

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

**PROTECCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL PATRIMONIO
ARQUEOLÓGICO EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora:

KARLA PATRICIA TAPIA MÉNDEZ

Profesor guía:

SERGIO MONTENEGRO ARRIAGADA

Santiago, Chile

2021

A mi madre, por transmitirme su fortaleza.

A mi padre, por encontrarnos en la vida y no soltarnos.

A Yerko, por todo el amor y ternura entregado cada día.

AGRADECIMIENTOS

Durante el desarrollo de la presente investigación he recibido el apoyo y colaboración de numerosas personas. En primer lugar, agradezco a mi familia por su apoyo fundamental, a mi madre y padre, quienes cada día me sostuvieron amorosamente. También quiero agradecer a mi profesor guía, don Sergio Montenegro, por su interés en mi investigación, sus observaciones, valiosos consejos y por la paciencia con que me guio en este camino. Tienen mi gratitud además, don Rafael Labarca Encina por encaminar mis pasos; doña Gloria Cabello Baetting, a quien agradezco profundamente su buena disposición a resolver mis dudas y; don Mauricio Uribe Rodríguez por su constante interés y ayuda.

Tabla de contenido

Resumen	8
Introducción.....	9
CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES DEL PATRIMONIO CULTURAL ARQUEOLÓGICO	11
1.1. Concepto de Medio Ambiente en la Constitución	11
1.2. Concepto de Medio Ambiente en la ley 19.300.....	13
1.3. Concepto amplio de Patrimonio	14
1.4. Definición de Cultura.....	15
1.5. Definición de Patrimonio Cultural.....	16
1.6. Patrimonio Cultural Material e Inmaterial.....	19
1.7. Monumentos Nacionales en la ley 17.288	21
1.8. Definición de Monumento Nacional en la ley 17.288.....	23
1.8.1. Monumentos y Sitios Arqueológicos	24
1.8.2. Monumentos Arqueológicos y Monumentos Paleontológicos.....	26
1.9. Definición de Patrimonio Arqueológico.....	27
CAPÍTULO 2: PROTECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO.....	29
2.1. Protección Constitucional del Patrimonio Arqueológico	29
2.1.1. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.....	31
2.1.2. El derecho a la educación	37
2.1.3. El derecho a la propiedad privada	38
2.1.4. Acción de protección ambiental	40
2.2. Protección del Patrimonio Arqueológico en la ley 19.300 y Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	42
2.2.1. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	43
2.2.2. Permiso Ambiental Sectorial.....	53
2.2.3. Acción por Daño Ambiental.....	58
CAPÍTULO 3: PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL	66
3.1. Protección del Patrimonio Arqueológico en la Ley 17.288 y su Reglamento.....	66
3.1.1. Monumentos nacionales.....	67

3.1.2.	Consejo de Monumentos Nacionales	68
3.1.3.	Monumentos arqueológicos y paleontológicos	72
3.1.4.	Propiedad estatal de los monumentos y sitios arqueológicos.....	77
3.1.5.	Permisos y autorizaciones	78
3.1.6.	Operaciones de salvataje	84
3.1.7.	Distribución del material obtenido.....	85
3.1.8.	Régimen de responsabilidad en la ley 17.288.....	86
3.2.	Protección del Patrimonio Arqueológico en la ley 16.411	90
3.3.	Protección del Patrimonio Arqueológico en la ley 19.253	93
3.3.1.	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.....	93
3.3.2.	Patrimonio arqueológico y pueblos indígenas	95
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS PROYECTO DE LEY DE PATRIMONIO CULTURAL		98
4.1.	Objetivos del proyecto de ley del patrimonio cultural.....	98
4.2.	Nueva institucional cultural	99
4.2.1.	Consejo Nacional del Patrimonio Cultural.....	100
4.2.2.	Consejos Regionales del Patrimonio Cultural.....	104
4.2.3.	Secretaría Técnica Nacional del Patrimonio Cultural	107
4.2.4.	Secretarías Técnicas Regionales del Patrimonio Cultural	108
4.3.	Incorporación del patrimonio cultural inmaterial	109
4.4.	Nuevas categorías de protección.....	111
4.4.1.	Bien de interés cultural.....	112
4.4.2.	Bien mueble de interés cultural.....	113
4.4.3.	Bienes inmuebles de interés cultural	115
4.4.4.	Zonas de interés cultural	118
4.4.5.	Paisajes de interés cultural	119
4.4.6.	Monumentos públicos	121
4.4.7.	Sitios de memoria y memoriales	122
4.4.8.	Monumentos arqueológicos y paleontológicos.....	124
4.5.	Registros del patrimonio cultural.....	126
4.5.1.	Registros regionales del patrimonio cultural.....	126
4.5.2.	Inventario del patrimonio cultural.....	127

