos humanos de sus antepasados. Ahora bien, es importante conciliar este aspecto con los legítimos intereses de la investigación científica. La arqueología obtiene valiosa información acerca del pasado mediante el estudio de los restos óseos de los pueblos originarios. La necesidad de conciliar estos dos focos de interés, hace aún más necesario que nuestros legisladores inicien un estudio profundo y lúcido del tema, donde sean oídos los diversos actores y se elimine la vaguedad que caracteriza la actual legislación. Pensamos que esto contribuirá a una mejor convivencia con los pueblos indígenas.

La legislación sobre restos humanos indígenas debe lograr que el respeto al ser humano camine a la par con el avance científico.

Consideramos de interés examinar a continuación, brevemente, la legislación norteamericana sobre protección de sepulturas y objetos culturales indígenas, a fin de obtener otros elementos de juicio que nos permitan enriquecer la discusión y darnos una mejor perspectiva para juzgar el tratamiento legislativo que nuestro país ha dado al tema.

La ley denominada NAGPRA (“*The Native American Graves Protection and Repatriation Act: Specific Management Prescriptions for Native American Burial Remains and Cultural Objects*”) de 1992, protege las sepulturas de los indígenas americanos y ciertos artefactos culturales, situados en tierras federales y tribales, de las excavaciones ilegales<sup>173</sup>. El objetivo de esta ley es asegurar que los restos humanos sean tratados, en todo tiempo, con dignidad y respeto, y protege los derechos de posesión de los indígenas americanos, de los objetos necesarios para preservar o renovar su religión y cultura tradicional. La ley NAGPRA también otorga a los descendientes vivos o a las tribus culturalmente relacionadas ciertos

---

<sup>173</sup> STERN, Walter, “*Petroglyphs and Lithic Scatters: Management Prescriptions for Historical, Cultural, and Archaeological Resources*” MS. Modrall, Sperling, Roehl, Harris & Sisk, P.A. Albuquerque, Nuevo México. Paper 3, Copyright, 1996, p. 3-29

derechos de propiedad y control sobre las sepulturas e ítems culturales descubiertos en tierras indígenas o federales. El ámbito de aplicación de esta ley comprende los descubrimientos fortuitos y las excavaciones intencionales, así como la remoción, ya sea, de restos humanos de los indígenas americanos o de ítems culturales, situados en tierras indígenas y federales.

NAGPRA define cuatro clases de ítems culturales de los indígenas americanos bajo su protección: “*restos humanos*”, “*objetos funerarios*”, “*objetos sagrados*” y “*objetos del patrimonio cultural*”. De especial interés nos parece la definición del término “*restos humanos*”, como “*los restos físicos de un cuerpo humano de una persona de ancestros amerindios*”. Cualquier resto humano de un indígena americano encontrado, ya sea en un cementerio, o como huesos aislados no asociados a un sitio funerario, está bajo la protección de NAGPRA.

Destacaremos también el sistema de propiedad y control de los indígenas americanos sobre ciertos ítems culturales. Como se dijo, NAGPRA establece que los ítems culturales de los indígenas americanos descubiertos en tierras indígenas o tribales deben ser poseídos y controlados por los indígenas o tribus indígenas que tengan la “*más estrecha relación*” con estos ítems culturales<sup>174</sup>. La propiedad y el derecho a ser notificados del hallazgo de restos humanos y objetos funerarios asociados es otorgado a los descendientes en línea recta del indígena americano muerto cuyos restos u ofrenda funeraria fuesen encontrados. En caso de que los descendientes lineales no sean encontrados, y en relación a los objetos funerarios, objetos sagrados y objetos del patrimonio cultural, NAGPRA especifica que su propiedad y control corresponderá a los siguientes titulares:

- a) A la tribu indígena sobre cuyo territorio tales objetos o restos fueron encontrados.
- b) A la tribu indígena que posea la *filiación cultural más estrecha* con los restos u objetos,
- c) Si la filiación cultural de los objetos no puede ser razonablemente establecida y siempre que los objetos fueran descubiertos en tierras federales y fueran reconocidos por un fallo final de la *Indian Claims Commission* o de la *United States Court of Claims* como tierras indígenas de alguna tribu, estos pertenecerán a:
  - la tribu indígena que reconocidamente ocupó originalmente el área en que los restos u objetos fueron descubiertos, o
  - si puede ser determinado que una tribu diversa tuvo una relación cultural

---

<sup>174</sup> A este respecto es importante tener en mente el concepto de “*comunidad involucrada*” utilizada por la Ley Indígena N°19.253, que no cuenta con definición legal.

más fuerte con los restos u objetos..., esta tribu indígena debe demostrar esta relación más fuerte, y al ser informada del hallazgo, debe presentar una demanda por dichos restos u objetos.

Con respecto a los ítems culturales encontrados en tierras federales, la “*filiación cultural*”, probablemente, es el criterio más aceptado para determinar el derecho de propiedad de una tribu. De acuerdo a lo señalado por Stern<sup>175</sup>, la historia legislativa de NAGPRA sugiere que la evidencia de filiación cultural puede incluir “*evidencia geográfica, de parentesco, biológica, arqueológica, antropológica, lingüística, de la tradición oral o evidencia histórica, o cualquier otra información relevante u opinión experta*”. En general, NAGPRA exige que exista continuidad entre las tribus indígenas actuales y los restos humanos o materiales culturales de tribus históricas o prehistóricas.

Nos hemos extendido en describir los conceptos usados por esta legislación estadounidense y su peculiar sistema de propiedad de los restos humanos e ítems materiales, porque encontramos muy interesante la forma en que se determina a la tribu indígena de mayor filiación cultural con los restos humanos, pensamos que criterios similares debiesen ser empleados en la determinación de los que la Ley N°19.253 denomina “*comunidad involucrada*”, la cual debe otorgar su autorización para la excavación científica de cementerios históricos indígenas. Asimismo, nos parece muy apropiado que se incluya dentro del ámbito de protección a cualquier resto humano de los pueblos amerindios, aunque se encuentre aislado y no forme parte de un cementerio, debiendo ser atendido este razonamiento por nuestra legislación. Me parece que debe primar en esta materia un criterio cualitativo más que cuantitativo, ya que se trata de los restos de un ser humano. Nos parece que el carácter colectivo de los enterratorios no constituye un requisito de fondo que justifique un tratamiento diferente al que ha de serle dado a una sepultura individual, sobre todo si consideramos que estamos frente a cosmovisiones diversas a la occidental, con su propia conceptualización de la muerte.

Finalmente, agregaremos que una grave deficiencia que se percibe en la protección jurídica que otorga la Ley Indígena N°19.253 a los cementerios indígenas de uso actual, es que carece de mecanismos o procedimientos destinados a hacer efectiva esta protección. Una vía válida para superar esta situación, y que es aplicable también a los lugares de interés antropológico o histórico indígena, que no se encuentran declarados como Monumentos Nacionales, es que la CONADI defina lugares de interés patrimonial para que sean protegidos por alguna de las categorías

---

<sup>175</sup> STERN, Op. Cit. p. 3-33

de protección legal establecidas por la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288, tales como, Monumento Histórico o Zona Típica.

Lamentablemente, pareciera que la protección del patrimonio cultural indígena no se encuentra entre las prioridades de la CONADI, más interesada en resolver problemas apremiantes para la subsistencia de los pueblos originarios de Chile, como la recuperación de tierras y aguas.

### **6.3 Relación entre la Ley Indígena N°19.253 y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300.**

La principal vinculación entre estos cuerpos legales se produce a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establecido por la Ley N°19.300.

En efecto, para que la CONADI sea considerada como organismo con competencia ambiental en la evaluación del impacto de determinados proyectos o actividades enumerados en el artículo 10° de la Ley N°19.300, es necesario que dichos proyectos o actividades generen alguno de los efectos señalados en el artículo 11° letra c) de la misma ley. Esto es cuando exista “*reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos*”, y siempre que se cumpla también con el supuesto referido por el artículo 8° letra e) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que señala que se entenderá que el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, cuando incluya “*la presencia de población, comunidades o grupos humanos protegidos por leyes especiales*”. En tal caso, la CONADI debe ser integrada al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y debe emitir su opinión sobre las materias pertinentes a su competencia.

El artículo 8° letra e) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, hace referencia a la Ley Indígena N°19.253, dado que este cuerpo legal está destinado a proteger a los pueblos indígenas de Chile. Por tanto, el órgano administrativo con competencia ambiental para pronunciarse sobre tales impactos es la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

La participación de la CONADI como órgano con competencia ambiental en la evaluación del impacto ambiental del Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco, en el alto Bío-Bío, nos servirá para ejemplificar la vinculación entre la ley

N°19.300 y la ley N°19.253, así como para identificar las deficiencias legislativas que atentan contra una efectiva protección del patrimonio cultural indígena.

### **6.3.1 Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco: Aspectos Culturales.**

El proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco dio inicio a los trámites de aprobación de su Estudio de Impacto Ambiental el 12 de Diciembre de 1994, fecha en que por medio de una solicitud presentada en CONAMA, la Endesa decide acogerse voluntariamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ya que en ese entonces, aún no se promulgaba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental N°30, rigiéndose el procedimiento por el Instructivo Presidencial denominado “*Pauta para la Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos de Inversión*” N°888 del 30 de septiembre de 1993.

Posteriormente, se elaboran los Términos de Referencia entre CONAMA y Endesa, según los cuales se fijan los requerimientos a los que deberá ajustarse el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto referido. La versión definitiva de los Términos de Referencia del EIA es aprobada en agosto de 1995. El 1° de septiembre de 1995 se suscribe el “*Acta General de Acuerdos entre ENDESA y CONAMA*”, que contiene todos los acuerdos entre las partes relativos a las etapas y procedimientos que habrá de seguir el proyecto. El 29 de marzo de 1996, la empresa proponente ingresa a tramitación en CONAMA su Estudio de Impacto Ambiental.

En tanto, en abril de 1996, la CONADI se incorpora al proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental de Ralco, y recibe para su análisis el Resumen Ejecutivo del Proyecto Ralco.

De acuerdo a lo señalado por Namuncura<sup>176</sup> sobre la formulación del Plan de Relocalización de la población Pehuenche por parte de ENDESA este plan indicaba que “*se diseñará e implementará un Plan de Relocalización que permita el proceso de relocalización de las personas afectadas por el proyecto de forma armónica, coherente y participativa, lo cual minimizará los efectos socioculturales sobre los grupos afectados*”.

En lo relativo a aspectos vinculados con el patrimonio cultural indígena, el documento de la Endesa señala que con el propósito de evitar la interrupción de actividades tradicionales “*en los lugares de relocalización deberá asignarse un terreno equivalente para continuar ejerciendo comunitariamente sus actividades*

---

<sup>176</sup> NAMUNCURA, Domingo. “*Ralco: ¿represa o pobreza?*”. Colección Sin Norte. LOM Ediciones, Santiago, 1999, p.85

*tradicionales*”. De más está decir, que no se explicitaron los criterios de “equivalencia”, ni las variables culturales que determinan la especial percepción del entorno por parte de la cultura pehuenche.

Por otra parte, en materia de reforzamiento de la cultura tradicional se planteó implementar *“programas de desarrollo cultural, a través de la enseñanza de su historia, idioma, cultura, la recuperación de manualidades, etc. Dichos programas deberán ser realizados en las comunidades de Ralco-Lepoy y Quepuca-Ralco, y en los nuevos asentamientos de manera que no se interrumpa el sentido de identidad étnica que los une”*. Vemos que los mecanismos de reforzamiento de la cultura tradicional, propuestos por ENDESA son bastante ingenuos y revelan un hondo desconocimiento de la complejidad que poseen las culturas humanas. En primer término, la enseñanza de la historia y cultura pehuenche por parte de monitores externos puede originar más daño que beneficio, dado que sería una historia occidental acerca del pueblo pehuenche, narrada y escrita por no pehuenches, historia que, por lo demás, cuenta con escasa información debido al menguado número de estudios especializados dedicados a esta cultura, y al hecho que sus raíces se encuentran en el mundo precolombino, donde las fuentes de información provienen de su cultura material, no de fuentes escritas.

Este es un aspecto muy grave y que no ha sido suficientemente destacado, la Central Hidroeléctrica Ralco, al inundar gran parte del territorio pehuenche, esta cerrando para siempre la principal fuente de información sobre su cultura. Nos referimos a sus restos materiales, que incluyen cementerios y asentamientos habitacionales y ceremoniales. La historia pehuenche, por tratarse de una cultura ágrafa, la describen sus objetos y la particular manera en que manejaron el espacio. La pérdida de su cultura material y su espacio tradicional es un atentado contra su historia y nos cierra de una vez y para siempre la posibilidad de reconstruir un segmento de nuestro pasado.

El Estudio de Impacto Ambiental propuesto por Endesa también aconsejaba *“realizar un proyecto turístico de carácter étnico que permita incorporar a los turistas a participar del estilo de vida pehuenche. Esto debería ser incorporado lentamente a la comunidad pehuenche y coordinado por expertos sociales. Lo anterior, además de reforzar la cultura tradicional, permitiría minimizar cambios aculturativos drásticos asociados al desarrollo de actividades turísticas, especialmente en los aspectos valorativo y conductual”*.

En relación a los aspectos históricos y arqueológicos el Plan apuntó a un programa de manejo de tales recursos, lo que debería ser elaborado por un

especialista en conformidad a los requerimientos que para ese efecto establezca el Consejo de Monumentos Nacionales.

Namuncura<sup>177</sup> agrega que en una sección del Plan de Relocalización propuesto por la ENDESA, denominado *Compensación Global a las Comunidades Pehuenches*, esta empresa reconoció que el proyecto implicaría impactos de tipo étnico, cultural y socioeconómico en el territorio pehuenche y por lo tanto sugirió un programa de desarrollo económico a largo plazo.

En Mayo de 1996, la CONADI entrega el “*Primer Informe de Observaciones de CONADI al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Ralco*”<sup>178</sup>, Oficio N°239. La sección de este informe denominada *c)Rectificaciones de Información*, aborda aspectos culturales e identitarios que son relevantes para nuestro tema de estudio, cual es, la protección del patrimonio cultural indígena.

En términos generales, este informe enfatiza que la relocalización y las compensaciones propuestas por ENDESA deben dar cuenta no sólo de aspectos económicos o sociales sino que debe considerar la particular relación que la cultura pehuenche tiene con su tierra, siendo ésta la base de su identidad. La conclusión del informe de Observaciones de la CONADI se refiere insistentemente al impacto del Proyecto Ralco sobre la supervivencia de la cultura pehuenche, en su dimensión material, simbólica e ideológica señalando al respecto que “*los antecedentes que aporta el propio EIA son preocupantes pues señala como probables impactos: la desestructuración de la comunidad y del sistema productivo, la interrupción de las fiestas ceremoniales, la alteración del territorio étnico y sus simbolismos, y las perturbaciones emocionales que ello acarreará en las familias indígenas. Lo anterior se une a la destrucción y/o intervención de cementerios y sitios sagrados de la comunidad, lo que en cualquier cultura es causa de profundas dolencias*”.<sup>179</sup>

Finalmente, el informe reflexiona acerca de este proceso que generará la expulsión de las familias de sus hábitats con la consiguiente desestructuración de su cultura y su final extinción en pocas décadas, catalogándolo como **etnocidio**.

El Informe de Observaciones de CONADI en comento, además estableció un conjunto de *Aclaraciones*, entre las cuales destacamos la solicitud de localizar los sitios de interés histórico y arqueológico, particularmente cementerios. Señalando al respecto que “*desde el punto de vista del valor cultural, los cementerios son*

---

<sup>177</sup> NAMUNCURA, Domingo. Op. Cit. p.86

<sup>178</sup> “*Informe de Observaciones de la CONADI al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la Empresa Nacional de Electricidad S.A, 31 de Mayo de 1996. En: Namuncura, Domingo, Op. Cit. p.87-92*

<sup>179</sup> NAMUNCURA, Domingo. Op. Cit. p.88



*sitios sagrados* cuya destrucción no es compensable. La distinción debe ser hecha en función de evitar su mero tratamiento como sitios históricos o arqueológicos. El EIA debe dar cuenta, desde un punto de vista intercultural, del impacto en la salud de las familias indígenas, derivado de la destrucción y/o intervención en sus cementerios y el eventual reasentamiento en zonas extrañas a ellas. Ello porque desde el punto de vista de sus costumbres, creencias y rituales, se trata de ámbitos sagrados de la vida familiar y colectiva, íntimamente vinculados con su concepción de salud (“bien y mal”). Luego, el EIA debe establecer claramente si considera compensables tales impactos, cómo y en qué medida”<sup>180</sup>.

Junto con el Informe de Observaciones de la CONADI, otros servicios públicos participantes en la evaluación ambiental del proyecto, hicieron lo suyo, solicitando aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, de acuerdo al procedimiento señalado por la Ley N°19.300 y el Instructivo Presidencial, debido al estudio insuficiente presentado por la Endesa.

El 23 de julio de 1996 CONAMA redacta el “Informe Técnico de Calificación del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la empresa ENDESA”, coordinado por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA. Luego, el 23 de agosto de 1996 CONAMA requiere un Informe complementario a ENDESA, denominado Addendum, donde se exige la aclaración, rectificación y ampliación de aspectos deficientes del Estudio de Impacto Ambiental, según la evaluación hecha por el conjunto de servicios públicos. Este Addendum, en lo relativo al Plan de Reasentamiento<sup>181</sup> incorpora un proceso de participación ciudadana adicional, debido a que los elementos fundamentales de éste no fueron presentados en la primera versión del estudio. Se justifica esta exigencia por el impacto potencial sobre minorías étnicas.

El 14 de febrero de 1997, el proponente ENDESA presenta a CONAMA el Addendum solicitado. Posteriormente, el 7 de marzo de 1997, CONADI entrega su segundo informe donde se plantean las observaciones al Addendum de ENDESA. Este Informe recomienda rechazar el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco, en virtud de “no dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley General de Bases del Medio Ambiente y de los artículos 1° y 13° de la Ley Indígena”. Es decir, en virtud de tratarse de un **proyecto ilegal** en el cual no puede comprometerse el Estado<sup>182</sup>”.

---

<sup>180</sup> “Informe de Observaciones de la CONADI al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la Empresa Nacional de Electricidad S.A, 31 de Mayo de 1996. En: Namuncura, Domingo, Op. Cit. p.91

<sup>181</sup> Declaración Pública de la CONAMA del 30 de Agosto de 1996. En: Namuncura, D., Op.Cit. p.94

<sup>182</sup> Oficio N°08/80, “Observaciones de la CONADI en relación al Addendum del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco” En: Namuncura, D., Op. Cit. p.102

En una sección de este informe de la CONADI, denominado “*Opinión Global sobre el plan de relocalización propuesto en el Addendum al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Ralco*” se hace referencia a aspectos vinculados con el patrimonio cultural indígena que serán irremediablemente afectados por el proyecto Ralco. Se refiere a una parte de los cementerios indígenas que quedarán bajo agua. El Informe de la CONADI señala al respecto lo siguiente “*La proposición de la ENDESA de “conservar” “bajo agua” los cementerios de uso actual, si bien permite obviar el tema del consentimiento expreso de las familias para la realización de excavaciones, coloca a la empresa en la necesidad de hacerse responsable tanto por los impactos presentes como por las contingencias futuras respecto a tales sitios. En ninguna parte del país se observa que los cementerios en uso sean expropiados para construir conjuntos residenciales y luego se declaren “en conservación bajo tierra”...Precisamente, lo que define a un cementerio como tal no es su inmersión bajo tierra sino la posibilidad de contacto de los vivientes a través de un espacio habilitado para ello con los restos de los difuntos*”<sup>183</sup>.

Debemos recordar sobre este punto lo señalado en la sección 6.1.1 de este capítulo. Vemos que, efectivamente, pareciera que en nuestro país existe un tratamiento diverso para los restos humanos indígenas que los recibidos por la población general, al menos, esto es evidente, en el tratamiento dado a los cementerios indígenas de uso actual afectados por el Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco.

Numerosas consideraciones llevaron a la Dirección de CONADI a la categórica conclusión de rechazo al proyecto en su conjunto. De acuerdo a lo señalado por Namuncura<sup>184</sup> este informe de la CONADI no fue bien recibido por la CONAMA, ya que este organismo consideró que la CONADI excedió el tipo de consulta formulada, por cuanto no le correspondía opinar sobre los aspectos ambientales del proyecto, sino únicamente sobre la propuesta de relocalización, y tampoco le correspondía a la CONADI opinar sobre la juricidad del proyecto. Esta situación aceleró la decisión gubernamental de efectuar cambios en la plana directiva de la CONADI que termina con la salida de su Director Nacional, Mauricio Huenchulaf y su reemplazo por Domingo Namuncura, en marzo de 1997.

Las observaciones formuladas por diversos Servicios Públicos al Addendum 1 de ENDESA y el segundo informe de CONADI llevaron a la necesidad de que ENDESA preparase un segundo Addendum o Addenda, solicitado por la

---

<sup>183</sup> *Ibíd*em, p.108

<sup>184</sup> NAMUNCURA, D., *Op.Cit.* p.110

CONAMA con el objeto de reforzar las rectificaciones, precisiones y aclaraciones. En efecto, con fecha 21 de marzo de 1997, CONAMA mediante oficio N°970777 remite a ENDESA un “Segundo Informe Consolidado de solicitudes de aclaraciones, rectificaciones y ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Ralco”, denominado Addenda. Luego, por medio de la Resolución Exenta N°005 de 9 de abril de 1997 se suspende el procedimiento de impacto ambiental acordado.

El 28 de abril de 1997, ENDESA hace entrega de su Addenda. En este documento, ENDESA abordó en detalle distintos aspectos del Plan de Relocalización<sup>185</sup>, entre los que se consideraron: a) la separación física de miembros de las comunidades y grupos familiares; b) la alteración del sistema productivo; c) la interrupción de fiestas ceremoniales; d) la alteración del territorio étnico; e) los efectos emocionales derivados del Plan de Relocalización; f) las cautelas ante la aceleración del proceso de aculturación; y g) los conflictos sociales generados al interior de las comunidades.