4.6. Instrumentos de Gestión Patrimonial.....	129
4.6.1. Plan de gestión patrimonial.....	130
4.6.2. Plan de salvaguardia.....	131
4.7. Procedimientos generales	132
4.7.1. Procedimientos de inscripción en los registros culturales.....	132
4.7.2. Procedimiento de declaratoria.....	133
4.7.3. Procedimiento de incorporación al inventario del patrimonio cultural.....	133
4.7.4. Procedimiento de revocación y supresión.....	134
4.7.5. Procedimiento de intervención.....	135
4.7.6. Procedimiento de oposición	135
4.7.7. Mecanismos de impugnación	136
4.8. Infracciones, delitos y sus sanciones	137
4.9. Acción popular.....	139
4.10. Supervigilancia	139
4.11. Sistema de incentivos.....	140
4.12. Consulta indígena	141
CAPÍTULO 5: PROPUESTAS REGLAMENTARIAS	143
5.1. Objeto y ámbito de aplicación del reglamento	143
5.2. Definiciones reglamentarias	146
5.3. Permisos de intervención.....	152
5.4. Tenencia y custodia	157
5.5. De la competencia.....	159
CAPÍTULO 6: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	162
6.1. ACCIONES DE PROTECCIÓN.....	162
a. “Caso Rally Dakar”	163
b. “Caso Rally Dakar con comunidades indígenas”	166
c. “Caso de la Piedra Tacita”	168
d. “Caso Pampa Campanani”	172
e. “Comunidad Indígena de Belén con CMN”	175
6.2. ACCIONES DE DAÑO AMBIENTAL	178
a. “Caso Estado de Chile con Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A.”.....	178

b. “Caso Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue con Empresa Eléctrica Caren S.A.”	
184	
c. “Caso Ilustre Municipalidad de Puerto Montt con Servinets Limitada”	188
6.3. RECLAMACIONES JUDICIALES	190
a. “Caso Mina Invierno”	190
b. “Caso Minera Los Pelambres en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente”	
202	
c. “Caso Pampa Camarones en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente” .	208
Conclusiones.....	216
Anexos de jurisprudencia	222
Bibliografía.....	224

PROTECCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y PALEONTOLÓGICO EN CHILE

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo general la revisión de la normativa nacional general y especial que se encarga de dar protección y, de regular las intervenciones relativas al patrimonio arqueológico nacional, en especial la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales y el Reglamento de la ley 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, antropológicas y paleontológicas y, la jurisprudencia nacional sobre el patrimonio arqueológico (y paleontológico). La importancia de esta materia radica en el análisis y revisión que puede hacerse en un futuro acerca de la idoneidad y eficacia de la normativa nacional y su aplicación en los tribunales para otorgar una efectiva protección y conservación del patrimonio arqueológico.

Introducción

El patrimonio arqueológico se relaciona estrecha y, casi inseparablemente de la memoria y la identidad, así pues “La memoria es un elemento esencial de lo que hoy se estila llamar ‘identidad’, individual o colectiva, cuya búsqueda es una de las actividades fundamentales de los individuos y de las sociedades de hoy, en la fiebre y en la angustia”¹. En nuestro pasado encontramos herramientas que nos permiten la comprensión del cómo vivieron los seres humanos en épocas pasadas. Es este conocimiento, esta memoria humana sobre la cual construimos nuestra identidad, nos formamos y construimos a la vez nuestro presente y nuestro futuro. Por ello, no es de extrañarse que el patrimonio arqueológico se trate de un elemento de nuestro medio ambiente. Así lo dispone el artículo 2 letra II) de la ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente:

“Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”².

El patrimonio arqueológico está constituido por elementos de carácter artificial, cuya naturaleza sociocultural condiciona nuestra identidad como individuos y como sociedad, y aquí radica su importancia (y cómo no, la relevancia de su protección y conservación para asegurar su disfrute a generaciones futuras); su valor por otro lado, lo encontramos en su carácter de recurso no renovable y singularidad, cada elemento del patrimonio arqueológico, es en sí mismo único.

La presente memoria se considera un aporte por cuanto está orientada a revisar y analizar los mecanismos de protección y conservación del patrimonio arqueológico que se han establecido en nuestro ordenamiento jurídico, estudio que abarca desde la carta fundamental hasta los reglamentos, guías y recomendaciones que han dictado al respecto las instituciones especializadas. En esta extensión de protección debemos dirigirnos al ámbito de protección más amplio de este componente, partiendo de la protección del medio ambiente establecida en

¹ LE GOFF, Jacques. “*El Orden de la Memoria*”. España, 1991. P. 181.

² Ley 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra II).

la Constitución Política de la República y en la ley 19.300, la protección del patrimonio cultural en la ley 17.288, hasta las disposiciones que se encargan de regular lo más singular del componente arqueológico en el reglamento de la ley 17.288 y las guías del Consejo de Monumentos Nacionales.

Adicionalmente, este trabajo entrega una visión crítica de la normativa, junto con propuestas orientadas principalmente a hacer una revisión más actualizada de la protección y conservación de este patrimonio, cuya legislación principal data del año 1970.

Por último, nos abocaremos a revisar la jurisprudencia nacional, tanto de los tribunales ordinarios como especiales, en aquellos casos donde el patrimonio arqueológico ha sido el principal objeto del conflicto, con el objetivo específico de sistematizar los criterios que han utilizados los tribunales nacional al momento de dirimir estas controversias.

CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES DEL PATRIMONIO CULTURAL ARQUEOLÓGICO

Este capítulo tiene por finalidad definir los conceptos fundamentales para el desarrollo de la presente investigación, y de esta forma sentar la base conceptual para determinar cuál es el régimen jurídico de protección aplicable al patrimonio arqueológico. Nos centraremos principalmente en los siguientes conceptos: Medio ambiente, Patrimonio Cultural, Monumentos Nacionales y Patrimonio Cultural Arqueológico.

1.1. Concepto de Medio Ambiente en la Constitución

Nuestra Carta Fundamental se refiere al medio ambiente expresamente en 2 artículos. El primero de ellos es el que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en el artículo 19 N° 8; y el segundo artículo es el que consagra la acción de protección constitucional ambiental en el artículo 20 inciso segundo³.

El primer artículo, y el que resulta relevante a objeto de fijar el alcance de nuestro estudio, es el que se encuentra en el Capítulo III, de Derechos y Deberes Constitucionales:

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

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”.⁴

³ Constitución Política de la República, artículo 20 inciso segundo: “Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”.

⁴ Constitución Política de la República, artículo 19 número 8. (*El subrayado es nuestro*).