Desde CONAMA, mediante el Oficio N°971395 del 16 de mayo de 1997, CONADI recibió la Addenda de Endesa, donde CONAMA solicitaba un nuevo informe de CONADI, especificando que “*en dicho informe se deberá indicar si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental en el ámbito de su respectiva competencia, en particular en lo que respecta al permiso ambiental sectorial, si corresponde.*”<sup>186</sup>

El 27 de mayo de 1997, la CONADI evacúa su tercer informe denominado “*Opinión sobre el Addendum 2 del EIA del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco, en su parte correspondiente al Plan de Relocalización*”, Oficio 8/155. Destacaremos de este tercer informe lo relativo a la protección del patrimonio cultural indígena.

El capítulo uno de este informe abordó el tema denominado “*Sondeo de Recursos Arqueológicos y Cementerios*”. Sobre este aspecto se dijo que el Addendum 2 o Addenda reiteraba formas de alteración de los restos arqueológicos existentes en el territorio afecto a inundación y que el salvataje o recuperación propuesto constituye una respuesta muy mínima frente al hecho ciertamente riesgoso de la destrucción irreversible de tales restos.

La evaluación en torno a los impactos socioculturales del plan de relocalización, es otro de los aspectos cruciales, principalmente por la amenaza que el traslado genera para la subsistencia de la cultura pehuenche. Al respecto se dijo

---

<sup>185</sup> NAMUNCURA, D. Op. Cit. p.118

<sup>186</sup> *Ibidem*, p.121

que<sup>187</sup> “de acuerdo a la cosmovisión Mapuche-Pehuenche los cimientos de la estructura básica de su organización están dados a través de una familia extensa que es la COMUNIDAD, siendo ella la base fundamental que da origen al REWE u organización social. En tal sentido, el espacio físico de la Comunidad contiene el conjunto de elementos simbólicos, materiales, espirituales y de relación social que dan sentido a la vida de las familias en un determinado espacio...”...”A esto debe agregarse el valor histórico de las relaciones de parentesco y de vida en un espacio que no es reemplazable por otro, aun cuando las residencias estén cercanas entre una comunidad y otra”.....”En tal sentido, es del todo necesario atender a las particularísimas condiciones culturales existentes, puesto que los vínculos al interior de una comunidad indígena están regulados por fuerzas internas de comprensión y aceptación natural, por lo cual el efecto residual planteado podría generar impactos negativos de todo orden, especialmente por la fragmentación familiar”.

En relación al fenómeno de “Interrupción de fiestas ceremoniales” el Informe de CONADI señaló que<sup>188</sup> “los programas de resignificación y puesta en valor de lugares sagrados y resemantización de los lugares de relocalización, propuesto por ENDESA, carecen de una adecuada comprensión del carácter místico (o mágico-religioso según autores especializados) que constituye la base de la matriz cultural Mapuche-Pehuenche, en donde el paisaje, la historia de vida, el pasado y el presente están articulados por la presencia de símbolos que otorgan una significación muy profunda a los lugares que habitan las comunidades:

*Estos componentes tienen su correlato en el mundo natural y en la cotidianeidad de la vida propia de cada lugar (LOF o comunidad, REWE o sector). Cada Mapuche-Pehuenche, en razón de su sabiduría ancestral, sabe donde habitan hermanados el hombre, la naturaleza y sus fuerzas y el WENU MAPU, territorio de lo espiritual o Plano Superior de la Existencia.*

*Los efectos residuales en el ámbito de la existencia cultural, social, productiva y religiosa de esta comunidad no sólo conllevan riesgos de extinción de un modo de ser en la sociedad, sino una definitiva aculturación de la población y una pérdida irreparable de su Identidad.*

*Esto será aún más irrevocablemente perjudicial si no son las propias Comunidades Mapuche-Pehuenches las que, desde su singular cosmovisión, concurren – mediante sus propios ritos y costumbres ancestrales – a una decisión de la más alta trascendencia sobre cambios que son muy profundos para su*

---

<sup>187</sup> *Ibíd*em, p.123

<sup>188</sup> *Ibíd*em, p. 124-125

*destino presente y futuro, su convivencia y existencia como Pueblo.”*

Las referidas consideraciones sumadas a otras cuyo análisis excede el ámbito de la presente investigación, llevan a concluir a la CONADI que, en lo que respecta al Plan de Relocalización del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco, las propuestas son “*sustantivamente insuficientes*”, pese a aprobar, en definitiva, dicho Plan.

El 28 de mayo de 1997 se emite el “*Informe Técnico del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Central Hidroeléctrica Ralco”*”, suscrito por CONAMA, que da cuenta del examen final que realizó este organismo, de los antecedentes generales del proyecto, el proyecto mismo, el plan de relocalización, los antecedentes del EIA, los informes de los servicios públicos que participaron en el EIA, las referencias a la Ley N°19.300 y la síntesis de las observaciones formuladas por organizaciones ciudadanas y personas naturales. Este informe fue enviado a la CONADI, mediante Oficio N°971488, donde se solicitaba *visar* el Informe y formular la “*conformidad y/o consideraciones*” que se estime pertinentes, en el plazo de 5 días.

En el Capítulo 4 del Informe Técnico de la CONAMA, se formula una “*Síntesis de la evaluación de impacto ambiental, de los efectos ambientales relevantes, y de las medidas de mitigación, reparación y compensación*”<sup>189</sup>. En esta Sección se destaca entre los principales impactos ambientales adversos del proyecto, la relocalización de la población pehuenche (aproximadamente 555 personas); la potencial aceleración del proceso aculturativo de las comunidades indígenas y la pérdida de recursos históricos-arqueológicos inundados.

Considerando estos y otros efectos, el Informe Técnico de la CONAMA establece una extensa lista de condiciones que el proyecto debe cumplir para hacerse viable ambientalmente. Destacaremos aquellas relevantes para la protección del patrimonio cultural indígena<sup>190</sup>:

-“4.2.6.- *Medidas para minimizar la aceleración del proceso aculturativo.*

-“4.2.11.- *Plan de relocalización de las Comunidades Indígenas afectadas de Quepuca Ralco y Ralco Lepoy. Esto comprende un Plan de acondicionamiento de predios receptores; un programa de traslado; un programa de asistencia de continuidad (productivo, de desarrollo turístico, social y cultural); un programa de desarrollo a largo plazo (capacitación y comercialización de productos, fomento del uso de la lengua nativa y mantención de los lazos culturales con los*

---

<sup>189</sup> *Ibidem*, p.130

<sup>190</sup> *Ibidem*, p.131

*migrantes, becas escolares, apoyo de emergencia y apoyo especial a grupos vulnerables de la comunidad).*

4.2.13.- *Alteración de recursos Arqueológicos e Históricos. (Difundir la información arqueológica resultante con el propósito de incrementar los conocimientos del pasado aborigen de la zona).*

Por cada uno de estos componentes se ampliaron y detallaron los distintos requisitos que la obra debe cumplir.

El informe de CONAMA se pronunció en forma particular sobre el Plan de Relocalización, abordando específicamente los efectos del traslado sobre la cultura pehuenche. Este informe recoge gran parte de los planteamientos formulados en los Informes de la CONADI, ya analizados, señalando que *“se deberá atender las particulares condiciones culturales existentes, de modo que las familias puedan seguir perteneciendo a su comunidad y mantener sus vínculos en todo orden de cosas, dado que dichos vínculos, al interior de una comunidad indígena, están regulados por fuerzas internas de comprensión y aceptación natural. El desarrollo de los subprogramas culturales de resignificación y puesta en valor de lugares sagrados, y resemantización de los lugares de relocalización, deberán considerar adecuadamente el carácter místico (o mágico-religioso) que constituye la base de la matriz cultural mapuche-pehuenche, en donde el paisaje, la historia de vida, el pasado y el presente, están articulados por la presencia de símbolos que otorgan una significación muy profunda a los lugares que habitan las comunidades”*.<sup>191</sup>

La resolución de la CONAMA señala también, que la relocalización de población indígena debe ser llevada a cabo bajo los preceptos de la Ley N° 19.253 que establece normas de Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas. Ello implica que la permuta de tierras indígenas, requerida para la ejecución del plan de relocalización, *“sólo puede practicarse con la autorización de la CONADI. La permuta de tierras indígenas no se considera normativa de carácter ambiental”* y, por tanto, el acto de la autorización antedicha no está vinculado a la Resolución de calificación ambiental en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Agrega la resolución referida que el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, D.S. N°30 de 1997, no incluye entre los permisos ambientales la permuta de tierras contenida en el artículo 13° de la Ley N°19.253. La evaluación y aprobación de las permutas constituye un proceso distinto y separado de la evaluación de impacto ambiental.

---

<sup>191</sup> *Ibidem*, p.136

De acuerdo a lo señalado por Namuncura,<sup>192</sup> *“la CONAMA le reconoció así competencia específica de la CONADI para resolver los elementos sociales, económicos y culturales que se deban evaluar”*.

En general, se advierte que la evaluación del impacto ambiental del proyecto Ralco ha servido para delimitar con mayor precisión las competencias de la CONADI y la CONAMA, cuyos cuerpos legales son bastantamente recientes.

El 4 de junio de 1997, a través del oficio 8/161 de la Dirección Nacional, la CONADI entregó su opinión en relación al Informe Técnico de CONAMA. En dicho documento se abordó la situación relativa al *“Sondeo de recursos arqueológicos y cementerios”*. La CONADI sostiene al respecto que<sup>193</sup> *“cualquier tipo de excavación en estos cementerios indígenas, en razón de un proyecto cuyo resultado será la inundación de los mismos, no constituye un afán científico”*. De acuerdo a lo expresado por dicho informe *“Del análisis de las normas legales sobre Monumentos Nacionales y su protección, así como de su reglamento, es posible afirmar que no está contemplada la finalidad específica que requiere el proyecto Ralco, esto es la desaparición de los lugares que se indican como recursos arqueológicos. Ello, por cuanto el legislador estimó en la dictación de las normas, el aspecto positivo de la intervención del hombre en dichos sitios, como investigar y conocer la cultura, más nunca para destruirlos. Del propio informe de CONAMA se desprende el hecho de que el impacto ambiental del proyecto implica la **pérdida definitiva** de los lugares de emplazamiento o localización de los restos.”...“En suma, la normativa legal vigente se refiere básicamente a la intervención de los recursos arqueológicos por razones científicas. El artículo 22° de la Ley 17.288 se refiere a excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico...” ...“El artículo 29° de la Ley 19.253 se refiere a la excavación de cementerios indígenas con “fines científicos”. El espíritu del legislador en esta materia ha sido de conservación y protección y de no afectación contraria a estos fines”*.

Aunque estos argumentos resultan bastante atendibles, revelan un desconocimiento del rol del Consejo de Monumentos Nacionales en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Recordaremos que, de acuerdo a lo señalado en el Capítulo IV de esta obra, cuando en el área de influencia directa de un proyecto o actividad, sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se encuentran monumentos arqueológicos, deben ser aplicadas medidas de mitigación o compensación para hacer frente a este impacto. Las medidas de mitigación evitan

---

<sup>192</sup> *Ibídem*, p.137

<sup>193</sup> *Ibídem*, p.139

o minimizan el impacto, por ejemplo, cambiando el trazado de la obra. En el caso de los cementerios indígenas que han de ser inundados, únicamente son aplicables las medidas de compensación, las que persiguen generar un efecto positivo alternativo y equivalente al efecto adverso identificado, proceden cuando el proyecto producirá con certeza impacto en este componente. Entonces, la medida de compensación consiste en excavar científicamente un porcentaje del sitio arqueológico, luego se analizan en laboratorio los materiales y se publica la información obtenida, enriqueciendo de esta forma el conocimiento sobre la prehistoria de un área determinada. En el caso Ralco, el Consejo de Monumentos Nacionales exigió que se excavara el 100% de los sitios arqueológicos descubiertos mediante prospecciones científicas realizadas en el marco del Estudio de Impacto Ambiental.

Vemos entonces que la observación de la CONADI relativa a que los sitios arqueológicos que se encuentran en el terreno a ser inundado están fuera del ámbito de competencia del Consejo de Monumentos Nacionales es equívoca, dado que su identificación, rescate y estudio se hace bajo estrictos delineamientos científicos supervisados por el mencionado Consejo.

Un problema distinto plantean los cementerios indígenas históricos, que como se explicó en la sección 6.2.1 de este Capítulo, caen dentro del ámbito de competencia del Servicio Nacional de Salud y su excavación requiere autorización de la comunidad indígena involucrada e informe previo de la CONADI.

Retomando el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto Ralco, el 6 de junio de 1997 se dicta, por la Directora Ejecutiva de CONAMA Vivianne Blanlot, la Resolución Exenta N°010 que califica favorablemente el Proyecto de Central Hidroeléctrica Ralco, presentado por ENDESA. Básicamente, la Resolución es el Informe Técnico, ya analizado, corregido en algunos aspectos, y sobre dicho antecedente se resolvió *“Calificar favorablemente el proyecto Ralco bajo las condiciones o exigencias establecidas en los puntos 8, 8.1 y 8.2 de los Considerandos de la presente Resolución”* (medidas de mitigación, restauración, compensación, prevención de riesgos, control de accidentes; Plan de Relocalización y sus correspondientes programas y plan de seguimiento ambiental). Señala dicha resolución que <sup>194</sup>*“atendiendo lo expuesto, el proyecto cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, la normativa de carácter ambiental; y que, respecto de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11° de la Ley 19.300, se han establecido medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas”*.

---

<sup>194</sup> Ibídem, p.141



La resolución administrativa antedicha, luego de una serie de reclamaciones, fue confirmada por Resolución N°023 del Consejo Directivo de CONAMA el 24 de septiembre de 1997.

En cuanto al impacto producido por la obra en el patrimonio cultural indígena arqueológico, histórico y antropológico, la resolución exenta N° 010/97 de la CONAMA se refiere a ellos en los siguientes términos, *“respecto a las inquietudes manifestadas por los miembros de la comunidad por la inundación de cementerios, la CONAMA considera que las medidas propuestas por ENDESA y con las condiciones establecidas en el numerando 8.1.10 de acuerdo a lo exigido por el Consejo de Monumentos Nacionales se resguarda el patrimonio arqueológico del área de influencia”*. El numerando 8.1.10 se refiere a la alteración de recursos arqueológicos e históricos y establece medidas de conservación y/o protección de los sitios arqueológicos, la realización de excavaciones de rescate y el registro de los materiales.

En cuanto al Plan de Relocalización, CONAMA determina que el Plan propuesto con las condiciones expuestas en el numerando 8.1.11 son adecuados para compensar la *“alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos que serían afectados, ya que se hace cargo de sus efectos, características y circunstancias”* El numerando 8.1.11 en lo relativo a la protección del patrimonio cultural antropológico indígena señala una serie de programas tendientes a resguardar la cultura pehuenche y minimizar el impacto de la relocalización, estas acciones incluyen un “Programa de Asistencia de Continuidad” orientado a mantener la continuidad productiva y desarrollar programas culturales iniciales de resemantización de los lugares y puesta en valor de sitios de singularidad cultural. Se menciona también la existencia de un Sub Programa Cultural orientado a incorporar a los nuevos terrenos una valoración y significancia cultural para las familias que los ocuparán y fomentar el reforzamiento de la cultura pehuenche y el contacto con las familias de la comunidad de origen.

También se contempla un Seguimiento y Monitoreo del Programa de Asistencia de Continuidad destinado a registrar la frecuencia en la realización de actividades, tales como, asistencia a Nguillatún, recolección de piñones, uso de veranadas, uso de lengua nativa, labores de artesanía y otras actividades culturales. En cuanto al Seguimiento y Monitoreo del Sub Programa Cultural, este considera el registro permanente de actividades que se desarrollen en el contexto de este programa: registro del número de grupos culturales constituídos, llamado a concurso del estudio de resignificación de lugares sagrados, registro de lugares de

resignificación, registro de las actividades de “puesta en valor” de los sitios de relocalización y registro de los lugares de resemantización.

Además se establece que ENDESA debe contar con un Programa de Auditoría Ambiental Independiente.

Pensamos que las medidas destinadas a minimizar el impacto cultural de la relocalización de la población pehuenche cuentan con un escaso sustento antropológico y simplifican el hondo problema que implica la pérdida del territorio ancestral sufrido por esta cultura. Nos parece que esta “puesta en valor” de lugares sagrados y “resemantización” de los espacios no es un proceso que pueda ser manejado por un programa externo a la cultura misma. No olvidemos que los pehuenches erradicados deberán lidiar también con el profundo trauma que implica la pérdida y desaparición de su territorio. En este sentido, compartimos plenamente las apprehensiones manifestadas en los informes de la CONADI, ya analizadas.

Por otra parte, en nuestra opinión, la aprobación ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco dejó de manifiesto graves falencias en la concepción legislativa de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de la CONAMA, especialmente en lo relativo a su ausencia de autonomía respecto del Ejecutivo. No es casual que al final del proceso hayan sido sacados de sus cargos dos Directores Nacionales de la CONADI, Mauricio Huenschulaf y Domingo Namuncura, y renunciara la Directora Ejecutiva de la CONAMA, Vivianne Blanlot. La salida forzosa de Domingo Namuncura junto a dos de los Consejeros Presidenciales contrarios a la aprobación de las permutas de tierras solicitadas por ENDESA para sustituir las tierras indígenas inundadas, justo antes de realizarse la sesión del Consejo Nacional de la CONADI, donde se rechazarían dichas solicitudes, evidencia cuán comprometidos estaban los intereses gubernamentales en la puesta en marcha del proyecto Ralco y la escasa ponderación dada a los criterios de la institución especializada. Evidencia también la grave debilidad institucional de la CONADI y la escasa atención que prestó el gobierno de la época a los criterios fijados por la Ley N°19.253.

Creo que este tipo de situaciones deja de manifiesto que existe un gran camino que recorrer para lograr una protección efectiva del patrimonio cultural indígena y del patrimonio ambiental de nuestro país, en general. Lamentablemente, en este caso, nos enfrentamos a un hecho irreparable cuya consecuencia más esperable es la desaparición de otra cultura originaria de Chile.

#### **6.4 Relación entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288, la Ley de**

## **Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 y la Ley Indígena N°19.253: análisis de un fallo.**

Estas leyes se vinculan cuando la realización de determinados proyectos o actividades, insertos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, alteran o amenazan alterar monumentos nacionales que, al mismo tiempo, se encuentren protegidos por la Ley Indígena N°19.253. En la evaluación de impacto ambiental de la Central Hidroeléctrica Ralco, tuvimos la oportunidad de analizar el accionar conjunto de estas tres leyes patrimoniales, aunque nuestro análisis dio énfasis a la relación entre la Ley N°19.300 y la Ley Indígena N°19.253.

En los párrafos siguientes, abordaremos el estudio de un fallo<sup>195</sup> de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, recaído en el recurso de protección interpuesto por representantes de la comunidad atacameña de San Pedro de Atacama, y de los ayllus de Coyo, Solor y Sequitor, además de un visitador especial del Consejo de Monumentos Nacionales, en contra del Secretario Regional Ministerial de Antofagasta, del Ministerio de Obras Públicas, del Director Regional de Vialidad de la Segunda Región, y de la Empresa Navarrete y Díaz Cumsille, Ingenieros Civiles S.A., por la destrucción de tres sitios arqueológicos emplazados en la zona de San Pedro de Atacama y un cementerio arqueológico. Acumulado al primer recurso, se deduce recurso de protección por los diputados señores Alejandro Navarro, Arturo Longton, Guido Girardi y Mario Acuña en contra de Jaime Tohá en su calidad de Ministro de Obras Públicas.

El fundamento de ambos recursos consiste en la destrucción irreparable de sitios arqueológicos de la zona de San Pedro de Atacama. La destrucción de estos monumentos arqueológicos se produjo en el marco de la ejecución del camino By Pass San Pedro de Atacama.

El análisis de este fallo resulta esclarecedor en materias, tales como, el ámbito de competencia de la Ley N°19.300; los requisitos de procedencia del Recurso de Protección en la tutela del patrimonio cultural arqueológico, y evidencia asimismo, el gran desconocimiento que existe en nuestros tribunales sobre la naturaleza esencialmente contextual de la disciplina arqueológica.

### **6.4.1 El Recurso.**

---

<sup>195</sup> ROL N°12.238-12.248 del 30 de Abril de 1999.

Como se dijo, la destrucción de dos sitios arqueológicos en la localidad de Séquitor Tchasquir, correspondientes a un sitio habitacional y un cementerio, y un sitio habitacional en Solor 4, se produjo en el marco de la ejecución del camino By Pass San Pedro de Atacama, específicamente, en su faena de apertura de camino y extracción de material para preparación de áridos. Esta situación fue advertida el 12 de enero de 1999, por profesionales del Consejo de Monumentos Nacionales que visitaron el lugar y se impusieron de los daños. La destrucción se produjo, a juicio de los recurrentes, porque estos trabajos se habrían llevado a cabo sin cumplir con los requisitos establecidos por la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales; la Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente; el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N°30; y la Ley Indígena N°19.253. Los recurrentes estiman también que se han vulnerado los derechos constitucionales protegidos en los artículos 19° N°2, N°8 y N°24 de la Constitución Política de Chile, violando de tal manera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y el derecho de propiedad.

Se menciona también el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política, que crea nuevas obligaciones de rango constitucional para los órganos del Estado, al incorporar los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, entre los que se encuentra el Convenio sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 1972, que obliga al Estado de Chile y a sus órganos al pleno respeto y protección de los mencionados bienes.

De acuerdo a lo señalado por los recurrentes, las normas constitucionales señaladas, unidas a los artículos 6° y 7° de la Constitución Política establecen, claramente, la obligación primaria que pesa sobre los órganos del Estado, entre ellos el Ministerio recurrido y los Tribunales de Justicia, de proteger y resguardar el patrimonio cultural y arqueológico.

Señalan los recurrentes que la ilegalidad del acto radica en que no se ha cumplido con el mandato legal que para este tipo de proyecto contempla la legislación vigente, por no haber sido las obras evaluadas ni sancionadas ambientalmente, cual es la exigencia de todos los proyectos de esta naturaleza, según expresamente lo requiere la ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N°30, aplicable a proyectos posteriores al 3 de abril de 1997. Hacen presente que la licitación para la construcción del camino data de junio de 1997, por lo que debería haberse acogido a este sistema.

Se señala también que existe transgresión a la ley de Monumentos Nacionales N°17.288, al existir daño arqueológico, ya que el artículo 26° de la citada ley, establece que quien encontrase ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, está obligado a denunciar inmediatamente el descubrimiento al gobernador del departamento, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo de Monumentos Nacionales se haga cargo de él, lo que no ocurrió en la especie.

Este acto arbitrario e ilegal también se consuma desde que el Seremi de Obras Públicas y la Dirección Regional de Vialidad de la Segunda Región no dan cumplimiento a lo establecido en el artículo 34° de la Ley N°19.253 que señala en su inciso 1° que los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la ley, en su artículo 1° inciso segundo. Señalan los recurrentes que los recurridos han desconocido el valor histórico que para las comunidades indígenas tiene el área de emplazamiento del futuro camino, no respetando las disposiciones de la ley mencionada, que en su artículo 39 letra i), establece como funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias.

Por otra parte, el representante de la empresa recurrida (Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles, S.A.) señala en su defensa que a dicha empresa le fue asignado el trabajo de mejoramiento del camino San Pedro de Atacama a Paso Jama, Sector Variante San Pedro de Atacama, por el Ministerio de Obras Públicas (Resolución N°535 del 24 de septiembre de 1998), estableciéndose un plazo de construcción de la obra de 300 días corridos. El 12 de noviembre del mismo año se le entregaron los planos del trazado y del terreno para iniciar las obras y en dicha acta no se menciona la existencia de sitios arqueológicos. La empresa contrató a la arqueóloga Ana María Barón como asesora, según lo exigen las bases de la licitación, para el estudio arqueológico preliminar que determinara la existencia de sitios arqueológicos que se verán afectados por el trazado. Se recorrió todo el trazado por la profesional contratada y concluyó la existencia de cuatro sitios arqueológicos de alta densidad e importancia que convendría a todas luces salvar, se hicieron para tal estudio tres informes, el último el 4 de diciembre de 1998. La empresa dio cuenta del hallazgo a los personeros encargados de fiscalizar la obra.

En los cuatro sitios se advertía que no podían ser tocados por los trabajos del camino, por lo cual se sugirió un desvío del trazado original, o aplicar la medida de rescate arqueológico.

Asegura la empresa privada recurrida, que preparó un proyecto de desvío y determinó su costo, lo mismo se hizo con un eventual plan de rescate arqueológico. Como nada se dijera del Ministerio, y su contrato tenía límite en el tiempo, comenzó a practicar movimientos de tierra y despeje de materiales en el proyecto original y se intervino en uno de los sitios arqueológicos, ello, porque en su interpretación, *“se tornaba imperativo seguir una secuencia lógica de construcción”*<sup>196</sup>.

La respuesta oficial de la Subdirección de Desarrollo a la Subdirección de Obras del Ministerio de Obras Públicas señala expresamente que *“el trazado original afecta aproximadamente 1.600 metros de longitud de sitios arqueológicos de alta densidad ocupacional, lo que representa un 11,9% del total. Tomando en consideración las características arqueológicas este porcentaje de afectación **no es significativo**, lo que indica que el trazado se efectuó tratando de generar un mínimo impacto”*. Este mismo informe desestimó el nuevo proyecto de la empresa constructora porque no aseguraba la inexistencia de sitios arqueológicos por la alta presencia de ellos en toda la zona, por lo que se estimaba conveniente no modificar el trazado proyectado originalmente.

Ante la disyuntiva obligante de tener que continuar las obras, la empresa constructora optó por ejecutar el trabajo en el sector de Séquitor, Tchasquir con el máximo de precauciones posibles y *“depositando el producto de las excavaciones en un solo sitio para su posterior estudio y análisis”*.

En tanto, la defensa del Ministerio de Obras Públicas, representada por el ministro de la época, Jaime Tohá González, comienza solicitando la declaración de inadmisibilidad del recurso, fundándose en cuatro argumentos: I. La parte que recurre carece de legitimidad activa; II. El recurso se ha interpuesto ante un tribunal incompetente; III. El recurso es extemporáneo; y IV. El procedimiento de la protección es inaplicable en la especie.

En relación a la falta de legitimación activa se señala que ninguno de los recurrentes es legítimo titular de los derechos que indican y si lo fueren ninguno está siendo privado, perturbado o amenazado del ejercicio legítimo de tales derechos, es decir, no exhiben una situación jurídica de la cual derive un interés directo.

En cuanto al fondo, el Ministerio recurrido indica que luego de la

---

<sup>196</sup> Las comillas y letra cursiva son nuestras.

destrucción de los sitios señalados, se acordó en conjunto con el Consejo de Monumentos Nacionales, el Director de Vialidad de la II Región, la alcaldesa de San Pedro de Atacama y representantes de las comunidades de Séquitor, Solor y Coyo, modificar el antiguo trazado del By Pass para resguardar la integridad de los sitios arqueológicos aún sin afectar.

El recurrido plantea que no puede trasladarse a la Corte de Apelaciones un proceso administrativo que está en pleno desarrollo y sometido a procedimiento extraordinario. Señala que no existe urgencia para la intervención del Tribunal de Protección sino que deben ser resueltos antes las instancias jurisdiccionales previstas por la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 y a la Ley N°19.300, textos que contemplan la aplicación de medidas preventivas para resguardar situaciones de emergencia. Agrega que existen procedimientos expresamente consultados para la materia propuesta, como los contemplados por la Ley N°17.288. Señala que los hechos que se denuncian no tipifican infracción directa a ninguna de las garantías específicas que consigna el artículo 20° de la carta fundamental. Según su interpretación, resulta improcedente el recurso interpuesto ya que sólo importaría una precisa infracción de rango legal y no constitucional.

Por otra parte, en cuanto a la acusación referida a la inexistencia de un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, el ministerio recurrido se defiende señalando que el By- Pass *no es autopista* pues no se ajusta a los requisitos de velocidad de diseño, no posee doble calzada, no tiene prioridad absoluta de tránsito, no posee control total de accesos, etc. Requisitos exigidos para los proyectos de autopistas por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Agregan los recurridos que el camino By Pass no atraviesa áreas protegidas, por lo que no fue necesario su sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Además sostienen que el proyecto inicial es anterior a la fecha en que comenzó a regir la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, por lo que no eran ni son vinculantes las exigencias que establece dicho cuerpo de normas. Desestiman, asimismo, la aplicación del artículo 11° letra f) de la Ley N°19.300 en cuanto exige Estudio de Impacto Ambiental si el proyecto origina *“alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico-histórico y en general los pertenecientes al patrimonio cultural”*.

En cuanto a la Ley Indígena N°19.253 cuyo artículo 20° contempla la declaración de áreas de protección indígena, declarándose como tal a todo el territorio de la comuna de San Pedro de Atacama. Los recurridos consideran que en cuanto a la realización del camino By Pass, tal declaración no resulta vinculante para ellos, ya que no obsta a la realización de dicha obra.

#### 6.4.2 La Sentencia.

La sentencia recaída en el recurso de protección en análisis es de gran interés, ya que precisa los requisitos necesarios para que el patrimonio cultural arqueológico pueda contar con este medio de protección que franquea la ley, refiriéndose al mismo tiempo a las relaciones existentes entre la Ley N°17.288, la Ley N°19.300 y la Ley N°19.253. Resumiremos a continuación los principales argumentos que condujeron a la Corte de Apelaciones de Antofagasta a declarar inadmisibles este recurso.

En primer término, se declara inadmisibles el recurso porque los recurrentes no han ejercido las acciones judiciales o administrativas que franquea la ley, destinadas a resguardar, precaver, reparar y hasta sancionar administrativamente a los responsables; instrumentos jurídicos que están presentes en cada uno de los cuerpos legales invocados por el recurrente. Estiman que la materia constituye un contencioso especial que debería tratarse y conocerse a través de un procedimiento de *lato conocimiento* ante una jurisdicción ordinaria y no como se pretende, ya que la Corte de Apelaciones no es el estrado idóneo para tratarlos. La legislación especial que trata la materia posee los mecanismos jurídicos idóneos para el conocimiento de los hechos en que se funda el recurso interpuesto.

Existen normas sancionatorias en la Ley N°17.288 de Monumentos Nacionales, específicamente los artículos 38° y 44°, para quienes destruyan o perjudiquen Monumentos Nacionales; el artículo 42° concede una acción popular destinada a la denuncia a la justicia ordinaria. También la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en su artículo 53°, contempla una acción ambiental destinada a obtener la reparación del medio ambiente, y una acción indemnizatoria ordinaria que puede ejecutar el directo afectado. En tanto, la Ley N°19.253 sobre comunidades indígenas consagra en su artículo 19° una acción de reclamación para el caso de que se afectare o entorpeciere el derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales indígenas; sin embargo, respecto a este punto, en la especie no se han verificado los supuestos que establece la ley. A juicio del tribunal, estos mecanismos debieron ejercerse por los afectados y recurrentes *antes* de interponer un recurso de protección.

En cuanto a la alegación del Ministro de Obras Públicas donde solicita que el recurso sea declarado inadmisibles en atención a que existe falta de legitimidad activa por parte de los recurrentes, este planteamiento es desestimado por la I. Corte, en atención a la amplitud que a este respecto se ha dado al artículo 20° de la



Constitución Política de la República, desde el momento que permite a cualquier persona natural o jurídica, por sí o en representación de otro, comparecer ante el Tribunal de protección cuando estime la ocurrencia de un acto ilegal o arbitrario cometido por determinada persona.

En el considerando Séptimo, el fallo recoge los argumentos de la empresa constructora, en el sentido que luego de presentado un proyecto de desvío, y como nada se dijera del Ministerio, y su contrato tenía límite en el tiempo, comenzó a practicar movimientos de tierra y despeje de materiales en el proyecto original y se intervino en uno de los sitios arqueológicos, todo porque se tornaba imperativo concluir la obra en el plazo señalado. Agrega la sentencia que *“los trabajos fueron realizados en una parte no significativa de los sitios arqueológicos<sup>197</sup> porque se trató de generar un mínimo impacto. Por otra parte, se desestimó el trazado alternativo al original presentado a las autoridades de Obras Públicas por no asegurarse la inexistencia de sitios arqueológicos por la alta presencia de ellos en la zona. Durante el trabajo comenzado, se tomaron máximas precauciones y se depositó el producto de las excavaciones en un solo sitio para su posterior estudio y análisis”*.

Concluye también la I. Corte, que de lo dicho por los recurridos en sus informes y de los documentos presentados con ellos, que se aprecian en conciencia, no han existido en sus acciones u omisiones ni arbitrariedad ni ilegalidad para producir privación, perturbación o amenaza que se pretende en los recursos de protección, de las legítimas garantías constitucionales de ellos o sus representados.

Agrega que para que tales actos sean ilegales, preciso es que se hubiere actuado en contra de principios legales o normativos en general, lo que no ocurre en la especie.

Finalmente, atendiendo al mérito de los autos, al artículo 20° de la Constitución Política de la República de Chile y el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección dictado por la Excm. Corte Suprema, la Corte de Apelaciones de Antofagasta declara:

- No ha lugar a las peticiones previas hechas por los recurridos por falta de legitimación activa de los recurrentes; Incompetencia de este tribunal; la extemporaneidad del recurso y la inaplicabilidad del mismo.
- No ha lugar al recurso de protección que se dedujo a fojas 22 y 144, sin

---

<sup>197</sup> Las letras cursivas y negritas son nuestras.

costas, por haber tenido motivos plausibles para ir de protección.

- Sin perjuicio de lo resuelto, los recurridos deberán emplear la mayor diligencia para no incurrir en daños a los sitios arqueológicos de la región.

### 6.4.3 Comentarios.

El fallo anteriormente expuesto aborda temáticas de gran interés para la presente investigación y establece criterios de procedencia del recurso de protección del patrimonio cultural arqueológico que han de tenerse muy presentes por quienes deseen hacer uso de él en el futuro.

Destacaremos, en primer término, algunos aspectos de la sentencia que nos parecen relevantes, para después analizar ciertos hechos y argumentos legales, que no fueron abordados por dicho fallo, pero que también inciden en materias fundamentales para la comprensión de las relaciones entre la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288; la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300; el Reglamento N°30 del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y la Ley Indígena N°19.253, evidenciando asimismo algunas falencias de estos cuerpos legales.

El fallo en análisis realiza una importante precisión en cuanto a que no será admisible el recurso de Protección cuando se afecte a monumentos nacionales arqueológicos si es que no se han ejercido antes de su interposición todas las acciones legales que franquean las leyes especiales que regulan esta materia. Específicamente, el fallo se refiere al artículo 38° de la Ley N°17.288, que castiga con la pena establecida en los artículos 485° y 486° de Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil, a los particulares que destruyan u ocasionen perjuicios en los Monumentos Nacionales. También se menciona al artículo 44° que castiga con pena de multa ciertas infracciones a la Ley de Monumentos y, finalmente, está el artículo 42° de la Ley de Monumentos Nacionales que concede acción popular para denunciar toda infracción a dicha ley<sup>198</sup>.

Debemos tener presente, igualmente, la acción que establece el artículo 53° de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 que establece que *“producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria*

---

<sup>198</sup> Una denuncia por infracción a la ley de Monumentos Nacionales fue realizada por la alcaldesa de San Pedro de Atacama contra la empresa Navarrete y Díaz Cumsille, para perseguir los mismos hechos materia del fallo en actual análisis, en el Segundo Juzgado del Crimen de Calama, ROL N°35.847-7

*ordinaria por el directamente afectado*”. No obstante, respecto a esta última acción debemos señalar que su formulación es bastante restrictiva, siendo necesario que el titular reúna un conjunto de requisitos que limitan fuertemente su aplicación. Estos requisitos exigen que, en el caso de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, el titular de la acción se encuentre directamente afectado por el daño, y este daño tiene una connotación patrimonial no moral. Otros titulares de la acción son las Municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

En cuanto a la Acción de Reclamación establecida por el artículo 19° de la Ley N°19.253, ésta no es procedente en el caso en estudio.

La sentencia en análisis también desestima el argumento de los recurridos referido a la falta de legitimación activa de los recurrentes, señalando que la amplitud con que fue formulado el artículo 20° de la Constitución Política permite que “*cualquier persona*” haga uso de él si se cumplen los supuestos señalados por la ley. Esto nos parece de la mayor importancia, ya que si luego de entabladas las acciones legales que franquea la ley para proteger los monumentos arqueológicos esta protección no se consigue, entonces cualquier persona puede hacer uso del recurso de protección a objeto de hacer cesar esta privación, perturbación o amenaza.

A continuación nos referiremos al considerando Séptimo de la sentencia, dado que nos parece muy grave que la I. Corte haya recogido los argumentos esgrimidos por la empresa recurrida para justificar la destrucción de los sitios arqueológicos. El contenido de estos argumentos atenta abiertamente contra los principios más básicos de la ciencia arqueológica. De repetirse situaciones semejantes ello podría derivar en un daño irreparable para la reconstrucción de nuestro pasado precolombino.

Recordaremos que, de acuerdo a lo señalado por la empresa Navarrete y Díaz Cumsille, al recibir de parte del Ministerio de Obras Públicas una respuesta negativa a su proposición de implementar un desvío del camino, o bien, aplicar la medida de rescate arqueológico, para evitar la inminente destrucción de los sitios arqueológicos identificados. La empresa entonces comenzó a practicar movimientos de tierra y despeje de materiales en el camino original, interviniendo uno de los sitios arqueológicos. Los recurridos justifican su accionar señalando, textualmente, la respuesta dada por la Subdirección de Desarrollo a la Subdirección de Obras del Ministerio de Obras Públicas en el sentido que “*el*

*trazado original afecta aproximadamente 1.600 metros de longitud de sitios arqueológicos de alta densidad ocupacional, lo que representa un 11,9% del total. Tomando en consideración las características arqueológicas este porcentaje de afectación no es significativo, lo que indica que el trazado se efectuó tratando de generar un mínimo impacto*". Posteriormente, la sentencia en análisis recoge este argumento señalando que *"los trabajos fueron realizados en una parte no significativa de los sitios arqueológicos"*<sup>199</sup> *porque se trató de generar un mínimo impacto.*"

Debemos hacer presente en relación a este argumento que nos parece de una gran ligereza y revela la más completa ignorancia acerca de la naturaleza esencialmente contextual de la ciencia arqueológica. Sostener que un 11,9% del total de un asentamiento arqueológico es un porcentaje *no significativo* de afectación, no cuenta con ningún sustento científico. Al excavar un yacimiento arqueológico existe incertidumbre acerca de la localización y naturaleza de los materiales a ser recobrados, por lo que una excavación científica debe ser extremadamente rigurosa en ir detallando cada uno de los niveles de excavación y los elementos que se encuentran asociados. Ese 11,9% de afectación puede perfectamente coincidir con el espacio físico en que se ubiquen evidencias arqueológicas de la más alta relevancia, y que son por definición, irrepetibles. No se trata de bienes fungibles, para tratar de explicarlo en términos jurídicos, sino de elementos que sólo en base a su específica ubicación espacial, su relación con otros materiales situados en el mismo nivel y la naturaleza particularísima que poseen, pueden aportar información relevante para la arqueología científica.

Otro argumento planteado por la empresa constructora y que fue recogido por la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta se refiere al tratamiento dado al material arqueológico que se obtuvo al excavar ilegalmente este yacimiento arqueológico. La empresa señala al respecto que, ante la disyuntiva obligante de tener que continuar las obras, se optó por ejecutar el trabajo en el sector de Séquitor, Tchasquir con el máximo de precauciones posibles y *"depositando el producto de las excavaciones en un solo sitio para su posterior estudio y análisis"*. En tanto, la sentencia en análisis, señala al respecto que *"durante el trabajo comenzado, se tomaron máximas precauciones y se depositó el producto de las excavaciones en un solo sitio para su posterior estudio y análisis"*.

Los hechos descritos revelan un profundo desconocimiento del quehacer

---

<sup>199</sup> Las letras cursivas y negritas son nuestras.

arqueológico, nos resulta penoso constatar la falta de respeto por los principios científicos con que necesariamente han de ser tratados estos restos, y alarma la absoluta indiferencia demostrada por los recurridos y por los sentenciadores, respecto a la debida asesoría con que deben abordar materias que exceden su comprensión. Como se dijo, la arqueología es una ciencia contextual, la información la aportan no sólo los objetos recobrados sino también, y principalmente, la forma en que ellos se encuentran asociados, los eventos que evidencia el subsuelo, tales como, sepulturas, fogones, postes de habitación, etc. El hecho que una retroexcavadora remueva un sitio arqueológico y deposite el producto de su excavación a un costado del camino “*para su posterior estudio y análisis*”, es una aberración, desde el punto de vista científico, y ha producido, sin lugar a dudas, la pérdida irreparable de información, que únicamente una excavación científica sabe obtener.

Vamos a detenernos un poco en esto ya que nos parece del todo urgente que exista un esfuerzo coordinado entre especialistas vinculados a la arqueología, tribunales y sociedad chilena en general, en el sentido de crear conciencia respecto a qué es y cómo opera la ciencia arqueológica. Pensamos que existe una grave carencia de información, por parte del público no especializado, que se refleja en situaciones tan penosas como la recién descrita. Únicamente un esfuerzo coordinado podrá detener la grave e irremediable destrucción de nuestro patrimonio cultural arqueológico.

Otra de las materias abordadas por la sentencia en estudio señala que no existiría “*acción u omisión, ni arbitrariedad ni ilegalidad para producir privación, perturbación o amenaza de las legítimas garantías constitucionales...*” ya que, “*para que ello ocurra es necesario que se actúe en contra de principios legales o normativos en general, lo que no ocurre en la especie*”. Pensamos que sí existe una clara infracción a los preceptos de la Ley N°17.288, reconocida incluso por los recurridos al señalar que en la especie existiría una “*infracción legal no constitucional*”.

En efecto, el artículo 38° de la Ley N°17.288, establece que “*los particulares que destruyan u ocasionen perjuicios en los Monumentos Nacionales o en los objetos o piezas que se conserven en ellos o en los Museos, sufrirán las penas que se establecen en los artículos 485 y 486 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afecte, para la reparación de los daños materiales que hubieren causado en los aludidos Monumentos o piezas*”. El delito de daño arqueológico se encuentra, en nuestra opinión, completamente

configurado en la especie, y la parte subjetiva del tipo, se evidencia en el hecho que la empresa constructora, a instancias del Ministerio de Obras Públicas, procedió a la destrucción de los sitios arqueológicos conociendo perfectamente de su existencia, o sea obró con dolo directo. Resulta bastante inquietante constatar que el MOP opta por su destrucción, pese a que la empresa constructora planteó la posibilidad de proceder a la medida de rescate arqueológico.

También se infringió el artículo 26° de la Ley N°17.288 que establece que *“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, esta obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador del Departamento, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él”*. En la especie, la empresa constructora ocultó la destrucción de los sitios hasta que observadores externos dieron cuenta del hecho al Consejo de Monumentos Nacionales.

Hasta aquí llegaremos en el análisis de los argumentos manejados por la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta que declaró inadmisibile el recurso de protección en estudio. Deseamos referirnos a continuación a ciertos planteamientos esgrimidos por los recurrentes y recurridos que inciden sobre materias de interés para la presente investigación.

En primer término, nos referiremos a la acusación hecha por los recurrentes respecto a que existiría una infracción a la Ley N°19.300 y al Reglamento N°30 sobre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, porque el camino By Pass San Pedro de Atacama no fue evaluado ni sancionado ambientalmente, pese a que la licitación para la construcción del camino es posterior a la fecha de entrada en vigor del Reglamento N°30. Sobre el particular, el Ministerio de Obras Públicas se defiende señalando que el By- Pass *no es autopista* pues no se ajusta a los requisitos exigidos para los proyectos de autopistas por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Este es un aspecto muy interesante y tuvimos oportunidad de analizarlo en el Capítulo IV<sup>200</sup> de esta obra. Se refiere a la puerta de entrada al sistema de evaluación de impacto ambiental configurada por la inclusión del proyecto o actividad en la enumeración taxativa del Artículo 10° de la Ley 19.300. En efecto, el artículo referido señala los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. Únicamente los proyectos o actividades

---

<sup>200</sup> Capítulo IV, Sección 3.2 : Proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

enumerados en este artículo están sometidos a evaluación de impacto ambiental, si no se encuentran señalados en esta disposición no entran al sistema, aunque produzcan los impactos o efectos detallados el artículo 11° de la misma ley.