Este artículo consagra a nivel constitucional el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁵, no obstante, ni este ni ningún otro precepto de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) se encarga de establecer lo que debe entenderse por “*medio ambiente*” ni la expresión “*libre de contaminación*”. Ante el vacío de la CPR, la definición de estos conceptos es una labor que quedó entregada a la legislación, la doctrina y a la jurisprudencia. Principalmente ha sido la legislación especializada la que se ha hecho cargo de estos conceptos, especialmente la ley 19.300 que Aprueba la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial el 09 de marzo del año 1994.

En lo que importa para nuestro estudio, en las páginas siguientes sólo nos referiremos al **concepto amplio de medio ambiente**, y dejaremos de lado el concepto de medio ambiente libre de contaminación y la materia relativa a la acción de protección ambiental⁶.

⁵ La doctrina no se ha mostrado pacífica sobre el contenido y el objeto que establece esta garantía constitucional. La postura que ha primado es aquella que refleja un enfoque antropocéntrico en donde se pone de relieve a los titulares, señalando que la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación deriva de otras garantías constitucionales, como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica o el derecho a la salud. Al respecto:

CORRAL, Hernán. “Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del medio ambiente”. *Revista Chilena de Derecho*. 1996. Vol. 23 (1): 143-177. El profesor Corral plantea que “...*en definitiva el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no garantiza la ausencia de contaminantes en el entorno ambiental que pueden ser inevitables o al menos no perjudiciales. Sólo se garantiza un derecho a vivir en un medio ambiente que asegure el desarrollo de la salud y la vida de las personas*”.

DOUGNAC, Fernando. “Análisis del Derecho Constitucional a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación”. [en línea]. s.f. [fecha de consulta: 19 de junio de 2019] Disponible en: <http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/DERECHO-A-VIVIR-LIBRE-DE-CONTAMINACION-f-dougnac.pdf>. El autor concibe esta garantía constitucional como una garantía que emana de otras garantías fundamentales: “*De lo expuesto se concluye que ‘el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ es un derecho que emana del ‘derecho a la vida’. Si se quiere, es el derecho a la vida mirado desde el punto de vista de su relación con el medio ambiente que le sirve de único sustento.*”.

BERMÚDEZ, Jorge. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 2000. Vol. 21: 9-25. Concordamos con lo que plantea Bermúdez al señalar que “*Hasta ahora la subjetividad jurídica sólo ha sido reconocida para las personas naturales (o físicas)... Por esa razón la forma de proteger constitucionalmente el objeto de derecho llamado medio ambiente es adscribiéndolo a un derecho subjetivo constitucional.*” [el subrayado es nuestro].

⁶ Para profundizar en esta materia. véase más en: TRAMÓN, Gabriela. “*Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: Nuevo Contencioso Administrativo Ambiental*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, Chile. 2014.

1.2. Concepto de Medio Ambiente en la ley 19.300

La ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente es el cuerpo normativo que establece de manera más detallada un marco general de regulación de la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de la protección del medio ambiente, de la preservación de la naturaleza y de la conservación del patrimonio ambiental. Además, se hace cargo de conceptos que han resultado esenciales para la construcción de nuestra legislación ambiental nacional.

El artículo 2 letra II) del Título I de las Disposiciones Generales de la ley 19.300, nos entrega un concepto legal de medio ambiente:

“Art. 2. Para todos los efectos legales, se entenderá por:

II) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”⁷.

El artículo citado establece un concepto amplio de medio ambiente, puesto que no lo limita conceptualmente al “*Patrimonio Natural*”⁸, por el contrario, incluye dentro del concepto de medio ambiente los denominados elementos artificiales y elementos socioculturales.

Concordamos con los autores que postulan una concepción amplia de medio ambiente con el objetivo de otorgar una protección más extensa al mismo⁹. Así, para lograr una protección

⁷ Ley 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra II). (*El subrayado es nuestro*).