Efectivamente, únicamente las “*autopistas*” y los “*caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas*” se encuentran enumerados en el artículo 10° de la Ley N°19.300 (letra e), lo que constituye una grave deficiencia de este cuerpo legislativo y abre la puerta a una grave amenaza para nuestro patrimonio cultural arqueológico. El Ministerio de Obras Públicas construye una enorme cantidad de caminos que, en conjunto, configuran un enorme impacto ambiental, sin embargo, están liberados de ingresar al sistema por no constituir, técnicamente, una *autopista* o porque el camino no afecta áreas protegidas. El patrimonio cultural arqueológico es seriamente afectado por estas obras dado que alteran directamente el subsuelo. En mi opinión, y en pos de lograr una protección efectiva del patrimonio cultural arqueológico, debiesen ser incluidos todos los caminos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Finalmente, otro aspecto de interés se refiere a la acusación de los recurrentes en orden a que el Seremi de Obras Públicas y la Dirección Regional de Vialidad de la Segunda Región no dan cumplimiento a lo establecido en el artículo 34° de la Ley N°19.253, que señala en su inciso 1° que los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la ley, en su artículo 1° inciso segundo. Agregan también que los recurridos han desconocido el valor histórico que para las comunidades indígenas tiene el área de emplazamiento del futuro camino, no respetando las disposiciones de la ley mencionada, que en su artículo 39° letra i), establece como funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias.

Esta acusación hace evidente un problema de la Ley Indígena N°19.253, al que ya hemos hecho referencia en este Capítulo<sup>201</sup>, esto es, la ausencia de mecanismos concretos a través de los cuales puedan hacerse efectivos sus mandatos. No es suficiente indicar que se debe escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la ley, y que la CONADI debe preservar el patrimonio arqueológico, histórico y cultural indígena, es necesario también, que dicha ley señale procedimientos y sanciones para hacer efectiva esta protección<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Ver Capítulo 6, Sección 6.2

<sup>202</sup> Recordemos a este respecto que la Acción de Reclamación que establece el artículo 19° de la Ley N°19.253,

Lo mismo puede decirse acerca de la declaración de *Área de protección indígena*, que incluye a todo el territorio de la comuna de San Pedro de Atacama. La ley no señala los alcances y efectos de tal declaración, por lo que los recurridos consideraron que tal declaración no es vinculante para ellos, ya que no resultó una traba para la construcción del By Pass San Pedro de Atacama.

Debemos hacer presente al respecto que, ante la ausencia de mecanismos legales concretos de protección, la CONADI y las comunidades indígenas involucradas debieran hacer uso de la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288, solicitando que estos lugares sean también declarados Monumentos Nacionales, ya sea como Monumentos Históricos, o bien, como Zonas Típicas.

Dada la actual formulación de la Ley N°19.253, ella sólo podrá contribuir concretamente a la protección del patrimonio cultural indígena, si hace uso de los instrumentos de protección establecidos por la Ley N°17.288. Además, si estos lugares pasan a ser considerados como Monumentos Nacionales, inmediatamente caen también bajo la protección establecida por el Artículo 11° de la Ley N°19.300 que exige la realización de un Estudio de Impacto Ambiental y no una Declaratoria de Impacto Ambiental, cuando determinados proyectos afecten dichos monumentos.

No debemos olvidar que uno de los argumentos esgrimidos por los recurridos para justificar la falta de sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en el caso en estudio, fue que el camino By Pass no atraviesa áreas protegidas.

---

únicamente procede cuando se impide o entorpece el derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales de propiedad fiscal.



## **CAPÍTULO 7: Régimen Jurídico Internacional sobre protección de Patrimonio Cultural General y de los Pueblos Indígenas.**

Este Capítulo está orientado a determinar el régimen jurídico internacional sobre protección de patrimonio cultural general y del patrimonio cultural indígena, en particular. Analizaremos, en primer término, la protección del patrimonio cultural general, refiriéndonos a la legislación internacional sobre esta materia, algunos ejemplos de legislaciones extranjeras y a la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO (1972), único instrumento internacional ratificado por Chile. Posteriormente, examinaremos las convenciones internacionales relativas a la protección del patrimonio cultural indígena, tanto las que abordan directamente el tratamiento de los pueblos indígenas, como los instrumentos internacionales de aplicación general que cuentan con disposiciones aplicables al tema en estudio. Especificaremos, de igual manera, las convenciones o pactos ratificados por Chile que contienen disposiciones aplicables a la protección del patrimonio cultural indígena.

### **7.1 Legislación Internacional sobre protección del Patrimonio Cultural General.**

Inicialmente el derecho internacional clásico se refería a los principios según los cuales los Estados nacionales se relacionaban con otros Estados. Dado que cada Estado se considera soberano éstos sólo pueden imponerse límites por propio

consentimiento, ya sea de forma expresa (a través de Tratados) o de forma implícita (por medio de la costumbre). No obstante, en el siglo XX han surgido otras entidades, tales como organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales que han incrementado el número de acuerdos entre Estados, cambiando la forma clásica del derecho internacional. En efecto, una gran cantidad de leyes internacionales es ahora producida, no por tratados o costumbres entre Estados, sino por los órganos internacionales en sí mismos, tales como, la ONU, UNESCO, la Corte Internacional de Justicia, entre otros. Las organizaciones internacionales han hecho una gran contribución en materia de leyes internacionales, especialmente, en materia de derechos humanos y también en la protección del patrimonio cultural.

### **7.1.1 Evolución Histórica de la defensa del Patrimonio Cultural por parte de Organizaciones Internacionales.**

De acuerdo a lo señalado por O’Keefe y Prott,<sup>203</sup> la Liga de las Naciones, elaboró en Agosto de 1922 un informe sobre la seria dilapidación del patrimonio cultural, y adoptó una resolución recomendando la cooperación internacional en esta materia. Asimismo, la *International Association of Academies* adoptó resoluciones formuladas para las áreas bajo su competencia, pero que establecían principios de valor general. Posteriormente, estos principios fueron adoptados por Irak y Turquía, en 1924. La *Office Internationale des Musées*, organismo no gubernamental reconocido por la Liga de las Naciones, elaboró una *Convención sobre protección del patrimonio nacional artístico e histórico*. Este Convenio fue sometido a la aprobación de la Liga de las Naciones en 1938. Sin embargo, por varias razones, entre ellas la tensa situación política de la época, el Convenio propuesto nunca llegó a ser ley. En tanto, en 1937 se realizó en El Cairo la Conferencia Internacional sobre Excavaciones, por invitación del gobierno egipcio con el fin de considerar una serie de principios relativos a las excavaciones arqueológicas internacionales. Estos principios fueron recogidos en el Acta Final de la Conferencia. Estas directrices fueron tomadas posteriormente por la UNESCO en algunos de sus tempranos trabajos sobre protección del patrimonio cultural.

Hasta 1945, pese a que los gobiernos nacionales estuvieron preocupados por la protección del patrimonio cultural al interior de sus países, y aunque muchas

---

<sup>203</sup> O’KEEFE, P. y L. Prott, Op.Cit., 1984, pp.72.

organizaciones internacionales no gubernamentales tuvieron un rol activo en la elaboración de estándares internacionales apropiados, ningún instrumento internacional creó obligaciones legales directas sobre los Estados en esta materia.

### **7.1.2 La UNESCO.**

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, sostuvo su primera Conferencia General en 1946, fue establecida como una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas encargada de materias educacionales, científicas y culturales. La UNESCO es una organización intergubernamental: su Asamblea General, órgano encargado de la toma de decisiones, está conformado por delegados de los gobiernos nacionales. Al mismo tiempo, la UNESCO tiene su propio Secretariado permanente destinado a preparar estudios y ejecutar programas, éste órgano se relaciona con el *International Council of Museums (ICOM)*, una organización internacional no gubernamental con una considerable experiencia en el resguardo del patrimonio cultural. También se vincula estrechamente con el *International Council of Monuments and Sites (ICOMOS)* y con una gran cantidad de otras entidades culturales no gubernamentales que cuentan con una considerable experiencia en el cuidado de la herencia cultural.

En la segunda mitad del siglo XX, la UNESCO ha sido responsable del desarrollo de un importante cuerpo de leyes sobre patrimonio cultural contenidas en Recomendaciones y Convenciones, ha promovido también estudios y políticas en el área de la protección del patrimonio cultural, y ha conducido algunos de los principales programas en esta área, tales como, la preservación de los monumentos de la cultura Nubia amenazados por la represa de Asuán en Egipto.

El trabajo de la UNESCO es destacable, especialmente si consideramos que las materias culturales no siempre han recibido prioridad por parte de los Estados miembros de la organización, enfrentados a problemas más apremiantes como el desarrollo económico y la alfabetización.

#### **7.1.2.1 Convenciones de la UNESCO.**

La UNESCO ha desarrollado un buen número de tratados multilaterales (o convenciones) sobre materias culturales de interés internacional. Sin embargo, con el crecimiento de la comunidad internacional, el número de Estados partes aumentó de, aproximadamente, cuarenta (antes de la Segunda Guerra Mundial) a

un número superior a ciento cincuenta Estados. De este modo, las dificultades de obtener acuerdos universales a través de dichos instrumentos se ha incrementado enormemente. El diseño de las convenciones requiere una larga preparación, luego son cuidadosamente consideradas por los Estados, y generalmente, son lentas de implementar.

Las tres Convenciones promovidas por la UNESCO sobre protección del patrimonio cultural han surgido de Recomendaciones, cuyo largo proceso de elaboración, generalmente, asegura un nivel apropiado de estudio gubernamental. La formulación de una Convención, a la cual cada gobierno presta solemnemente su consentimiento a través de firma y ratificación (o por adhesión si el Estado no fue capaz de firmar dentro del período asignado), asegura que las obligaciones y derechos se hagan efectivos por medio de una ley internacional tradicional, obligando inmediatamente a los Estados parte. Aunque ella, a menudo, no pueda ser invocada por los individuos o grupos al interior del Estado hasta que la Convención haya sido incorporada a la legislación nacional. Las obligaciones contenidas en dicho instrumento, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.

No obstante, muchos Estados no ratificarán un tratado hasta que ellos estén seguros que sus leyes domésticas están en conformidad con los requerimientos del tratado, proceso que suele ser lento. Esto debe tenerse en mente al considerar el pequeño número de Convenciones existente y su relativamente lenta adopción.

Existen tres Convenciones de la UNESCO de importancia para la protección del patrimonio cultural, ellas son:

- Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en evento de Conflicto Armado, La Haya, 1954.
- 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.
- Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, Paris, 1972.

De las Convenciones mencionadas, únicamente, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural ha sido ratificada por nuestro país y la analizaremos en detalle en la sección correspondiente. A continuación, nos detendremos, brevemente, en el contenido de las Convenciones no ratificadas por Chile.

### **7.1.2.2 Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en evento de Conflicto Armado.**

Esta Convención fue realizada en La Haya, el 14 de mayo de 1954 y entró en vigor el 7 de agosto de 1956.

Entre los considerandos consignados en su Preámbulo, se señala que los Estados Partes reconocen que los bienes culturales han sufrido graves daños en el curso de los últimos conflictos armados, y se concluye que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad. De este modo, se reconoce que la conservación del patrimonio cultural posee una gran importancia para todos los pueblos del mundo y que conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional.

En la parte dispositiva de la Convención, las Partes Contratantes se comprometen, entre otras acciones, 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.

Al mismo tiempo, las Partes Contratantes se comprometen a respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Partes Contratantes, absteniéndose de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado. Aceptan también el compromiso de no tomar medidas de represalia contra los bienes culturales.

También se señala que las Partes Contratantes que ocupen total o parcialmente el territorio de otra Parte Contratante, deben asegurar la salvaguardia y la conservación de los bienes culturales de ésta. Los bienes culturales podrán ostentar un emblema que facilite su identificación.

Las Partes Contratantes también se comprometen a introducir en tiempo de paz en los reglamentos u ordenanzas para uso de sus tropas, disposiciones encaminadas a asegurar la observancia de esta Convención, y a inculcar en el personal de sus fuerzas armadas un espíritu de respeto a la cultura y a los bienes culturales de todos los pueblos.

La Convención también define el concepto de los “*bienes culturales*”, restringiendo su alcance a los fines del instrumento en estudio. La definición de los bienes culturales comprende, para la mencionada Convención, los siguientes ítems:

- a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;
- b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.;
- c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán "centros monumentales".

### **7.1.2.3 Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales.**

Esta Convención fue adoptada en París el 14 de noviembre de 1970 y entró en vigor el 24 de abril de 1972.

En su Preámbulo se destaca el hecho que el intercambio de bienes culturales entre las naciones con fines científicos, culturales y educativos aumenta los conocimientos sobre la civilización humana, enriquece la vida cultural de todos los pueblos e inspira el respeto mutuo y la estima entre las naciones. Por el contrario, la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales dificultan la comprensión mutua de las naciones, que la UNESCO tiene el deber de favorecer. Se reconoce el hecho que para lograr una protección eficaz del patrimonio es necesario organizarse tanto en el plano nacional como en el internacional, y contar con una estrecha colaboración entre los Estados. De este modo, la Convención en estudio persigue cumplir con estos objetivos de protección del patrimonio cultural mundial y favorecer al mismo tiempo la colaboración internacional.

Entre sus disposiciones destacamos las referidas a la obligación impuesta a los Estados Partes de establecer en su territorio, uno o varios servicios de protección del patrimonio cultural, encargado de ciertas funciones, tales como: elaboración de textos legislativos que sancionen las importaciones, exportaciones y

transferencias de propiedad ilícitas de los bienes culturales importantes; establecer y mantener al día, a partir de un inventario nacional de protección, la lista de los bienes culturales importantes; organizar el control de las excavaciones arqueológicas, entre otras.

Se establece también un *certificado*, por medio del cual el Estado exportador autorice la exportación de los bienes culturales de que se trate, y que deberá acompañar a todos los bienes culturales regularmente exportados.

Los Estados Partes en la presente Convención también se obligan a tomar todas las medidas necesarias, para impedir la adquisición de bienes culturales procedentes de otro Estado Parte en la Convención, por los museos y otras instituciones similares situados en su territorio. También se obligan a prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte en la Convención, después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión, siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada.

Esta Convención establece que todo Estado Parte cuyo patrimonio cultural se encuentra en peligro a consecuencia de pillajes arqueológicos o etnológicos podrá dirigir un llamado a los Estados interesados, quienes deberán colaborar para poner fin a esta situación.

Otra disposición que destacaremos, se refiere a que los Estados Partes en la Convención en estudio, podrán recurrir a la ayuda técnica de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, sobre todo en lo que respecta a: la información y la educación; a la consulta y el dictamen de expertos; y a la coordinación y los buenos oficios.

Esta Convención también desarrolla su propia definición de “*bienes culturales*” válida sólo para este instrumento. La definición comprende “*los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:*

- a. *Las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;*
- b. *Los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con*

- la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;*
- c. El producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;*
  - d. Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;*
  - e. Antigüedades que tengan más de cien años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;*
  - f. El material etnológico;*
  - g. Los bienes de interés artístico tales como:*
    - i) Cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);*
    - ii) Producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;*
    - iii) Grabados, estampas y litografías originales;*
    - iv) Conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia.*
  - h. Manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;*
  - i. Sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;*
  - j. Archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;*
  - k. Objetos de mobiliario que tengan más de cien años e instrumentos de música antiguos.*

#### **7.1.2.4 Recomendaciones de la UNESCO.**

El período posterior a la Segunda Guerra Mundial ha coincidido con el surgimiento de un importante cuerpo de material legal internacional, desarrollado fuera del ámbito de los tratados y costumbres reconocidos por el derecho internacional clásico. Ellas comprenden las decisiones de organizaciones internacionales a menudo adoptadas por simple mayoría, o en ciertos casos, por una mayoría especial.

Debemos hacer referencia al estatus jurídico de las Recomendaciones de la UNESCO, adoptadas por simple mayoría de la Asamblea General, según lo expresado por un estudio del Secretariado de la UNESCO (UNESCO/CUA 68, 9 de Agosto de 1955,3-4), que señala lo siguiente:



*“Las reglas de procedimiento relativas a las Recomendaciones a los Estados Miembros y las Convenciones Internacionales, adoptados por la Asamblea General en su sesión Quinta, y enmendada en la sesión Séptima...señalan específicamente que las recomendaciones son instrumentos por medio de los cuales “la Asamblea General formula principios y normas para la regulación internacional de una materia en particular e invita a los Estados Miembros a adoptar pasos legislativos o de otra especie que puedan ser requeridos –en conformidad con las prácticas constitucionales de cada Estado y la naturaleza de la cuestión en consideración- con el objeto de aplicar los principios y normas dentro de sus respectivos territorios.”*

*El tipo de recomendación ahora en análisis, el cual consiste en un Instrumento formalmente adoptado por la Asamblea General por simple Mayoría, no es, sin embargo, un instrumento carente de implicaciones legales. La adopción de una Recomendación por la Asamblea General de hecho da nacimiento, para los Estados Miembros como un cuerpo- e incluso para aquellos que no votaron por su adopción- a obligaciones específicas bajo la Constitución y Reglas de Procedimiento.*

*En primer término, la adopción de una Recomendación por la Asamblea General obliga a cada Estado Miembro en virtud del Artículo IV, párrafo 4, de la Constitución, a someter la recomendación a las autoridades competentes dentro del período de un año desde el cierre de la sesión de la Asamblea en la cual la Recomendación fue adoptada.*

*En segundo término, el Artículo VII de la Constitución, establece la obligación de informar por parte de los Estados Miembros, señalando que “cada Estado Miembro debe reportar periódicamente a la Organización, en la forma que determine la Asamblea General, sobre las acciones adoptadas relativas a las recomendaciones y convenciones referidas en el Artículo IV, párrafo 4”.*

A partir de lo expresado, se puede inferir que las Recomendaciones cuentan con una especial significancia dentro del sistema de la UNESCO y, aunque algunas de ellas han derivado subsecuentemente en Convenciones sobre el mismo tópico, ello no disminuye la existencia de las implicaciones legales mencionadas y, por tanto, no empece la importancia de las Recomendaciones el hecho que no hayan derivado posteriormente en Convenciones sobre el mismo tópico.

Otros dos factores deben ser considerados al establecer la importancia legal de las Recomendaciones de la UNESCO. El Artículo 38 c) y d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala que las fuentes de derecho para la Corte incluye no solo tratados internacionales y costumbres sino también

*“los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas:... decisiones judiciales y las enseñanzas de los tratadistas más calificados de las diversas naciones, así como medios subsidiarios de determinación de las reglas de derecho”.*

Las Recomendaciones de la UNESCO resumen el conocimiento y la cuidadosa preparación de connotados expertos, se trata, ciertamente, de *“tratadistas altamente calificados”*. Finalmente, Las Recomendaciones representan un número 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.

Las Recomendaciones de la UNESCO, lejos de ser ignoradas, constituyen un cuerpo significativo de principios legales y los Estados Miembros de la UNESCO tienen la obligación de considerarlos seriamente, e implementarlos hasta donde sea posible, e informar sobre las medidas que ellos han adoptado en conformidad a dichas Recomendaciones.

La primera Recomendación de la UNESCO relativa a la protección del patrimonio cultural fue la *Recomendación sobre los principios internacionales aplicables a las excavaciones arqueológicas* (1956), elaborada en Nueva Delhi y se basó en el Acta Final de la Conferencia del Cairo. Otras Recomendaciones de la UNESCO que inciden en materias relativas a la protección del patrimonio cultural incluyen las siguientes:

- Recomendación relativa a la salvaguarda de la belleza y carácter de paisajes y sitios, París, 1962.
- Recomendación sobre medios de prohibir y prevenir la exportación, importación y tráfico ilícito de propiedad del patrimonio cultural, París 1964.
- Recomendación relativa a la preservación de patrimonio cultural amenazado por obras públicas o privadas, París, 1968.
- Recomendación relativa a la protección, a nivel nacional, del patrimonio cultural y natural, París, 1972.

- Recomendación relativa al intercambio internacional de Patrimonio Cultural, Nairobi, 1976.
- Recomendación relativa a la salvaguarda y rol contemporáneo de las áreas históricas, París, 1978.

A continuación reseñaremos brevemente el contenido de algunas de las Recomendaciones mencionadas, especialmente aquellas que, por su generalidad, abordan más directamente los temas vinculados con la presente investigación.

#### **7.1.2.5 Recomendación sobre la protección, en el ámbito nacional del patrimonio cultural y natural.**

Esta Recomendación fue aprobada en París el 16 de noviembre de 1972. Entre los considerandos recogidos por el instrumento en estudio se señala que el patrimonio cultural y natural, constituye un elemento esencial del patrimonio de la humanidad y una fuente de riqueza y desarrollo armónico para la civilización presente y futura. No obstante, este patrimonio se encuentra gravemente amenazado por el desarrollo de la vida moderna, razón por la cual se llama a los Estados a cumplir con la obligación de proteger el patrimonio situado dentro de sus fronteras y velar por que se transmita a las generaciones futuras.

La Recomendación mencionada persigue dar a los bienes del patrimonio cultural y natural una función activa en la vida de la colectividad *“integrando en una política general, lo realizado en nuestro tiempo, los valores del pasado y la belleza de la naturaleza”*. Para cumplir con este objetivo cada Estado debe formular y aplicar, de conformidad con su legislación, una política nacional cuyo principal objetivo consista en coordinar y utilizar todas las posibilidades científicas, técnicas, culturales y de otra índole para lograr una protección eficaz de su patrimonio cultural y natural.

De este modo, a fin de proteger y conservar su patrimonio cultural y natural, cada Estado Parte ha de considerar dicha protección como uno de los aspectos fundamentales de sus políticas, del acondicionamiento del territorio y de la planificación, en la esfera nacional, regional o local. Los Estados Miembros deben emprender una acción concertada de todos los servicios públicos y privados interesados con objeto de formular esa política y de aplicarla. Los Estados Miembros tomarán en lo posible las medidas científicas, técnicas, administrativas, jurídicas y financieras necesarias para lograr la protección del patrimonio cultural

y natural situado en su territorio. Estas medidas se determinarán de conformidad con la legislación y la organización del Estado.

Por otra parte, cada Estado Miembro debe elaborar un inventario de la protección de su patrimonio cultural y natural.

En cuanto a las medidas de carácter jurídico, se señala que el patrimonio cultural y natural debe ser protegido en sus elementos individuales o en su totalidad, mediante disposiciones legislativas o reglamentarias, según las normas y los procedimientos jurídicos de cada país. También es de gran importancia la acción educativa y cultural, en tal sentido se insta a los Estados Miembros a emprender una acción educativa para despertar el interés del público y aumentar su respeto por el patrimonio cultural y natural.

A la acción de protección del patrimonio cultural y natural a nivel nacional, debe sumársele la cooperación internacional. En efecto, los Estados Miembros se comprometen a cooperar en el esfuerzo de proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural, recurriendo, cuando sea conveniente, a la ayuda de organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales.

Otro aporte de la Recomendación en estudio es la elaboración de las definiciones de "patrimonio cultural y natural", que como ya se dijo; tienen una validez restringida a esa Recomendación en particular, sin embargo, pueden servir de orientación en el esclarecimiento de tales conceptos. Dicha definición entiende por:

- "Patrimonio Cultural":

- Los Monumentos: obras arquitectónicas, obras de escultura o de pintura monumentales, inclusive las cavernas y las inscripciones, así como los elementos, grupos de elementos o estructuras que tengan un valor especial desde el punto de vista arqueológico, histórico, artístico o científico;
- Los Conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, que por su arquitectura, unidad e integración en el paisaje tengan un valor especial desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;
- Los Lugares: zonas topográficas, obras conjuntas del hombre y de la naturaleza que tengan un valor especial por su belleza o su interés desde el punto de vista arqueológico, histórico, etnológico o antropológico.

- "Patrimonio Natural": Incluye

- Los Monumentos Naturales: constituidos por formaciones físicas y biológicas, o por grupos de esta clase de formaciones, que tengan un valor especial desde el punto de vista estético o científico;

- Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales de gran valor o amenazadas, que tengan una importancia especial desde el punto de vista de la ciencia o de la conservación,
- Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas que tengan un valor especial desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación, de la belleza natural o de las obras conjuntas del hombre y de la naturaleza.

#### **7.1.2.6 Recomendación sobre la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro.**

La Recomendación mencionada fue aprobada en París el día 19 de noviembre de 1968. Esta Recomendación destaca en su Preámbulo el hecho que los monumentos, testimonios y vestigios del pasado prehistórico, protohistórico e histórico, así como muchas construcciones recientes que poseen una importancia artística, histórica o científica están cada vez más amenazados por los trabajos públicos y privados que resultan del desenvolvimiento de la industria y la urbanización. Por lo que es deber de los gobiernos asegurar la protección y la conservación de la herencia cultural de la humanidad, sin por ello detener su desarrollo social y económico. Dicho en otros términos, es urgente armonizar la conservación de la herencia cultural con las transformaciones que reclama el desarrollo social y económico, por lo que debe existir un esfuerzo para que ambos requerimientos se cumplan.

La Recomendación señala que las disposiciones encaminadas a conservar o salvar los bienes culturales puestos en peligro por obras públicas o privadas deberían ser preventivas y correctivas. Dándose prioridad a las medidas necesarias para la conservación in situ de los bienes culturales que corran peligro como consecuencia de obras públicas o privadas, para mantener así la continuidad y las vinculaciones históricas de tales bienes. Cuando las circunstancias económicas o sociales impongan el traslado, el abandono o la destrucción de los bienes culturales, los trabajos encaminados a salvarlos deberían siempre comprender un estudio detenido de los bienes culturales de que se trate y el registro completo de los datos de interés.

Las Medidas de Conservación y Salvación abarcan el ámbito legislativo, financiero, administrativo y todo lo relativo a métodos de conservación y salvación de los bienes culturales. Se proponen también sanciones, mecanismos de

reparación y recompensas. También se sugiere el desarrollo de Asesorías y Programas educativos.

Una sugerencia interesante señala que deberían protegerse, mediante su clasificación en zonas o su registro, los yacimientos arqueológicos importantes, teniendo en cuenta los lugares prehistóricos puesto que son difíciles de reconocer, los barrios históricos de las zonas urbanas o rurales urbanizadas, los conjuntos tradicionales, los vestigios etnológicos de culturas pretéritas y otros bienes culturales inmuebles que de otro modo pudieran correr peligro como consecuencia de obras públicas o privadas.

Otro aporte de esta Recomendación se refiere a la definición de “*bienes culturales*”, no obstante, su alcance se restringe al ámbito de aplicación del mencionado instrumento. La expresión “*bienes culturales*” se aplica a:

a. *Inmuebles, como los sitios arqueológicos, históricos o científicos, los edificios u otras construcciones de valor histórico, científico, artístico o arquitectónico, religiosos o seculares, incluso los conjuntos de edificios tradicionales, los barrios históricos de zonas urbanas y rurales urbanizadas y los vestigios de culturas pretéritas que tengan valor etnológico. Se aplicará tanto a los inmuebles del mismo carácter que constituyan ruinas sobre el nivel del suelo como a los vestigios arqueológicos o históricos que se encuentren bajo la superficie de la tierra. El término "bienes culturales" también incluye el marco circundante de dichos bienes,*

b. *Los bienes muebles de importancia cultural, incluso los que se encuentran dentro de bienes inmuebles o se hayan recobrado de ellos, y los que están enterrados y que puedan hallarse en lugares de interés arqueológico o histórico o en otras partes.*

La expresión "bienes culturales" abarca, no sólo los lugares y monumentos de carácter arquitectónico, arqueológico o histórico reconocidos y registrados como tales, sino también los vestigios del pasado no reconocidos ni registrados, así como los lugares y monumentos recientes de importancia artística o histórica.

#### **7.1.2.7 Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles.**

Esta Recomendación fue aprobada en París, el 28 de noviembre de 1978.

En el Preámbulo de esta Recomendación se destaca el gran interés que suscitan los bienes culturales, que se traduce actualmente en el mundo entero por la creación de numerosos museos e instituciones similares, la multiplicación de exposiciones, la visita cada vez mayor de las colecciones, monumentos y lugares

arqueológicos, así como por la intensificación de los intercambios culturales. Esta situación tiene como contrapartida un aumento los peligros que corren los bienes culturales, debido a un acceso particularmente fácil o a una protección insuficiente, a los riesgos inherentes al transporte y a la intensificación, en algunos países, de las excavaciones clandestinas, los robos, el tráfico ilícito y los actos de vandalismo.

Se señala que para una protección verdaderamente eficaz resulta indispensable la colaboración del público, por lo que los organismos públicos y privados encargados de la información y de la educación deberían procurar una toma de conciencia general sobre la importancia de los bienes culturales y su necesidad de protección.

Los bienes culturales muebles están expuestos al riesgo de deterioro como resultado de las malas condiciones de su almacenamiento, exposición, transporte y medio ambiente. En consecuencia, debería procurarse obtener unas condiciones ambientales que fueran convenientes con objeto de garantizar la seguridad material de dichos bienes culturales. La prevención de los riesgos entraña también el desarrollo de técnicas de conservación y de talleres de restauración, además de la instalación de sistemas eficaces de protección en los museos y otras instituciones donde se conservan colecciones de bienes culturales muebles.

Para luchar contra la delincuencia, de carácter organizado o individual, son necesarias medidas rigurosas de fiscalización. La protección y la prevención de los riesgos son mucho más importantes que la indemnización en el caso de deterioro o de pérdida, ya que la finalidad esencial consiste en preservar el patrimonio cultural y no en sustituir unos objetos irremplazables por sumas de dinero.

Debido al considerable aumento de los riesgos a que están expuestos los bienes culturales muebles, sería indispensable una cobertura adecuada en caso de producirse un siniestro.

Se recomiendan medidas de prevención de riesgos, de educación e información, medidas de control, medidas encaminadas a mejorar el financiamiento de la cobertura de los riesgos y medidas de cooperación internacional.

Esta Recomendación también aporta una definición de “*bienes culturales muebles*”, válida para este instrumento en particular, entendiéndose por tales a “*todos los bienes amovibles que son la expresión o el testimonio de la creación humana o de la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico*”. En particular los que corresponden a las categorías siguientes:

- i) *El producto de las exploraciones y excavaciones arqueológicas, terrestres y subacuáticas;*
- ii) *Los objetos antiguos tales como instrumentos, alfarería, inscripciones, monedas, sellos, joyas, armas y restos funerarios, en especial las momias;*
- iii) *Los elementos procedentes del desmembramiento de monumentos históricos;*
- iv) *Los materiales de interés antropológico y etnológico;*
- v) *Los bienes que se refieren a la historia, incluida la historia de las ciencias y las técnicas, la historia militar y social, así como la vida de los pueblos y de los dirigentes, pensadores, científicos y artistas nacionales y los acontecimientos de importancia nacional;*
- vi) *Los bienes de interés artístico.*
- vii) *Los manuscritos e incunables, códices, libros, documentos o publicaciones de interés especial;*
- viii) *Los objetos de interés numismático (monedas y medallas) o filatélico;*
- ix) *Los documentos de archivos, incluidas grabaciones de textos, mapas y otros materiales cartográficos, fotografías, películas cinematográficas, grabaciones sonoras y documentos legibles a máquina;*
- x) *El mobiliario, los tapices, las alfombras, los trajes y los instrumentos musicales;*
- xi) *Los especímenes de zoología, de botánica y de geología.*

### **7.1.3 El Consejo de Europa.**

Otro organismo internacional que ha tenido un activo rol en la creación de reglas relativas al patrimonio cultural es el Consejo de Europa, que cuenta con 21 Estados Partes. Este organismo elaboró el “*Convenio Europeo sobre Protección del Patrimonio Arqueológico*”<sup>204</sup>, cuya finalidad es aplicar métodos científicos rigurosos de investigación de los descubrimientos arqueológicos a fin de preservar plenamente su significación histórica; busca también impedir las excavaciones ilícitas; y dar, mediante la educación, su plena significación científica a las excavaciones arqueológicas. Este Convenio fue aprobado en Londres en 1969.

En este Convenio los Estados Partes se comprometen a delimitar y proteger

---

<sup>204</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “*Registro de Tratados y otros acuerdos internacionales relativos al Medio Ambiente*” UNEP/GC/Information 11/Rev.1. Nairobi, Mayo de 1985.



los sitios y las zonas de interés arqueológico. Las partes deben prohibir las excavaciones ilícitas, confiar las excavaciones solamente a personas calificadas y velar por el control y la conservación de los descubrimientos. Los Estados miembros deben también preparar inventarios nacionales y catálogos científicos de objetos arqueológicos de propiedad pública y privada. Se debe fomentar la circulación de objetos con fines científicos, culturales y educativos.

El Consejo de Europa también elaboró la “*Convención Cultural Europea*” en 1954, ella establece el concepto de Patrimonio Cultural Europeo. El Concilio de Europa está actualmente trabajando en la propuesta de una “*Convención sobre Ofensas contra el Patrimonio Cultural*” y en otro instrumento denominado “*Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuático*”. El Concilio de Europa cuenta con 21 miembros.

#### **7.1.4 La Organización de los Estados Americanos.**

La Organización de Estados Americanos también se ha preocupado de materias culturales, específicamente orientados a la regulación del traslado de objetos del patrimonio cultural nacional. Sin embargo, no se ha generado un cuerpo de reglas obligatorias sobre esta materia.

La OEA elaboró la “*Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas*” (Convención de San Salvador). Cuyo objetivo es adoptar, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, medidas de la mayor eficacia conducentes a la protección de los bienes culturales, y cumplir con la obligación de transmitir a las generaciones venideras el legado del acervo cultural.

Sus disposiciones pueden resumirse en las siguientes:

- a) Se prevé la identificación, registro, protección y vigilancia de los bienes que integran el patrimonio cultural para impedir su exportación e importación ilícitas y promover la cooperación para el mútuo conocimiento y apreciación del patrimonio cultural.
- b) Se establece que los bienes culturales incluyen, entre otras cosas, monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados, fauna y flora de la época precolombina, edificios, objetos artísticos, utilitarios y etnológicos de la época colonial y del siglo XIX; bibliotecas, archivos y manuscritos; publicaciones y documentos editados hasta el año 1850 que las partes declaren expresamente incluir dentro de los alcances de la Convención.
- c) Las partes se comprometen a regular por su legislación interna el registro de

- colecciones de tales bienes culturales y la prohibición de importar esos bienes procedentes de otros Estados sin la autorización correspondiente.
- d) Las partes se comprometen a prevenir la exportación e importación ilícita de bienes culturales y a restituirlos al Estado a que pertenecen, en caso de haberles sido sustraídos.
  - e) Las partes se obligan a cooperar facilitando la circulación, intercambio y exhibición de bienes culturales y promoviendo el intercambio de informaciones sobre tales bienes y sobre excavaciones y descubrimientos arqueológicos.

Esta Convención fue aprobada el 16 de Junio de 1976 y entró en vigor el 30 de Junio de 1978. Chile no se encuentra entre los Estados contratantes.

## **7.2 Legislación extranjera sobre protección del Patrimonio Cultural General: algunos ejemplos.**

A continuación examinaremos algunos ejemplos de legislación extranjera sobre protección del patrimonio cultural a nivel nacional. Se seleccionaron legislaciones de América del Norte, América del Sur y Europa con el objeto de contar con una amplia perspectiva para abordar el tema en estudio.

### **7.2.1 América del Norte.**

#### **7.2.1.1 Méjico.**

Méjico obtuvo su independencia en 1821 y simultáneamente surge gran interés por el resguardo del patrimonio cultural presente en su territorio, especialmente en lo relativo al pasado precolombino. En 1824 se funda el Museo Nacional Mexicano, entidad encargada de difundir y conservar la rica herencia arqueológica de este país. En 1897 una ley declaró que todos los monumentos arqueológicos son propiedad del Estado y son intransferibles.

En 1914 la *“Ley sobre Conservación de Monumentos Históricos y Artísticos y Bellezas Naturales”* señala que *“los monumentos, edificios y objetos artísticos e históricos constituyen patrimonio de la cultura universal que los pueblos deben*

*conservar y cuidar empeñosamente”.*

En 1972 se dictó la “*Ley Federal sobre Zonas Arqueológicas y Monumentos Artísticos e Históricos*”, actualmente en vigencia, la cual crea la presunción que todos los objetos muebles que no se encuentren registrados y que formen parte del patrimonio cultural son de propiedad de la nación. También aporta el concepto de “*monumento histórico*”, el que comprende los bienes vinculados con la historia nacional a partir del establecimiento de la cultura hispánica y aquellos inmuebles privados con características relevantes; y reconoce también las “*Zonas de Monumentos Históricos*” o estructuras a las que pertenecen un número de ellos.

De acuerdo a lo señalado por Cabeza y Simonetti<sup>205</sup>, el Instituto Nacional de Antropología e Historia y el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura están encargados de organizar asociaciones civiles, juntas vecinales y uniones de campesinos para impedir el saqueo arqueológico y preservar el patrimonio cultural de la nación. Ambas instituciones deben llevar el Registro Público de Monumentos y Zonas Arqueológicas e Históricas, y de Monumentos y Zonas Artísticas, respectivamente.

Por otra parte, y con el fin de controlar las excavaciones y el tráfico ilícito de objetos arqueológicos, el gobierno mexicano ha suscrito acuerdos bilaterales con Estados Unidos, país en el cual se encuentra uno de los mercados más poderosos de artefactos precolombinos.

### **7.2.1.2 Estados Unidos.**

De acuerdo a lo señalado por O’Keefe y Prott,<sup>206</sup> el año 1879 marca el comienzo de un movimiento el cual llevaría, un cuarto de siglo después, a la adopción de la primera política nacional de preservación histórica. Uno de estos hitos fue la fundación de la Sociedad Antropológica de Washington, la cual llegó a formar parte en 1902 de la American Anthropological Association. En 1879 fue también fundado el Instituto Arqueológico de América, quien apoyó grandemente el desarrollo de los estudios arqueológicos. En 1906 se dicta la “*Antiquities Act*”, apoyada por la legislación federal, luego de un siglo de saqueo y destrucción de la herencia arqueológica. La “*Antiquities Act*” castiga como delito (“*offence*”) la “*apropiación, excavación, daño o destrucción de ruinas prehistóricas o*

---

<sup>205</sup> CABEZA, A. y S. Simonetti, “*Legislación comparada de Patrimonio Cultural: Perú, España, Méjico y Francia*”. Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales, Segunda Serie, N° 13, Santiago, 1996, p.13

<sup>206</sup> O’KEEFE, P. y L. Prott, Op.Cit., 1984, pp.63.

*monumentos, o cualquier objeto de la antigüedad situado sobre tierras tribales o controladas por el Gobierno de los Estados Unidos*” sin permiso de la autoridad federal competente. Los permisos de excavación serían otorgados a instituciones científicas reconocidas con el objeto de incrementar el conocimiento y objetos presentes en los museos. El principal problema de esta ley es que su aplicación se restringió a tierras controladas por el gobierno federal o públicas y a tierras de los indígenas de Estados Unidos, una pequeña área dentro de su amplio territorio.

La “*Antiquities Act*” también autoriza al Presidente para declarar Monumento Nacional de dominio público, estructuras o sitios con el fin de protegerlos. Estas estructuras o sitios deben ser de interés histórico, prehistórico o científico.

En el período comprendido entre la “*Antiquities Act*” de 1906 y el “*Acta de Protección de los Recursos Arqueológicos*” de 1979, un número de leyes fueron implementadas en los Estados Unidos para producir en sólo unos pocos años una arqueología americana distintiva, denominada arqueología de conservación, manejo de recursos culturales, o arqueología por contrato.

El “*Acta de Sitios Históricos*” de 1935, puso en práctica una política nacional dirigida a preservar para el uso público los sitios históricos, construcciones, y objetos de importancia nacional para beneficio del pueblo de Estados Unidos. El programa diseñado por esta Acta fue ampliado por el “*Acta de Preservación Histórica Nacional*” de 1966, la cual estableció el Registro Nacional de Lugares Históricos y el Consejo Presidencial sobre Preservación Histórica. Las agencias federales deben consultar a este Consejo si sus actividades pueden, eventualmente, generar efectos adversos en algún sitio o barrio enumerado en la lista del Registro Nacional. En 1960 la “*Reservoir Salvage Act*” hace referencia a la arqueología de salvataje. Más tarde, el “*Acta de Política Nacional Medioambiental*” de 1969 exigió que todos los proyectos de alcance federal (ya sea, situados en tierras federales, con financiamiento federal o bajo permisos federales) debían contar con un estudio de impacto ambiental. El “*Acta de Preservación Histórica y Arqueológica*” de 1974 expandió el ámbito de la “*Reservoir Salvage Act*” de 1960, dándole protección a los objetos o sitios de “*significancia científica, prehistórica, histórica o arqueológica*”.

El “*Acta de Protección de los Recursos Arqueológicos*” de 1979, al igual que la “*Antiquities Act*” de 1906, protegen los recursos arqueológicos situados en tierras públicas y tierras de los indígenas de Estados Unidos. Adicionalmente, el “*Acta de Repatriación y Protección de Sepulcros de Indígenas Americanos*”(NAGPRA), de 1992, busca proteger los items culturales excavados o

descubiertos en tierras federales o tribales. Esta ley también garantiza a los descendientes vivos, o tribus culturalmente relacionadas, ciertos derechos de propiedad sobre los restos óseos humanos de las sepulturas y sobre los ítems culturales descubiertos sobre tierras federales o tribales, luego de la puesta en vigencia de la ley. El Congreso de los Estados Unidos señaló que NAGPRA persigue asegurar que “*los restos humanos sean en todo tiempo tratados con dignidad y respeto*”<sup>207</sup> y proteger los derechos de posesión de los objetos necesarios para preservar o renovar su cultura tradicional y religión.

## **7.2.2 América del Sur.**

### **7.2.2.1 Perú.**

Este país ha jugado un rol especialmente importante en el desarrollo de leyes relativas a las excavaciones arqueológicas en el hemisferio americano. Al igual que México, la protección fue lentamente establecida.

En 1822, una vez alcanzada la independencia, se dictó un decreto prohibiendo las excavaciones de monumentos prehispánicos y se funda un museo nacional. En 1893 un importante decreto se hace cargo del daño que se estaba infiriendo a los monumentos, al serles extraída partes con el objeto de ser exportados o incorporados en otros inmuebles; prohíbe también las excavaciones sin licencia; declara que todas las estructuras monumentales anteriores a la Conquista Española son monumentos nacionales y estableció una Agencia de Preservación de Antigüedades.

La Ley N°6.634 del 13 de Junio de 1929, crea el Patronato Nacional de Arqueología como organismo encargado de la protección y conservación de los Monumentos Arqueológicos, antigüedades y obras de arte de la Época Prehispánica. Sólo las instituciones científicas, locales y foráneas, contaban con autorización para estudiar los restos precolombinos.

En 1939, la Ley N°8.853 y su Reglamento Orgánico de 1962, crean el Consejo Nacional de Conservación y Restauración de lugares históricos, edificios, monumentos, muebles, joyas, pinturas, esculturas y, en general, de todo género que tenga valor histórico o artístico de la época Colonial. El Decreto Ley N°19.033 de 1971, establece normas sobre bienes muebles e inmuebles del Patrimonio Monumental de la Nación y reconoce que su conservación está en manos del Estado. Además clasifica estos bienes en:

---

<sup>207</sup> Rep.N°473,101 st Cong., 2d Sess. At 9 (1990). Citado en : O'KEEFE, P. y L. Prott, Op.Cit.,1984, pp.64.

- a) Muebles de la Época Preincaica e Incaica: son parte del Patrimonio Monumental por el solo ministerio de la ley y pertenecen al Estado.
- b) Inmuebles de la Época Colonial y Republicana con mérito arquitectónico, estético, urbanístico, histórico o documental: requieren declaración expresa por resolución suprema refrendada por el Ministerio de Educación, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble.
- c) Objetos Muebles de la Época Colonial y Republicana con mérito arquitectónico, estético, urbanístico, histórico o documental: sólo requieren certificación oficial del Instituto Nacional de Cultura para ser Monumentos.

En 1985 se dicta la *Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación*<sup>208</sup> cuyo objeto es la defensa del patrimonio cultural de la nación, definido como “*los bienes culturales que son testimonios de creación humana, material o inmaterial, expresamente declarados como tales por su importancia artística, científica, histórica o técnica*”. La Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación están encargados de proteger y declarar el patrimonio cultural bibliográfico y documental, respectivamente. Al Instituto Nacional de Cultura le corresponde lo propio con el patrimonio arqueológico, histórico y artístico, así como con las manifestaciones culturales orales y tradicionales del país. Este Instituto también autoriza las excavaciones de cementerios y sitios arqueológicos prehispánicos.