⁸ El **Patrimonio Natural** se encuentra conformado por la flora, la fauna y los diversos paisajes que se encuentran en un determinado territorio o país y constituyen la riqueza de una Nación. Según la definición del artículo 2º de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, del año 1972, esta riqueza natural está constituida por los monumentos naturales, las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies, animal y vegetal, amenazadas. Cabe destacar que para que estos componentes sean considerados como patrimonio natural deben tener un valor universal excepcional desde el punto de vista estético, científico o de conservación.

Los bienes naturales que conforman el Patrimonio Natural se clasifican en dos categorías: *biótico* y *abiótico*. La primera abarca a los seres vivos que habitan y se reproducen en un determinado territorio y sus distintos medios (flora y fauna); y la segunda incluye los distintos medios y elementos que sostienen la vida y condicionan su reproducción, tales como el agua, el aire, el suelo, entre otros.

⁹ CASTILLO, Marcelo. “*Régimen Jurídico de Protección del Medio Ambiente: Aspectos Generales y Penales*”. Santiago, 1994. P.111.

amplia del medio ambiente, éste puede ser definido como “*todo aquello que rodea al hombre, lo que le puede influenciar y ser influenciado por él*”¹⁰; es decir, el medio ambiente estará compuesto tanto por el **Patrimonio Natural** como por el **Patrimonio Cultural**, en tanto estos últimos rodeen a los seres humanos y puedan incidir en su vida o el ser humano pueda incidir en él.

En definitiva, la definición legal de medio ambiente que se consagra en el artículo 2 letra II) de la ley 19.300 resulta bastante clara al consagrar un concepto amplio de medio ambiente, al abarcar *elementos naturales*, *artificiales* y *socioculturales*, lo que se desprende de una lectura textual del artículo.

Por último, resulta importante señalar que los elementos naturales y artificiales, y los elementos socioculturales y sus interacciones se incorporan al concepto de medio ambiente por tratarse de elementos que rigen y condicionan la calidad de vida de los seres humanos¹¹.

1.3. Concepto amplio de Patrimonio

El “*patrimonio*” se encuentra definido por la Real Academia de la Lengua Española (en adelante RAE). Menciona la RAE que la palabra patrimonio proviene del latín *patrimonium*, y a continuación indica cuáles son sus distintas acepciones¹²; la primera de ellas y la que resulta más útil en atención a definir el objeto de este trabajo versa de la siguiente manera: “*Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes*”.

¹⁰ MATEOS, Antonio. “*Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*”. Madrid, 1992. P.32.

¹¹ OJEDA, Giovannina y VELOSO, Carla. “*Derecho ambiental: Problemas Para La Conservación Del Patrimonio Cultural En Chile*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. 2006. P.8.

¹² Las otras acepciones de patrimonio otorgadas por la RAE se acercan más a la noción civilista de patrimonio, por lo que no resultan útiles para entender el objeto de nuestra investigación. De todas maneras resulta conveniente mencionarlas: 1. Conjunto de los bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título; 2. Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica. En este sentido: ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio, “*Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1998. P. 476.

Según Juan Francisco Zapata, esta definición hace alusión al legado que es transmitido de una generación a otra, a algo que es heredado de los ascendientes o antepasados, lo que nos aleja de la concepción jurídica tradicional de patrimonio¹³.

Así, en atención a delimitar el objeto de nuestro trabajo, conceptualizaremos el patrimonio en un sentido amplio, como un conjunto de bienes materiales e inmateriales, heredados de nuestros antepasados, que conllevan intrínsecamente en sí, la obligación de ser transmitidos a generaciones futuras, lo que se encuentra profundamente relacionado con la memoria e identidad individual y colectiva.

La profesora María Pilar García, propone una noción moderna de patrimonio, concordamos con ella al señalar que al hablar de patrimonio “*aludimos a bienes y costumbres que transmitimos porque reconocemos en ellos en valor y les atribuimos una propiedad colectiva.*”¹⁴, en definitiva, el patrimonio es el conjunto de bienes tanto materiales como inmateriales a los cuales la sociedad les otorga un valor subjetivo de índole cultural que es transmitido de generación en generación.