En tanto, el “*Reglamento de exploraciones y excavaciones arqueológicas*” (R.S. 559-85-Ed) de 1985, define los monumentos arqueológicos clasificándolos en “Zonas Monumentales”, “Áreas de Investigación” y “Zonas de Reserva Arqueológica”. Define también los requisitos para realizar excavaciones arqueológicas; señala los permisos necesarios de investigación y excavación, así como los contenidos de los informes de investigación.

#### **7.2.2.2 Ecuador.**

Aunque en Ecuador la intervención legislativa es comparativamente reciente, sus autoridades han sido especialmente activas en desarrollar una detallada estructura legislativa de protección del patrimonio cultural de su país.

En 1945 el Decreto Ley N°707 creó la Casa de la Cultura Ecuatoriana. Esta institución autónoma, dotada de personalidad jurídica e integrada por representantes de las ciencias histórico geográficas persigue fomentar la

---

<sup>208</sup> CABEZA, A. Y S. Simonetti, “*Legislación comparada de Patrimonio Cultural: Perú, España, Méjico y Francia*”. Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales, Segunda Serie, N°13, Santiago, 1996, p.3

investigación científica y procurar el aprovechamiento de la cultura universal. Este decreto designa a la Casa de la Cultura Ecuatoriana como “administradora” del Patrimonio Artístico Nacional, por medio de la Dirección de Patrimonio Artístico, que estará bajo su dependencia. De acuerdo a este decreto, el Patrimonio Artístico Nacional está integrado por todos aquellos objetos que tengan mérito artístico o valor histórico declarado por la Casa de la Cultura Ecuatoriana, sea que se encuentren en poder de comunidades religiosas o de sociedades o personas particulares. Además se llama a todo tenedor de estos objetos, cualquiera sea su clase, a denunciar su existencia a la referida institución, la que deberá llevar un inventario y un archivo documentado de los mismos.

En 1979 se dictó la “Ley de Conservación del Patrimonio Cultural”, ley que instauró la Dirección del Patrimonio Cultural de la Nación como un organismo dependiente del Ministerio de Educación. De acuerdo a lo señalado por Del Campo y Santibañez<sup>209</sup>, esta Dirección actúa en colaboración con la Presidencia de la República, con la Municipalidad de Quito y con la Casa de la Cultura Ecuatoriana. Actualmente, el rol que cumplen los municipios es fundamental, ya que cada Municipalidad elabora su propio plan de desarrollo urbano, dirigido a la conservación y restauración de monumentos coloniales.

Si los monumentos se encuentran en manos de particulares, el Estado les otorga franquicias tributarias consistentes en exenciones del 70% al 80% del impuesto territorial, siempre que las obras de conservación y restauración de los mismos lo ameriten.

### **7.3 Convenciones suscritas por Chile sobre protección del Patrimonio Cultural General.**

En materia de protección del patrimonio cultural general, Chile sólo ha ratificado la “*Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*”, aprobada en 1972 en París, por la Asamblea General de la UNESCO. El 20 de febrero de 1980, nuestro país ratifica esta Convención siendo en la actualidad Ley de la República de Chile.

El objetivo de la Convención es establecer un sistema eficaz de protección colectiva del patrimonio cultural y natural de valor excepcional, organizado de una manera permanente y según métodos científicos y modernos. Los procedimientos para la aplicación de la Convención establecen la necesidad de presentar a la UNESCO una *Lista Tentativa* de los bienes que cada país postulará como “Sitios

---

<sup>209</sup> DEL CAMPO y Santibañez, Op. Cit. Pp.148

del Patrimonio Mundial”. En el ámbito de los bienes culturales, el Consejo de Monumentos Nacionales elaboró esta nómina preliminar en 1998, la cual fue presentada por el Gobierno e inscrita por el organismo internacional. Esta Lista Tentativa incluye 18 bienes de nuestro patrimonio que representan el legado cultural dejado por nuestros antepasados y que cuentan con un indiscutido valor universal.

### **7.3.1 Contenido de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.**

Resumiremos a continuación las principales disposiciones de la Convención en estudio:

- a) Cada uno de los Estados partes reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio le incumbe primordialmente (artículo 4°);
- b) Todos los Estados partes reconocen que el deber de la comunidad internacional en forma global es cooperar en la salvaguardia del patrimonio considerado de carácter universal (artículo 4°);
- c) Las partes se comprometen a integrar la protección de su patrimonio en los programas de planificación general, instituir servicios de protección de su patrimonio, desarrollar estudios científicos y técnicos y adoptar medidas jurídicas, científicas, administrativas y financieras para proteger su patrimonio (artículo 5°);
- d) Las partes se obligan a prestar su concurso para proteger el patrimonio cultural y natural (artículo 6°);
- e) Se crea el Comité del Patrimonio Mundial, al que cada parte debe presentar un inventario de los bienes del patrimonio nacional y el cual debe publicar una “*Lista del Patrimonio Mundial*” y una “*Lista del Patrimonio Mundial en peligro*” (artículos 8° a 11°);
- f) Se crea el Fondo del Patrimonio Mundial cuyos recursos son aportados por las partes y otros órganos interesados (artículo 15°);
- g) Todo Estado parte puede pedir asistencia a favor de sus bienes que estén incluidos en las Listas del Patrimonio Mundial, y la asistencia que concede el Fondo puede consistir en estudios, servicios de expertos, formación de especialistas, suministro de equipo y concesión de préstamos o subvenciones (artículos 19° a 22°);



### **7.3.2 Importancia de la inclusión de nuestros Bienes Culturales en la Lista del Patrimonio de la Humanidad:**

De acuerdo a lo señalado por Del Campo y Santibañez<sup>210</sup> la inclusión de nuestros bienes culturales en la Lista del Patrimonio de la Humanidad que lleva la UNESCO es de gran importancia, ya que el Comité del Patrimonio Mundial colabora activamente en la conservación de este patrimonio a través del aporte de asistencia técnica con personal altamente especializado del Instituto de Conservación y Restauración de Roma (ICROM) o de expertos de universidades o institutos seleccionados a nivel mundial. Además, en casos de urgencia, contribuye financieramente por medio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), a través de campañas internacionales organizadas con ese objetivo.

Al Comité del Patrimonio Mundial le corresponde recibir y estudiar las peticiones de asistencia internacional formuladas por los Estados Partes y debe autorizar la celebración de los acuerdos necesarios con el Gobierno interesado. Asimismo, decide sobre la utilización de los recursos del “Fondo de Patrimonio Mundial” creado por esta misma Convención.

### **7.3.3 Lista Tentativa de Bienes Culturales de Chile a ser postulados como Sitios del Patrimonio Mundial/UNESCO.<sup>211</sup>**

La “*Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*” establece un sistema internacional de protección de los bienes culturales, que complementa la acción de los Estados. De este modo, los Estados Parte deben presentar al Comité del Patrimonio Mundial un inventario de los bienes del patrimonio cultural y natural situados en su territorio, en base a los cuales se elabora la “*Lista del Patrimonio Mundial*”, con los bienes que se consideran de valor universal de acuerdo a ciertos criterios, que la misma Convención establece.

---

<sup>210</sup> DEL CAMPO, C. y A. Santibañez, Op. Cit, Pp.142.

<sup>211</sup> CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES, “*Lista Tentativa de Bienes Culturales de Chile a ser postulados como Sitios del Patrimonio Mundial*”. Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales, Segunda Serie, N°30, Santiago, 2000.

Como se dijo en párrafos anteriores, los bienes que conforman la Lista del Patrimonio Mundial pasan a ser eventuales objetos de asistencia por parte de la UNESCO y la condición de Sitio del Patrimonio Mundial de un bien implica su mayor reconocimiento y valor.

Hasta la fecha, Chile cuenta con un solo sitio inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial, que es el Parque Nacional Rapa Nui, el cual ingresó a tal nómina en 1995, en la categoría de paisaje cultural. Las otras categorías de bienes del patrimonio mundial son la de bienes culturales y la de bienes naturales.

En el ámbito de los bienes culturales, el Consejo de Monumentos Nacionales elaboró la Lista Tentativa de Chile a ser postulados como Sitios del Patrimonio Mundial en 1998. Esta Lista Tentativa incluye 18 bienes de nuestro patrimonio, los cuales *“representan a cabalidad la diversidad y riqueza del legado que nos han dejado nuestros antepasados, que tiene indudable valor universal”*<sup>212</sup>.

A fines de 1999, Chile presentó las postulaciones de dos bienes incluidos en la Lista, los cuales están en proceso de evaluación por parte del Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO. Ellos son el Centro Histórico de Valparaíso y las Iglesias de Chiloé.

Los criterios señalados por la UNESCO para que los bienes culturales de un país determinado sean incluidos en la Lista del Patrimonio Mundial son los siguientes:

- a) el bien representa una obra maestra del genio creativo del hombre;
- b) el bien exhibe un importante intercambio de valores humanos, durante un período de tiempo o dentro de un área cultural del mundo, aplicado a la arquitectura, tecnología, obras monumentales, planificación urbana o diseño del paisaje;
- c) es un testimonio único, o por lo menos excepcional, de una tradición cultural o de una civilización;
- d) es un excepcional ejemplo de un asentamiento tradicional representativo de una cultura, especialmente cuando ella se ha vuelto vulnerable; o bien
- e) está directamente asociado con eventos, tradiciones, ideas, creencias u obras artísticas o literarias de valor universal.

La Lista Tentativa de Bienes Culturales de Chile a ser postulados como Sitios del Patrimonio Mundial de la UNESCO son los siguientes:

## 1.- Iglesias del Altiplano

---

<sup>212</sup> CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES, Op. Cit. Pp.1

- 2.- Sitios Arqueológicos de la Cultura Chinchorro.
- 3.- Calle Baquedano en la ciudad de Iquique.
- 4.- Oficinas Salitreras Humberston y Santa Laura.
- 5.- San Pedro de Atacama.
- 6.- Toconce y Ayquina.
- 7.- Valparaíso.
- 8.- Santuario de Altura Cerro El Plomo.
- 9.- Palacio de la Moneda.
- 10.- Iglesia y Convento de San Francisco.
- 11.- Campamento Sewell.
- 12.- Hacienda San José del Carmen El Huique.
- 13.- Viaducto del Malleco.
- 14.- Casa de Máquinas de Temuco.
- 15.- Iglesias de Chiloé.
- 16.- Complejo Defensivo de Valdivia.
- 17.- Arte Rupestre de la Patagonia.
- 18.- Cuevas de Fell y de Pali Aike.

Destaca la presencia de cuatro bienes culturales de naturaleza arqueológica que revela la importancia de este patrimonio cultural en nuestro país. Nos referimos a los Sitios Arqueológicos de la Cultura Chinchorro; el Santuario de Altura Cerro El Plomo, correspondiente al período incaico; el Arte Rupestre de la Patagonia y las Cuevas de Fell y de Pali Aike. Su mención, pese a ser una pequeña muestra de la gran variedad de sitios arqueológicos existentes en nuestro país, revela la gran riqueza de nuestro pasado prehispánico y la urgente necesidad de atención por parte de las autoridades políticas y la comunidad científica. Asimismo, debe existir un esfuerzo por parte de los especialistas en la educar a la sociedad chilena en su conjunto, a fin de que esta herencia se valore y no desaparezca.

Otros sitios de importancia antropológica, que también recogen nuestra herencia cultural amerindia, marcada por el sincretismo producido por las innovaciones introducidas por la llegada de los españoles, se reflejan en las Iglesias del Altiplano y los poblados de San Pedro de Atacama, Toconce y Ayquina.

Finalmente, debemos reconocer el enorme esfuerzo realizado por el Consejo de Monumentos Nacionales tendiente a salvaguardar el patrimonio cultural de nuestro país. Institución que, pese a sus medios limitados, ha logrado, en la última

década, potenciar enormemente su accionar e inaugurar líneas de acción nunca antes exploradas, con resultados tan exitosos como los reseñados en los párrafos precedentes.

#### **7.4 Legislación Internacional sobre protección del Patrimonio Cultural Indígena.**

A continuación se reseñarán brevemente los instrumentos internacionales que contemplan disposiciones aplicables a la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Sólo dos de ellos han sido elaborados específicamente para regular la situación de las etnias indígenas, nos referimos al Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales, 1957 (N°107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, 1989 (N°169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ninguno de los cuales ha sido ratificado por nuestro país. Por otra parte, se analizarán otros instrumentos internacionales de aplicación general, que cuentan con disposiciones aplicables al tema de estudio.

##### **7.4.1 Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales, 1957 (N°107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

La O.I.T. fue pionera en la creación de textos legislativos internacionales destinados a la protección de los pueblos indígenas, fruto de este esfuerzo es el Convenio 107, sobre poblaciones indígenas y tribuales.

El Convenio tiene su origen en los informes proporcionados por una Comisión de Expertos en Trabajo Indígena, cuyo contenido fue fijado en dos reuniones celebradas por ese comité en los años 1951 y 1954 respectivamente. El informe fijó los principios básicos para el tratamiento de las comunidades indígenas que fueron recogidos posteriormente por el Convenio<sup>213</sup>. No se observa en sus disposiciones ninguna preocupación específica por proteger el patrimonio cultural de las etnias indígenas .

---

<sup>213</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones Indígenas y tribuales, 1957 (Núm. 107), 75ª. Reunión. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, Informe VI (1), 1987. Pp.1-2.

De acuerdo a lo señalado por Hernán Salinas,<sup>214</sup> la orientación básica del Convenio se encuentra determinada por dos principios:

- La integración es el objetivo fundamental, y a su concreción deben encaminarse las acciones emprendidas por los gobiernos respecto de las poblaciones indígenas y tribuales.

Dispone el Convenio que *“incumbirá principalmente a los Gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países”*. (Artículo 2°. Párrafo 1).

- Mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, con este objetivo en mente, se contemplan normas relativas al derecho a la tierra, tendientes a proteger la propiedad indígena y relativas a la contratación y condiciones de empleo, cuyo objetivo es la igualdad con los demás estamentos laborales de la comunidad nacional.

Resulta evidente que la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas no fue una preocupación central del Convenio en estudio. Ninguna norma se refiere a desarrollar mecanismos de conservación de su lengua, cultura o tradiciones.

#### **7.4.2 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, 1960. UNESCO.**

Esta Convención entró en vigor el 14 de Diciembre de 1960. El objetivo fundamental de este instrumento es garantizar a todos los individuos el acceso igualitario a la enseñanza en todos los niveles en que se imparta.

La Convención define lo que debe entenderse por “discriminación” en su artículo 1° Párrafo 1, señalando que lo constituye *“toda distinción, exclusión, limitaciones o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza, y, en especial:*

- *excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;*
- *limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo”*.

---

<sup>214</sup> SALINAS, Hernán, “Las Poblaciones Indígenas en el Derecho Internacional”. Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile V.13, 1986, p.504

El instrumento en estudio hace una contribución a la protección internacional del patrimonio cultural indígena al reconocer a las “minorías nacionales” importantes derechos en la esfera de la educación. En efecto, el artículo 5°, Párrafo 1°, letra c), señala que los Estados Partes en la convención convienen:

*“En que deberá reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho de ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas las de establecer y mantener escuelas, y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando:*

*i) Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional.*

*ii) El nivel de enseñanza de estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito por las autoridades competentes; y*

*iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa.”*

Esta Convención es meritoria por el hecho de ser el primer instrumento internacional del Sistema de Naciones Unidas que reconoce derechos de las “minorías” y de paso, aporta herramientas de protección de uno de los componentes más importantes de la herencia cultural indígena, el idioma.

#### **7.4.3 Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1965. ONU.**

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965 y entró en vigor el 4 de enero de 1969.

Sus objetivos consideran promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. En atención a lo anterior se plantea la necesidad de eliminar rápidamente en todas las partes del mundo la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana,

La Convención define lo que entiende por "discriminación racial", la cual denotará *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en*

*condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.*

Al hacer referencia a lo “étnico” se incluye a los individuos indígenas dentro de la esfera de protección.

Nos parece que las normas que más claramente inciden en la protección del patrimonio cultural indígena son las relativas a las medidas especiales que pueden ser adoptadas por los Estados Partes con el fin exclusivo de asegurar el progreso de ciertos grupos raciales o étnicos que requieran protección, con el objeto de garantizarles el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. (Artículo 1º, Párrafo 4). De esta forma, se legitima una política de “discriminación positiva” en virtud de la cual se favorece la mantención y rescate del patrimonio cultural indígena, al tiempo que se desarrollan programas globales de apoyo a los pueblos originarios.

En el mismo sentido el artículo 2º N°2 de la Convención señala que “*los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.*

Finalmente, el artículo 7º refuerza el rol de la enseñanza y la cultura en la eliminación de la discriminación, estableciendo al respecto que los Estados partes “*se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos”.*

#### **7.4.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (ONU).**

Este Pacto fue aprobado por la Asamblea General de la O.N.U. en su resolución 2.200 A (XXI), el 16 de Diciembre de 1966, conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

El pacto se gestó en las Naciones Unidas como una forma de consagrar en un instrumento internacional obligatorio los derechos reconocidos en la

Declaración Universal de Derechos Humanos, de modo que es un texto general aplicable a toda la humanidad. Pese a no haber sido elaborado para otorgar una protección especial al patrimonio cultural de los pueblos indígenas, el artículo 13° párrafo 1°, consagra el derecho a la educación, favoreciendo el respeto a los grupos raciales, étnicos y religiosos. En efecto, la disposición citada señala que:

*“Los Estados Partes en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona a la educación”. Convienen en que: “la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.”*

Este precepto constituye un antecedente que permite fundar posteriores iniciativas para la consagración de un derecho a la educación bilingüe y bicultural para los pueblos indígenas.

#### **7.4.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (O.N.U.).**

Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la O.N.U. en su Resolución A (XXI) el 16 de Diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de Marzo de 1976.

El Pacto consagra el principio de la igualdad y no discriminación. Dos preceptos consagran los derechos recién referidos. En primer término el artículo 26° dispone que:

*“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*



Complementando la norma anterior, el artículo 27° consagra expresamente los derechos de las “minorías”:

*“En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.*

Tratándose de los pueblos indígenas el principio de igualdad y no discriminación se traduce en el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. Las demandas indígenas, a falta de normas especiales y reconociendo la ineficacia del Convenio 107, en subsidio del derecho de libre determinación han exigido se les reconozca por los Estados el derecho de ser diferentes y existir en la forma que señala el artículo 27° del Pacto.

Un grave problema de esta disposición es que reconoce los derechos de las minorías en términos de derechos individuales y no colectivos, en circunstancias que hay determinados “derechos colectivos, sociales y culturales que sólo pueden ser disfrutados por comunidades organizadas reconocidas como tales”<sup>215</sup>.

#### **7.4.6 Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Este Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de Marzo de 1976.

Su mención es importante pues permite hacer efectivo el ejercicio de los derechos consagrados en los Pactos Internacionales, reconociendo la competencia del Comité de Derechos Humanos para reconocer de reclamaciones en tal sentido. Señala el artículo 1°:

*“Todo Estado parte en el Pacto, que llegue a ser parte en el presente Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo jurisdic-*

---

<sup>215</sup> RODRIGUEZ, Nemesio, “La población indígena en América Latina”. En: Educación, Etnias y Descolonización en América Latina, México, UNESCO/III/V 2, 1983, C.VI, pp.130

*ción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto que no sean parte en el presente Protocolo”.*

#### **7.4.7 Declaración Internacional sobre Etnocidio y Etnodesarrollo, 1981 (UNESCO).**

Esta Declaración fue adoptada por la UNESCO, en colaboración con FLACSO, el 11 de Diciembre de 1981 en San José de Costa Rica. En esta Declaración se hace un llamamiento a diversos organismos internacionales, tales como la O.N.U., UNESCO, O.I.T., O.M.S. y F.A.O., así como a la O.E.A. y al Instituto Indigenista Americano, a que tomen las medidas necesarias para la puesta en práctica de los principios contenidos en la Declaración. Este llamado se hace extensivo a los países miembros de las Naciones Unidas y organismos especializados a fin de que cooperen en la concreción de tales decisiones.<sup>216</sup>

La Declaración persigue responder a una inquietud creciente por parte de expertos y organizaciones indígenas quienes sostienen que la única forma de combatir el etnocidio, entendiéndose por tal, el genocidio cultural de que están siendo objeto los pueblos indígenas, es a través de una política de *etnodesarrollo*. Señalándose que el etnodesarrollo es un derecho inalienable de los grupos indios.

Se entiende por etnodesarrollo *“la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que considere, e implican una organización equitativa y propia del poder. Esto significa, que el grupo étnico es una unidad político administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión”.*

Las demandas por acrecentar los niveles de autonomía por parte de los pueblos indígenas, representa una de sus más sentidas aspiraciones. La respuesta obtenida de los Estados nacionales en los cuales están insertos ha variado, atendiendo al concepto que cada uno de estos Estados maneja sobre sí mismo. Nicaragua y Canadá<sup>217</sup> se encuentran entre los Estados que mayores niveles de

---

<sup>216</sup> RODRIGUEZ, Nemesio, Op. Cit. pp.131.

<sup>217</sup> BERDICHEWSKY, Bernardo, “Autogobierno Indígena: el caso de Canadá” Actas del 3º Congreso Chileno de Antropología, Temuco, 1998.LOM Ediciones, Tomo I, pp.147-155.

autonomía han permitido a los pueblos indígenas que se encuentran dentro de sus fronteras, se trata de experiencias pioneras que de algún modo señalan derroteros que bien podrían ser considerados por el resto de Estados multiétnicos, como nuestro país.

En Nicaragua, por ejemplo, los derechos de autonomía surgen en un contexto de guerra, como resultado de un esfuerzo tardío por parte del gobierno sandinista por superar los errores en el tratamiento de los pueblos indígenas. El proyecto de autonomía para las comunidades indígenas de la Costa Atlántica (miskitos, sumus, ramas) y otros pueblos criollos (afrocaribeños y mestizos) fue aprobado en 1987. Esta autonomía fue también reconocida constitucionalmente en 1995<sup>218</sup>.