1.4. Definición de Cultura

Si bien existen diversas definiciones de cultura, en un sentido amplio, ésta puede ser entendida como todo producto de la creación humana. Para el objeto de este trabajo nos resulta interesante el concepto de cultura elaborado desde el punto de vista antropológico, aquel nos señala que hablamos de cultura cuando nos referimos a “*una forma particular de vida de un pueblo o de un período*”; y aquel elaborado desde el punto de vista sociológico, es decir, cuando hablamos de “*la suma de conocimientos, creencias, manifestaciones artísticas, entre otras*”¹⁵, todo esto es cultura.

¹³ ZAPATA, Juan Francisco. “*Hacia una protección amplia del Patrimonio Cultural en el ordenamiento jurídico chileno*”. Concepción: Universidad de Concepción. 2017. P. 24.

¹⁴ GARCÍA, María Pilar. “*El patrimonio cultural. Conceptos básicos*”. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza. 2011. ISBN 978-84-15274-56-8. P. 17.

¹⁵ Op. Cit. p. 14.

Lo anterior se traduciría en que la cultura es el conjunto de modelos o patrones, ya sean explícitos o implícitos, a través de los cuales una sociedad regula el comportamiento de las personas, y que se exteriorizan en un sin número de expresiones que pueden abarcar tanto bienes materiales, como la vestimenta o alfarería, o bienes inmateriales, como los rituales, lenguaje y sistemas de creencias¹⁶.

Nos resulta relevante mencionar el pronunciamiento de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales plasmado en la Declaración de México sobre las Políticas Culturales de 1982, de la UNESCO:

“Así, al expresar su esperanza en la convergencia última de los objetivos culturales y espirituales de la humanidad, la Conferencia conviene en:

...que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden.”¹⁷.

En definitiva, la cultura nos permite tanto como individuos y como sociedad, reflexionar sobre nuestra propia historia e identidad, y de esta manera *“podemos discernir valores, buscar nuevas significaciones y crear”¹⁸*; por es lo que resulta correcto afirmar que la cultura condiciona e incide directamente en la calidad de vida de los seres humanos.

1.5. Definición de Patrimonio Cultural

El Patrimonio Cultural puede definirse concretamente como el conjunto de bienes materiales e inmateriales, heredados de nuestros antepasados, que se traspasan de una

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ UNESCO. Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F. 1982.

¹⁸ GARCÍA, Op. Cit. p. 15.

generación a otra, y que dan testimonio de la existencia de nuestros antepasados, de sus prácticas y sus formas de vida¹⁹, y que conlleva la obligación de transmitirse a generaciones futuras. El patrimonio cultural es, en definitiva, la herencia de una cultura, cuya importancia radica en su contribución a la formación y mantención de la identidad de un pueblo.

La Declaración de México sobre las Políticas Culturales de la UNESCO de 1982 nos proporciona una definición de patrimonio cultural:

*“El patrimonio cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan un sentido a la vida. Es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo: la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas.”*²⁰.

De esta definición podemos extraer que el patrimonio cultural comprende tanto obras materiales o tangibles como inmateriales o intangibles. Para la UNESCO el patrimonio cultural no se limita únicamente a objetos ni a monumentos, sino que también abarca las tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados, tales como, tradiciones orales, rituales, conocimientos, actos festivos, entre otros²¹.

Por otro lado, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO²², en el artículo primero se encarga de definir qué es lo se considerará patrimonio cultural a efectos de la Convención:

¹⁹ CMN. “Programa de Educación Patrimonial: Guía de Apoyo Docente. Nociones generales sobre Patrimonio en Chile” [en línea]. Santiago, Chile. CMN. 2013. [fecha de consulta: 19 de junio de 2019] Disponible en: <http://colorearte.cl/wp-content/uploads/2015/04/pepa.pdf>, ISBN 978-956-7953-54-7.

²⁰ UNESCO. Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F. 1982.