En nuestro país, dada su concepción como Estado unitario y la gran reticencia observada al intentar reconocer constitucional y legalmente a las etnias indígenas como “pueblos”, resulta difícil imaginar que estas demandas por mayores niveles de autonomía de los pueblos indígenas sean oídas. No obstante, el reconocimiento de nuestra naturaleza de estado multiétnico, así como los crecientes conflictos surgidos por el gran descontento de nuestros pueblos originarios debiera llevarnos a reconsiderar estas vías de solución desarrolladas por los países mencionados. En mi opinión, es del todo urgente y necesario que nuestro concepto de Estado evolucione dando cabida a la posibilidad de etnodesarrollo y crecientes niveles de autonomía de nuestros pueblos indígenas. Evidentemente, tal reconocimiento fortalecería su identidad y es un paso substancial en la protección de su patrimonio cultural.

#### **7.4.8 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (N°169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Este Convenio fue adoptado el 27 de Junio de 1989 en Ginebra y entró en vigor el día 5 de Septiembre de 1991.

El Convenio en estudio destaca en su Preámbulo que la evolución del derecho internacional desde la entrada en vigor del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la

---

<sup>218</sup> RIZO, Mario, “Derechos Indígenas en Nicaragua: Notas para un bosquejo de la relación del estado con la autonomía regional, las comunidades indígenas y los campesinos de la frontera agrícola. Un enfoque de la antropología jurídica”. Actas del 3° Congreso Chileno de Antropología, Temuco, 1998.LOM Ediciones, Tomo I, pp.162-175.

orientación hacia la asimilación de los instrumentos anteriores. Reconoce, por otra parte, las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Destaca también la contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.

En suma, este Convenio *“parte de la premisa esencial del respeto a las características específicas y diferencias de los pueblos indígenas y tribales, en los órdenes cultural, social y económico. Consagra el respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos, en un marco general de garantías que les permita mantener su identidad propia y diferenciada, con un criterio de autoidentificación, exenta de presiones que pudiera propender a una asimilación forzada, aunque sin negarles tampoco la posibilidad de integrarse a otras sociedades y formas de vida, siempre que así lo decidieran libre y voluntariamente”*<sup>219</sup>

En cuanto a sus disposiciones, haremos mención a aquellas que cuentan con una especial relevancia en materia de protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. En cuanto al vocablo “pueblos” debemos recordar que para el Convenio en estudio, este concepto *“no tiene implicaciones respecto del derecho de libre determinación”*. Es decir, no se pronuncia respecto al derecho a la libre determinación de los pueblos.

En su artículo 2° se señala que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción debe incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2° letra b). Agrega el artículo 3° que *“los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”*. A fin de hacer efectiva esta protección los Estados Partes deben adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el

---

<sup>219</sup> Oficina Internacional del Trabajo, “Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm.107)”. Conferencia Internacional del Trabajo 76ª. Reunión, 1989. Ginebra, Suiza,. Informe IV (2 B), 1989, pp.11.

trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Los derechos garantizados que inciden directamente sobre la protección del patrimonio cultural indígena pueden clasificarse de la siguiente manera:

I. Derechos Económicos y sociales:

- Derecho a participar en el proceso de desarrollo:

A este respecto, el artículo 6° letra a) señala que los gobiernos deberán *“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*. De gran relevancia para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas es la norma que dispone que *“los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*. Los gobiernos deben también velar por que, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas (Artículo 7°).

- Derechos sobre la tierra indígena y sus recursos.

El artículo 13° señala que *“los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”*. La protección de las tierras indígenas es vital para el normal desarrollo de una cultura, del mismo modo, resulta un componente esencial para el mantenimiento y acrecentamiento de su patrimonio cultural.

El artículo 16°, en tanto, hace referencia al traslado de poblaciones desde sus territorios ancestrales señalando que *“los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”*. Si el traslado es inevitable éste sólo deberá efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno

conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

## II. Derechos culturales, civiles y políticos:

### - Revalorización del Derecho Consuetudinario Indígena.

Este aspecto es de gran importancia para el rescate del patrimonio cultural indígena y da inicio a una flexibilización en la manera de impartir justicia a los pueblos originarios, la cual se ha caracterizado por su autorreferencia y estricto apego a los cánones del derecho occidental, favoreciendo un acelerado proceso de aculturación. A este respecto, el artículo 8° dispone que *“al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”*. Agrega la disposición en comento que *“dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”*.

El artículo 9° señala que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, siempre que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Agrega que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

También en el ámbito penal, el artículo 10° señala que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. En cuanto a la naturaleza de las sanciones, la disposición citada indica que debe darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Frente a la crítica efectuada por algunos Estados relativa a que estas disposiciones menoscaban los sistemas jurídicos nacionales, la Oficina de la OIT

desestimó tales aseveraciones señalando que *“es indispensable cierto grado de respeto por los métodos de autorreglamentación de estos pueblos para acatar la obligación fundamental dimanante del Convenio de respetar su cultura propia”*. Agrega posteriormente: *“la flexibilidad del texto tiene por objeto permitir la incorporación gradual del concepto en la legislación nacional sin menoscabar el ordenamiento jurídico en vigor”*<sup>220</sup>

De acuerdo a lo señalado por Nancy Yañez<sup>221</sup> *“el espíritu de estas disposiciones es en consecuencia, la incorporación del Derecho Consuetudinario como fuente de derecho, especialmente del Derecho Consuetudinario Indígena, que según ya señaláramos, obedece a la necesidad de reconocer una distinta concepción del cosmo, que se estructura sobre una distinta percepción valórica, dando nacimiento a una normativa jurídica propia”*.

Sin embargo, la incorporación del derecho indígena es incompleto, señalándose que éste será aplicable siempre y cuando *“no sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.”* Ello implica que la posibilidad de aplicación del derecho indígena está supeditado a no contradecir el derecho de la cultura dominante, remitiéndose a conceptos jurídicos ajenos a los pueblos indígenas. De este modo, vemos que se requiere aún de una mayor evolución en esta materia, evolución dirigida a una real legitimación de una cultura diversa, de lo contrario estaremos frente a un reconocimiento más aparente que real del sistema normativo de las culturas originarias.

- Derecho a la Seguridad Social y Salud.

En esta materia se señala que los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

En materia de protección del patrimonio cultural indígena el artículo 25 N°2 señala que *“los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.”*

---

<sup>220</sup> Oficina Internacional del Trabajo, Op. Cit, pp.27.

<sup>221</sup> NANCY YAÑEZ F. Op. Cit. p.118

Esta disposición implica un reconocimiento de la medicina tradicional indígena.

- Derecho a la Educación.

En materia de educación encontramos importantes disposiciones referidas a la protección del patrimonio cultural indígena, donde se reconoce la diversidad cultural y lingüística, sin embargo, el Convenio no llega a consagrar el derecho de estos pueblos a tener una educación bilingüe intercultural, en este sentido, nuestra Ley N°19.253 se puede considerar un paso adelante del Convenio en estudio.

En primer término, el artículo 23° señala que en materia de formación profesional:

*“...la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades...”*

*“...a petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y sus características culturales.”*

Por otra parte, el artículo 27° señala que los programas y servicios de educación destinados a los pueblos indígenas deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus aspiraciones sociales, económicas y culturales. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos.

El artículo 28° agrega que, siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos indígenas a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.



La disposición citada también prescribe que deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

En tanto, el artículo 31° hace mención a una importante labor de educación de la comunidad nacional con el objeto de evitar la discriminación y revalorizar la cultura de los pueblos originarios. A este respecto señala que *“deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados”*.

Recapitulando, podemos afirmar que el Convenio N°169 constituye un avance en el reconocimiento y respeto de los pueblos y culturas indígenas, principalmente, en lo relativo al reconocimiento de estas etnias como “pueblos”. Sin embargo, sus disposiciones son perfectibles en muchas materias y evidencian una concesión a los intereses estatales de tal magnitud que hacen palidecer todas y cada una de las reivindicaciones establecidas para los pueblos originarios.

## **7.5 Convenciones suscritas por Chile que inciden sobre la protección del Patrimonio Cultural Indígena.**

Chile no ha ratificado ningún instrumento internacional referido específicamente a la protección de los pueblos indígenas, no obstante, a continuación mencionaremos una serie de convenciones que, dado su ámbito general de aplicación, pueden ser empleadas para defender los derechos culturales de las minorías étnicas. Ellos son:

### **- Convención relativa a la Lucha contra la discriminación en la esfera de la Enseñanza.**

Esta Convención entró en vigor el 14 de Diciembre de 1960 y fue ratificada por Chile el 26 de Octubre de 1971.

### **- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial, 1965.**

Esta Convención entró en vigor el 4 de enero de 1969 y fue ratificada por Chile el 20 de octubre de 1971.

**- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.**

Este Pacto entró en vigor el 3 de enero de 1976 y fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

**- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.**

Este Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

## **CONCLUSIONES**

El patrimonio cultural de un pueblo o país cumple un rol vital en el desarrollo y afianzamiento de su identidad, es por ello que el régimen jurídico de protección que le atañe es un tema fundamental. Esperamos que la presente obra contribuya a la percepción más clara acerca de su importancia, de los logros

alcanzados a nivel legislativo y también de las encrucijadas que actualmente enfrenta este bien jurídico.

Nuestra investigación ha focalizado su interés en tres temáticas fundamentales, ellas son, la protección jurídica del patrimonio cultural en sentido genérico; la protección jurídica del patrimonio cultural indígena y las relaciones entre patrimonio cultural y legislación medio ambiental. Nos referiremos a continuación a cada uno de los tres grandes temas mencionados.

La protección del patrimonio cultural general, en nuestro país, ha sido encomendada a diversos cuerpos legislativos, destacándose la Ley N°17.288, cuando se trate de Monumentos Nacionales. En general, puede decirse que cuenta con un régimen de protección satisfactorio en muchos aspectos, y que resulta acorde con lo observado en otras legislaciones e instrumentos internacionales. Sin embargo, nos esforzaremos por hacer presentes los aspectos perfectibles en dicha legislación, así como sus carencias.

A nivel constitucional, por ejemplo, notamos que existe una escasa ratificación de instrumentos internacionales destinados a regular esta materia, lo que se traduce en una gran falencia de mecanismos punitivos y de colaboración internacional en la represión de los atentados contra nuestros bienes culturales. En efecto, entre los tratados sobre derechos humanos que se encuentran vigentes, y que son elevados a rango constitucional por la reforma de 1989, sólo se encuentra el “*Convenio sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*”, existiendo otras dos Convenciones de la UNESCO de importancia para la protección del patrimonio cultural, que no fueron ratificadas por Chile, ellas son la “*Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en evento de Conflicto Armado*” y la “*Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales*”. Otro instrumento internacional de gran importancia en el contexto americano y que tampoco se encuentra ratificado por Chile es la “*Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas*” (Convención de San Salvador) de la OEA. Estos instrumentos establecen un número de normas protectoras del patrimonio cultural que resultan esenciales para su debido resguardo, pensamos que nuestros legisladores deberían esforzarse por incorporar a nuestro país, por la vía de la adhesión, a este sistema de protección internacional.

Por otra parte, en cuanto a la protección legislativa del patrimonio cultural general, vimos que la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 ha jugado un importante rol en el resguardo y manejo de los Monumentos Nacionales de Chile.

A este respecto, debemos reconocer el enorme esfuerzo realizado por el Consejo de Monumentos Nacionales tendiente a salvaguardar el patrimonio cultural de nuestro país. Esta institución, pese a sus medios limitados, ha logrado, potenciar enormemente su accionar desarrollando líneas de acción muy variadas, como la Evaluación de Impacto Ambiental sobre Monumentos Nacionales, la implementación de la Lista Tentativa de Bienes Culturales de Chile a ser postulados como sitios del Patrimonio Mundial de la UNESCO, además de su labor normal en la aplicación de la Ley N°17.288.

En cuanto a las categorías de Monumentos Nacionales y sus efectos, debemos señalar que existen en su formulación algunas incongruencias susceptibles de ser mejoradas, así como ciertas características que deben ser defendidas a toda costa. En el primer caso, se encuentran los Monumentos Históricos, en relación a los cuales nos parece que debiera existir una mayor participación del propietario en el proceso de declaración de monumento histórico, y tal declaración debería conllevar algún beneficio para él, y no únicamente limitaciones al dominio, como ocurre en la actualidad. Así se observa en derecho comparado y resulta una solución lógica si consideramos las limitaciones y restricciones al dominio, soportadas por el titular del bien.

La conceptualización de los Monumentos Arqueológicos, en cambio, nos parece muy acertada, y pensamos que debe ser mantenida pese a las críticas planteadas por cierta doctrina. Nos referimos, específicamente, a la discusión suscitada en torno al régimen de propiedad pública de los monumentos arqueológicos. En nuestra opinión, ello se justifica porque tales monumentos poseen un valor incalculable y, únicamente, bajo tutela directa del Estado pueden ser debidamente protegidos. Si formarían parte del patrimonio del dueño del inmueble donde se encuentren, resulta fácil imaginar la rapidez con que desaparecerían los vestigios de nuestro pasado histórico y prehispánico, sin alcanzar a ser adecuadamente estudiados por los especialistas en la materia. Agregaremos, que la propiedad estatal de los vestigios arqueológicos es una modalidad muy común en derecho comparado y se funda en la función social de la propiedad.

Ahondando un poco más en esta categoría de Monumento Nacional, agregaremos que nos resultó alarmante constatar el profundo desconocimiento existente en nuestros tribunales y autoridades gubernamentales, acerca de la naturaleza esencialmente contextual de la disciplina arqueológica. Hecho que resultó evidente del análisis del fallo del Recurso de Protección presentado por comuneros atacameños por la destrucción de sitios arqueológicos durante la construcción del camino By Pass San Pedro de Atacama. En efecto, la arqueología moderna logra

conocimiento a través de objetos y sitios arqueológicos, pero el conocimiento no debe ser confundido con los objetos o sitios en sí mismos. La información es obtenida no sólo a través del estudio del objeto en sí, sino también analizando las relaciones de los objetos y evidencias *entre sí*. Es por ello que nuestras autoridades administrativas y judiciales han de ser especialmente drásticas en sancionar las excavaciones ilegales de sitios arqueológicos, no se subsana el daño irreparable porque los infractores depositen el material arqueológico en los bordes del camino, para su posterior estudio.

Otro aspecto que destacaremos, relativo en parte a los Monumentos Arqueológicos y en parte al patrimonio cultural indígena, se refiere al tratamiento legislativo dado por nuestra legislación a los restos humanos de los pueblos indígenas, ya sean de naturaleza arqueológica, histórica o actual. Del análisis de la legislación aplicable a esta materia resultó evidente que hace falta el desarrollo de un esfuerzo legislativo que otorgue un tratamiento unitario y a la altura de lo que merecen los restos humanos de nuestros antepasados amerindios. Consideramos que el tratamiento jurídico que un país otorgue a los restos humanos de sus poblaciones indígenas requiere de mucha reflexión y delicadeza. Se trata de leyes de un hondo contenido humano y un tratamiento inadecuado de este tema conduce a graves fisuras en la convivencia y armonía nacional. No debemos olvidar que aunque para los especialistas los restos materiales del pasado cuentan únicamente con una importancia estética o histórica, para los indígenas ellos representan el centro de su identidad personal y su sistema religioso. Debe realizarse un esfuerzo por establecer en forma precisa las relaciones entre legislación sobre vestigios antropológicos y arqueológicos, y el empleo que hacen de estos sitios u objetos los pueblos indígenas.

La excavación de restos humanos indígenas no debe recibir una protección inferior a la que se otorga a la sociedad general.

Otro aspecto relativo a la protección legislativa del patrimonio cultural que presenta problemas, se refiere a su protección penal. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico no existe lo que pudiera denominarse como "*delitos contra el patrimonio cultural*", no obstante, tanto en el Código Penal como en leyes especiales es posible encontrar algunas disposiciones que sancionan penalmente algunas conductas lesivas para dicho patrimonio, produciéndose una protección parcial por vía "tangencial". Sin embargo, concluimos que el conjunto de normas penales existente deja en evidencia que la protección penal del patrimonio cultural es muy rudimentaria en nuestro país, y carece de la sistematicidad necesaria para constituir un medio de resguardo eficaz. Resulta de especial urgencia que se

sancione penalmente el saqueo de sitios arqueológicos, y la posterior comercialización o tráfico ilícito de estos Monumentos, dada la grave depredación que se observa en dichos sitios, por parte de “*huaqueros*” o saqueadores de cementerios históricos y prehispánicos, con el fin de comercializar las piezas obtenidas. Muchas veces estos sujetos han sido dejados en libertad por no existir norma penal aplicable a su acción.

El tema de la protección del Patrimonio Cultural Indígena, resultó de gran interés y complejidad. Debemos señalar que la Ley N°19.253 constituyó un gran avance en el reconocimiento y respeto de nuestros pueblos originarios, haciéndose cargo de una deuda histórica arrastrada desde los inicios de nuestra historia republicana. Esta ley ha innovado en numerosas materias esenciales para la subsistencia de los pueblos indígenas de Chile y ha contribuido a la mantención de su patrimonio cultural. No obstante, no son pocos los actuales problemas que aquejan a nuestras culturas indígenas, así como las dificultades surgidas en la aplicación práctica de la Ley N°19.253. Nos referiremos, en los párrafos siguientes, a lo que consideramos como los principales desafíos que enfrenta la protección del patrimonio cultural indígena.

Por una parte, la Constitución Política de 1980, no reconoce de modo alguno la existencia de pueblos indígenas en nuestro país, y por lo mismo, no existe ninguna mención sobre la necesidad de proteger el patrimonio cultural aborígen. Esta situación se opone a lo observado en otras legislaciones extranjeras donde el reconocimiento de los derechos indígenas a nivel constitucional es de común ocurrencia. Muchos países americanos han consagrado en sus Cartas Fundamentales dicha protección y el reconocimiento de sus países como Estados pluriétnicos. Tal reconocimiento no es algo trivial ya que da sustento constitucional a las políticas de *discriminación positiva*, tan necesaria para mejorar la desmedrada situación de los pueblos originarios de Chile.

Por otra parte, a nivel legislativo, el empleo del vocablo “indígenas” en vez de “pueblos indígenas” impide la percepción de nuestro país como un Estado pluriétnico poniendo en riesgo la protección de nuestra diversidad cultural, al mismo tiempo que desconoce la percepción que tienen las comunidades indígenas sobre sí mismas.

En tanto, la protección del patrimonio cultural indígena en la Ley N°19.253 no es del todo eficaz. En primer término, vemos que únicamente dos de las funciones específicas encargadas a la CONADI, inciden sobre este tema, y se encuentran definidas en el artículo 39° letras b) e i). Sin embargo, la gran cantidad de funciones encargadas a este organismo público, así como su diversa naturaleza

atentan contra la profundidad de su acción en materias culturales. Además la ausencia de un Fondo específico que promueva la protección y desarrollo del patrimonio cultural indígena, hace que esta labor de la CONADI aparezca como secundaria y accesorio frente a mandatos más apremiantes como su rol en el desarrollo económico de estas comunidades y la recuperación de sus tierras y aguas.

Un serio problema que afecta a los mecanismos de protección del patrimonio cultural indígena consignados por la Ley N°19.253, se refiere a la ausencia de mecanismos concretos a través de los cuales puedan hacerse efectivos sus mandatos. No es suficiente indicar que se debe escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la ley cuando se desarrollen proyectos que les afecten, y que la CONADI debe preservar el patrimonio arqueológico, histórico y cultural indígena, es necesario también, que dicha ley señale procedimientos y sanciones para hacer efectiva esta protección. Lo mismo puede decirse acerca de la declaración de *Áreas de protección indígena*.

Es importante tener en cuenta que, ante la ausencia de mecanismos legales concretos de protección en la Ley N°19.253, la CONADI y las comunidades indígenas involucradas debieran hacer uso de la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288, solicitando que los lugares de interés patrimonial sean también declarados Monumentos Nacionales, ya sea como Monumentos Históricos, o bien, como Zonas Típicas. Dada la actual formulación de la Ley N°19.253, ella podrá potenciar su rol en la protección del patrimonio cultural indígena, si hace uso de los instrumentos establecidos por la Ley N°17.288. Además, si estos lugares pasan a ser considerados como Monumentos Nacionales, inmediatamente caen también bajo la protección establecida por el Artículo 11° de la Ley N°19.300.

En nuestra opinión, para que el reconocimiento legislativo de los indígenas chilenos sea realmente efectivo deben ser fortalecidas sus instituciones, debe expresarse esta protección en una norma de carácter constitucional y debe aprobarse el Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, de lo contrario, la fragilidad de las normas protectoras del mundo indígena es evidente y queda de manifiesto en casos tales como la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco.

Un acierto de la Ley N°19.253 relativo a la protección del patrimonio cultural indígena se refiere a la implementación del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe en las áreas de alta densidad indígena. Su aplicación constituye un importante logro para los pueblos indígenas. No obstante, debe existir una profunda reflexión en torno al contenido y objetivos de estos programas, ya que ellos se aplican, unilateralmente, e inciden en la visión que

tienen los indígenas sobre sí mismos. En ausencia de un contexto cultural apropiado, la educación intercultural bilingüe puede llegar a ser un instrumento de asimilación. Por otra parte, las políticas educacionales del Estado deben fomentar que la comunidad nacional toda valore las contribuciones de los pueblos indígenas y se reduzca la creciente discriminación, aumentando la autoestima de los pueblos originarios, y enriqueciendo la coexistencia entre indígenas, gobierno y sociedad civil. La contribución de las culturas aborígenes al patrimonio alimenticio, tecnológico, artesanal y estético de nuestro mundo debe ser destacada. En este sentido, la investigación etnográfica y arqueológica debe ser usada para enriquecer el contenido de la educación intercultural bilingüe.

Además, el debate sobre los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos autóctonos debe ser implementado en orden a considerar el uso de patentes, regalías y otras formas de compensación frente a la utilización comercial de dichos conocimientos por entidades o personas no indígenas. Esperamos con la presente obra contribuir a la discusión sobre este tema en nuestro país. Los pueblos indígenas de Chile deben comenzar a proteger legalmente sus conocimientos autóctonos. Es esencial que los organismos estatales competentes y las organizaciones no gubernamentales interesadas en la problemática indígena informen a las comunidades sobre temas relativos a la propiedad intelectual y el valor de sus conocimientos.

Finalmente, nos referiremos a la protección del patrimonio cultural por medio de leyes medio ambientales, o dicho en otros términos, sobre las relaciones entre patrimonio cultural y medio ambiente.

Como se dijo, nuestra legislación maneja un concepto amplio de *medio ambiente*, que incluye los elementos “*socioculturales y sus interacciones*”. La afortunada inclusión de dichos elementos en este concepto incorpora al patrimonio cultural dentro de los aspectos protegidos por la ley N°19.300 quedando sometido también al sistema de evaluación de impacto ambiental. Esta inclusión se ha traducido en uno de los mecanismos de protección del patrimonio cultural más importantes con que cuenta nuestra legislación. En la actualidad, se ha incrementado en gran medida el conocimiento sobre nuestros recursos culturales gracias a que los Estudios de Impacto Ambiental incorporan los elementos socioculturales entre los componentes del medio ambiente protegidos. Numerosas zonas geográficas, antes inexploradas, han recibido atención de especialistas gracias a las investigaciones ambientales. Esto es especialmente cierto en lo relativo a los Monumentos Arqueológicos. Además, el destacado rol desempeñado por el Consejo de Monumentos Nacionales y la CONAMA en la fiscalización y



control de estas investigaciones asegura la idoneidad científica de tales estudios.

Sin embargo, la aplicación práctica de algunas normas de la Ley N°19.253 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, han evidenciado una serie de dificultades de entidad diversa que destacaremos a continuación.

Una observación se refiere a la puerta de entrada al sistema de evaluación de impacto ambiental, representada únicamente por los proyectos o actividades taxativamente enumerados en el artículo 10° de la Ley N°19.300. Entre los proyectos enumerados por el artículo 10° se encuentran las *autopistas* y los *“caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas”*. Una deficiencia de este cuerpo legislativo y que abre la puerta a una grave amenaza para nuestro patrimonio cultural arqueológico es que no incluye los restantes caminos en el sistema de evaluación de impacto ambiental. El patrimonio cultural arqueológico es seriamente afectado por estas obras dado que alteran directamente el subsuelo. En nuestra opinión, y a fin de lograr una protección efectiva del patrimonio cultural arqueológico, debiesen ser incluidos todos los caminos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Otro problema detectado afecta al patrimonio cultural chileno que no está constituido por Monumentos Nacionales o que no forma parte de las manifestaciones culturales de etnias protegidas por la Ley N°19.253. Este patrimonio se encuentra mencionado en el artículo 11° letras c) y d) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y considera *“la modificación, deterioro o localización en construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural”*(artículo 11°, letra c) y también *“la localización en lugares o sitios donde se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folcklore de algún pueblo, comunidad o grupo humano.”* El problema en relación a este tipo de herencia cultural mencionada es la ausencia de normas legales o reglamentarias que señalen criterios y procedimientos de protección, así como la inexistencia de un organismo con competencia específica en esta materia, lo que determina que la tutela de este patrimonio radique, genéricamente, en las COREMA. Esta situación se traduce, en la práctica, en una deficiente evaluación del impacto ambiental de los proyectos o actividades que afectan a este tipo de patrimonio cultural.

En último término, nos referiremos a ciertas incongruencias percibidas en la evaluación del impacto ambiental sobre componentes socioculturales del medio ambiente, alterados por el Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco. En nuestra opinión, las medidas destinadas a minimizar el impacto cultural de la relocalización

de la población pehuenche, tales como, la “resemantización de lugares sagrados” y la “resignificación” de los nuevos territorios, cuentan con un escaso sustento antropológico y simplifican el hondo problema que implica la pérdida del territorio ancestral sufrido por esta cultura. Nos parece que las medidas propuestas no deben ser manejadas por un programa externo a la cultura misma. Se debe considerar también que los pehuenches erradicados deberán lidiar con el profundo trauma que implica la pérdida y desaparición de su territorio. Pensamos que los aspectos culturales del impacto ambiental de la relocalización de un pueblo indígena es un tema muy complejo y requiere de hondas reflexiones teóricas, metodológicas y éticas, y deben primar, en último término, las opciones que aseguren la supervivencia de nuestros pueblos originarios.

Otro aspecto que, en nuestra opinión, debería ser mejorado, se refiere a la importancia que debe otorgársele a los informes de los organismos con competencia ambiental, por parte de los órganos que, en definitiva, califican ambientalmente un proyecto o actividad, el Consejo Directivo de la CONAMA y las COREMA. Pensamos a este respecto que una evaluación de impacto ambiental, debe necesariamente ceñirse a criterios técnicos.

Finalmente, esperamos que la amplia gama de temas abordados por el presente trabajo contribuya a una mejor comprensión y empleo de los instrumentos jurídicos que franquea nuestra legislación para proteger el patrimonio cultural chileno, constantemente amenazado. Únicamente, la clara percepción de su importancia y el compromiso con su defensa puede detener el proceso de pérdida y deterioro, asegurando al mismo tiempo, la posibilidad de que este patrimonio dignifique también el espíritu de las generaciones futuras.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

ALDUNATE, Carlos, “*Mapuche: gente de la tierra*” En: “*Culturas de Chile: Etnografía*.”

Sociedades Indígenas de Chile y su ideología”. Editado por Hidalgo, Schiappacasse, Niemeyer, Aldunate y Mege. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, p.111-134

AYLWIN, José y E. Castillo, “*Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia*”. Documento de Trabajo N°3, Programa de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Diciembre de 1999, 49 p.

CASTILLO Sánchez ,Marcelo. “*Régimen Jurídico de Protección del Medio Ambiente. Aspectos Generales y Penales*” Ediciones BLOC. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Santiago,1994, 329 p.

CASTRO; Victoria y V. Varela , “*Ceremonias de Tierra y Agua. Ritos Milenarios Andinos*”. Publicado por FONDART. Ministerio de Educación y Fundación Andes, Impreso por Kuppenheim y Cía. Santiago, 1994, 109 p.

CASTRO, Victoria y J.L. Martínez , “*Las poblaciones indígenas de Atacama*” En: “*Culturas de Chile: Etnografía. Sociedades Indígenas de Chile y su ideología*”. Editado por Hidalgo, Schiappacasse, Niemeyer, Aldunate y Mege. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, p. 69-110

CEA, José Luis. “*Tratado de la Constitución de 1980*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago,1988, 402 p.

CLARKE, J.R., “*Analytical Archaeology*”. Methuen Ed. Londres,1968, 470 p.

DILLEHAY, Tom. “*Araucanía: presente y pasado*”. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1990, 153 p.

FARON, Louis. “*Hawks of the Sun: Mapuche Morality and its Ritual Attributes*”. University of Pittsburg Press, 1964, 186 p.

GLIGO, Nicolo, “*The preparation of inventories and balance sheets of the natural and cultural heritage*”. En: “*The environmental dimension in development planning*”, Economic Commission for Latin America & The Caribbean, Santiago, 1990. p.221-242.

HAJEK, Ernst, Gross, P. y Espinoza, G. “*Problemas ambientales de Chile, II volúmenes*. Ed. AID. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990, Vol. I, 206 p.

LIPSCHUTZ, Alejandro, “*The Law of the Tribe, the law of the Nation and Double Patriotism in Latin America*”. Anthropology and Social Change in Rural Areas. Editado por B.Berdichewsky, World Anthropology Series. Mouton Publishers, The Hague,1989, 184 p.

LIRA, Samuel, “*Curso de Derecho de Minería*” Editorial Jurídica de Chile.Santiago, 1994, 431 p.

MATEOS, Antonio. “*Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*”, Editorial Colex, Madrid, 1992, 320 p.

NAMUNCURA, Domingo. “*Ralco: ¿represa o pobreza?*”. Colección Sin Norte. LOM Ediciones, Santiago, 1999, 336 p.

NOVOA, Eduardo, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, II Tomos, Editorial Cono Sur, Santiago, 1985 (2ª Edición) Tomo I: 670 p.

O’KEEFE, P. & Prott, L, “*Law and the cultural heritage*”. Vol.1. Professional Books Limited, Oxford Publishing Services, Oxford, Inglaterra, 1984, 385 p.

OCAMPO, Carlos. “*Estudio de las adaptaciones humanas al medio ambiente marítimo en latitudes altas*”. Universidad de Chile. Proyecto Fondecyt N° 0679-90, 1992, 283 p.

PONCE, Ricardo. “*Añapiando...Añapiando. Antecedentes históricos del pueblo “Colla” de la Región de Atacama*”. Editado por Talleres Gráficos Lo Bilbao, Agosto de 1998, Copiapó, 142 p.

RODRIGUEZ, Nemesio, “*La población indígena en América Latina*”. En: Educación, Etnias y Descolonización en América Latina, México, UNESCO/III/V 2, 1983, C.VI, p.109-135

SALAS, Adalberto, “*Lenguas indígenas de Chile*”. En: “*Culturas de Chile: Etnografía. Sociedades Indígenas de Chile y su ideología*”. Editado por Hidalgo, Schiappacasse, Niemeyer, Aldunate y Mege. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1996, p.257-293

SILVA Bascuñán, Alejandro. “*El concepto de “pueblo” en el Proyecto de Ley Indígena y de Reforma Constitucional*”. En: “*Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*”. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992. p.23-28.

SIMPSON, Sarah y L. GÓMEZ. “*Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de dos sistemas de innovación*”. Estudio realizado por Rural Advancement Foundation International por encargo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 1994, 70 p.

STERN, Walter, “*Petroglyphs and Lithic Scatters: Management Prescriptions for Historical, Cultural, and Archaeological Resources*” MS. Modrall, Sperling, Roehl, Harris & Sisk, P.A. Albuquerque, Nuevo Méjico. Paper 3, Copyright, 1996, 64 p.

---

## **TESIS**

DEL CAMPO, Catalina y A. Santibañez, “*Monumentos Nacionales. Legislación y análisis crítico*”. Memoria de Prueba. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 1993, 216 p.

MUÑOZ, Viviana, “*La política cultural del Estado y sus áreas normativas*”. Memoria de Prueba, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 1991, 173 p.

VALENZUELA, Mylene. “*La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno*”. Memoria de Prueba. Profesor Guía: Carlos Aldunate. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 1992, Volumen I y II: 315 p.

YAÑEZ Fuenzalida, Nancy. “*Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y su implicancia en el caso chileno*” Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1990, 178 p.

### **PUBLICACIONES PERIÓDICAS**

BARNACH- CALBÓ, Ernesto. “*La nueva educación indígena en Iberoamérica*”. Revista Iberoamericana de Educación N°13. Educación Bilingüe Intercultural. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. <http://www.campus-oei.org/oeivirt/rie13.htm>

BERDICHEWSKY, Bernardo. “*Etnicidad y Clase Social en los Mapuches*”. Revista Araucaria N°9, Madrid, 1980. p.65-86.

BERDICHEWSKY, Bernardo, “*Autogobierno Indígena: el caso de Canadá*” Actas del 3° Congreso Chileno de Antropología, Temuco, 1998. LOM Ediciones, Tomo I, p.147-155.

BULNES, Luz. “*Análisis de un fallo y su relación con la Ley 17.288 (Monumentos Nacionales)*” Revista de Derecho Público N°49, Santiago, 1991, p.31-44

CABEZA, A. Y S. Simonetti, “*Legislación comparada de Patrimonio Cultural: Perú, España, Méjico y Francia*”. Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales, Segunda Serie, N°13, Imprenta Biblioteca Nacional, Santiago, 1996, 25p.

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES, “*Lista Tentativa de Bienes Culturales de Chile a ser postulados como Sitios del Patrimonio Mundial*”. Cuadernos del Consejo de Monumentos Nacionales, Segunda Serie, N°30, Imprenta Biblioteca Nacional, Santiago, 2000, 66 p.

CRUZ-COKE, Marta. “*Discurso de la directora de la DIBAM al ser instituido el Día del Patrimonio Cultural de Chile*” En: “*Patrimonio Cultural. Revista de la DIBAM*”, Año IV N°14, Santiago, Mayo 1999, p. 22

DIARIO “*Nuestros Pueblos. Periódico para la Cultura Mapuche*”. Editorial. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Año 1, N°3, Noviembre de 2000, p.2.

GAHONA, Alfredo, “*Pastores en los Andes de Atacama. Collas del Río Jorquera*”. Revista MUSEOS N°24 . Coordinación Nacional de Museos, DIBAM, Santiago, 2000.

GARCÍA CASTAÑO, J, et. al. “*La educación multicultural y el concepto de cultura*” Revista Iberoamericana de Educación N°13. Educación Bilingüe Intercultural. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. <http://www.campus-oei.org/oeivirt/rie13.htm>

GONZÁLEZ, Héctor. “*Propiedad Comunitaria o Individual Indígena*”. Revista NUTRAM, Año II, N°3, 1986, p.37-61.

GREBE, Ester, “*Antropología Cultural y Educación en la Cultura Mapuche*”  
<http://www.bibliotecas.uchile.cl/docushare/dscgi/admin.py/getrepr/file-1184/html>.

GUSINDE, M. “*Hombres primitivos en la Tierra del Fuego*” Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Serie 3 a, N°5, Sevilla, 206 p.

PINOCHET, Cesar. “*Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos*”. En: “La Reforma Constitucional de 1989. Estudio Crítico”, Cuaderno de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N°13, Enero de 1990. Santiago, Chile. p.7-18

REVETRIA, Mafalda. “*El régimen jurídico de la propiedad monumental en Chile*”. Revista de Derecho Público N°21-22, Santiago, 1977, p. 85-148

RIBEIRO, Darcy. “*Definicao de “indio”, “indigena”, “silvícola*”. En: INDIOS. Grau de Integracáo na comunidade nacional, Ministerio de Agricultura. Conselho Nacional de Protecao aos indios. Publicacao N°1, Río de Janeiro, 1964, p.13-15

RIZO, Mario, “*Derechos Indígenas en Nicaragua: Notas para un bosquejo de la relación del estado con la autonomía regional, las comunidades indígenas y los campesinos de la frontera agrícola. Un enfoque de la antropología jurídica*”. Actas del 3° Congreso Chileno de Antropología, Temuco, 1998. LOM Ediciones, Tomo I, pp.162-175.

SALINAS, Hernán, “*Las Poblaciones Indígenas en el Derecho Internacional*”. Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile V.13, 1986, p.504-523

SÁNCHEZ, Gilberto, “*Estado actual de las lenguas aborígenes de Chile*”. Revista Lenguas y Culturas de Chile, Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile:  
<http://rehue.csociales.uchile.cl/rehuehome/facultad/publicaciones/sitios/lenguas/estadolg.htm>

## INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES

### UNESCO:

- Convención sobre protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. Paris, 1972
- Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en evento de Conflicto Armado, La Haya, 1954. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- 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. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, 1960. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Recomendación relativa a la salvaguarda de la belleza y carácter de paisajes y sitios, Paris, 1962. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Recomendación sobre medios de prohibir y prevenir la exportación, importación y tráfico ilícito de propiedad del patrimonio cultural, Paris 1964. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Recomendación relativa a la preservación de patrimonio cultural amenazado por obras públicas o privadas, Paris, 1968. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Recomendación relativa a la protección, a nivel nacional del patrimonio cultural y natural, Paris, 1972. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Recomendación relativa al intercambio internacional de Patrimonio Cultural, Nairobi, 1976. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Recomendación relativa a la salvaguarda y rol contemporáneo de las áreas históricas, Paris, 1978. [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)
- Declaración de Principios de Cooperación Cultural Internacional, Paris, 1966. En: *“Human Rights: A compilation of International Instruments”*. Vol. I (Second Part). Universal Instruments. United Nations Publications, New York, 1993
- Declaración Internacional sobre Etnocidio y Etnodesarrollo, 1981 (UNESCO). [http://www.unesco.org/culture/legal\\_protection/html-sp/index-sp.htm](http://www.unesco.org/culture/legal_protection/html-sp/index-sp.htm)

## ONU

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948. Asamblea General de las Naciones Unidas 217 (A) (III), U. N. Doc. A/810. 71. <http://www..ddhh.cl/tratados/dudh.htm>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966. <http://www..ddhh.cl/tratados/pdec.htm>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (O.N.U) <http://www..ddhh.cl/tratados/pdcpi.htm>
- Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 <http://www..ddhh.cl/tratados/pfpidcp.htm>
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1965. ONU. [http://www..ddhh.cl/tratados/d\\_icerd\\_sp.htm](http://www..ddhh.cl/tratados/d_icerd_sp.htm)
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “*Registro de Tratados y otros acuerdos internacionales relativos al Medio Ambiente*” UNEP/GC/Information 11/Rev.1. Nairobi, Mayo de 1985.

## OIT

- “*Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm.107)*”. Conferencia Internacional del Trabajo, 76a. Reunión 1989. Ginebra, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo. Informe IV (2 B), 1989.
- Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Lima, Perú. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo y Oficina Regional del Trabajo para América Latina, Doc. 89/1, 1989

## OEA

- “Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador)” En: “*Registro de Tratados y otros acuerdos internacionales relativos al Medio Ambiente*” Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente UNEP/GC/Information 11/Rev.1. Nairobi, Mayo de 1985.

## LEGISLACIÓN NACIONAL y EXTRANJERA.

### CHILE



- Constitución Política de la República de Chile, 1980. Quinta edición oficial. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1994, actualizada a Marzo de 1997.
- Código Civil. 12ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Código Penal. 15ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998
- Código de Justicia Militar. 15ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, actualizada a Abril de 1997.
- Código Sanitario. 9ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Reglamento General de Cementerios N°357, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, 18 de junio de 1970.
- Ley Indígena N°19.253. 2ª Edición. Temuco. Editorial Pillán, 2000
- Reglamento de la Ley 19.253 que regula la acreditación de la calidad de indígena; para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas. Decreto Supremo N°392 publicado en el Diario Oficial el 12 de abril de 1994.
- Ley de Monumentos Nacionales N°17.288. 1ª edición, Santiago, Productora Gráfica Andros Ltda.,1996.
- Reglamento de la Ley N°17.288, sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas. Publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, 2 de abril de 1991. 1ª edición, Santiago, Productora Gráfica Andros Ltda.,1996.
- Ley de Bases del Medio Ambiente N°19.300. Publicada en el Diario Oficial de la República de Chile, 9 de Marzo de 1994.
- Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, N°30. Publicada en el Diario Oficial de la República de Chile, 3 de abril de 1997.
- Ley de 4 de Diciembre de 1866 sobre fundación de poblaciones en territorio de los indígenas. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Ley del 4 de Agosto de 1874 sobre Enajenación de terrenos situados en territorio araucano. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.

- Ley del 20 de Enero de 1883 sobre Terrenos de Indígenas. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Ley N°4.169 del 8 de Septiembre de 1927 que Crea Tribunal Especial de División de comunidades indígenas y reglamenta procedimientos. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Ley N°4.802 de 11 de Febrero de 1930 que Establece los Juzgados de Indios y fija sus atribuciones. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Decreto N°4.111 de 1931. Texto definitivo de la ley sobre división de comunidades, liquidación de créditos y radicación de indígenas. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Ley Indígena N°17.729 de 26 Septiembre de 1972. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Decreto Ley N°2.568 de 28 de Marzo de 1979 Modifica Ley 17.729, sobre protección de indígenas. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Decreto Ley N°2.750 de 10 de Junio de 1979. Modifica el Título I de la Ley 17.729, fijado por el artículo 1° del Decreto Ley N°2.568 de 1979. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- *“Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas del Senado recaído en el Proyecto de Ley, de la Honorable Cámara de Diputados, relativo a Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas”, Sesión N°10, 3 de Julio de 1993 (Anexo de Documentos)”* Versión Oficial. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago..
- *“Normativa sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas”*. Primer Trámite Constitucional. Sesión N°12 (20/07/93), Sesión N°43 (20/01/93) y Sesión N°44 (21/01/93). Versión Oficial. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.
- Informe de la Comisión Especial para el estudio de la legislación referida a los Pueblos Indígenas, sobre el proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas (Boletín N°514-01:1). Presentado en la Sesión N°43, del día miércoles 20 de enero de 1993 en la Cámara de Diputados. Central de Documentación Jurídica, Unidad Jurídica, Secretaría General de Gobierno, Santiago.

## **FIJI**

- Acta de Preservación de Objetos de Interés Arqueológico y Paleontológico de Fiji (1940). En: O'Keefe y Prott (1984) p.178

## **ECUADOR**

- Ley de Patrimonio Cultural N°3501 de 2 de Julio de 1979. En: O'Keefe y Prott (1984) p.61

## **ESTADOS UNIDOS**

- Archaeological Resources Protection Act, 1979, 16 U.S.C. s. 470 aa (Supp.1982) En: O'Keefe y Prott (1984) p.64
- Antiquities Act, 1906, 16 U.S.C. s.431 (1974) En: O'Keefe y Prott (1984) p.63
- Historic Sites Act, 1935, 16 U.S.C. s.461 (1974 y Supp.1982) En: O'Keefe y Prott (1984) p.65
- Reservoir Salvage Act, 1960, reformada por la Preservation of Historical and Archaeological Data Act de 1974, 16 U.S.C. s.469 y Supp.1982. En: O'Keefe y Prott (1984) p.65
- National Historic Preservation Act, 1966, 16 U.S.C. s.470 (1974 y Supp.1982. En: O'Keefe y Prott (1984) p.65
- The Native American Graves Protection and Repatriation Act: Specific Management Prescriptions for Native American Burial Remains and Cultural Objects, 1992. En: Stern (1996) p. 3-29
- Regulation of Importation of Pre-Columbian Monumental or Architectural Sculpture or Murals, 19 U.S.C. s.2091 (1972). En: O'Keefe y Prott (1984) p.66
- Northwest Territories Archaeological Sites Regulations (19..) En: O'Keefe y Prott (1984) p.179

## **MÉXICO**

- Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, 1972. En: O'Keefe y Prott (1984) p.56

## **PERÚ**

- Reglamento de exploraciones y excavaciones arqueológicas, 11 de Septiembre de 1985.  
Resolución Suprema 559-85-Ed. Lima, Talleres de Industrial Gráfica S. A.

**FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

***“REGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL  
PATRIMONIO CULTURAL Y DE LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA”***

*Memoria para optar al grado de Licenciado en  
Ciencias Jurídicas y Sociales*

**AUTOR: M. PAOLA GONZÁLEZ CARVAJAL  
PROFESOR GUÍA: GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ**

**SANTIAGO, ABRIL 2001**