²¹Ministerio del Medio Ambiente. “Guía de orientación para incorporar la dimensión ambiental en procesos de ordenamiento territorial sustentable”. [en línea] Santiago, Chile: Oficina de Evaluación Ambiental, Ministerio de Medio Ambiente. 2015. [fecha de consulta: 20 de junio de 2019]. Disponible en: https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/Guia-OTS-final_04-09-2015.pdf.

²² Ratificada mediante Decreto Supremo N° 259 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga la Convención Sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, Publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1980.

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

Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”²³.

De la definición otorgada por la Convención, podemos destacar que a efectos de la misma, el patrimonio cultural abarca aquellos bienes materiales de distinta naturaleza que tengan un *valor excepcional*, ya sea desde el punto de vista del arte o la ciencia, o que tengan un valor histórico, estético, etnológico o antropológico. Es decir, el patrimonio cultural está compuesto por aquellos bienes que tienen un valor excepcional que hace necesaria su preservación y conservación.

Un último alcance sobre este término versa sobre la amplitud conceptual que reviste, pues el patrimonio cultural en un sentido amplio podría abarcar toda creación humana, material o inmaterial, que dé cuenta de las formas de vida de nuestros antepasados y que sea transmitida a generaciones futuras, esta amplitud podría eventualmente tener un impacto negativo en la protección y conservación del patrimonio cultural, ya que al tener esta extensión restarle eficacia y utilidad al concepto, por lo que se hace necesario contemplar ciertos elementos que permitan limitarlo y de esta manera asegurar la debida protección del patrimonio cultural y su eficacia, en esta línea Juan Francisco Zapata señala lo siguiente:

“Se hace necesario, pues, introducir elementos que sistematicen la definición, limitándola, y otorgándole así coherencia práctica a la misma. Factores como ‘que otorguen identidad’ o ‘significación’ nos sirven para estos efectos, como elementos

²³ UNESCO. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. París, 16 de noviembre de 1972.

orientadores, subjetivos por cierto, que permitan bajar el concepto a términos abarcables”²⁴.

El autor citado plantea, en definitiva, que para asegurar la protección del patrimonio cultural y la efectividad de la misma, es necesario delimitar este concepto mediante elementos subjetivos, tales como, la representatividad, la singularidad o la significación; estos elementos son establecidos por una sociedad en una época y lugar determinados.

En conclusión, teniendo en cuenta lo anterior, el patrimonio cultural es un conjunto de bienes materiales e inmateriales, los cuales son considerados como tales, por la valorización de índole cultural que haya realizado una sociedad específica en una época y lugar determinados, en atención a elementos subjetivos que la misma sociedad hubiese establecido.

1.6. Patrimonio Cultural Material e Inmaterial

El patrimonio cultural puede clasificarse en patrimonio cultural “*material o tangible*” e “*inmaterial o intangible*”.

En primer lugar, cabe mencionar que nuestra legislación no establece una definición de patrimonio cultural tangible o intangible, ante esto el Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante CMN), en su calidad de organismo técnico encargado de la protección y tuición del patrimonio cultural, ha redactado un documento de Apoyo Docente del Programa de Educación Patrimonial²⁵, del cual podemos extraer nociones bastantes precisas de lo que debe entenderse por cada una de estas categorías en conjunto con las definiciones elaboradas por la doctrina.

El **patrimonio cultural material o tangible** puede definirse como “*...la expresión de las culturas a través de grandes realizaciones materiales.*”²⁶, más concretamente, hablamos de aquellos bienes físicos perceptibles por los sentidos que dan cuenta de la forma de vida de un

²⁴ ZAPATA, Op. Cit. P. 30.

²⁵ Consejo de Monumentos Nacionales. “*Programa de Educación Patrimonial: Guía de Apoyo Docente. Nociones generales sobre Patrimonio en Chile*”. Santiago, 2003.

²⁶ OJEDA y VELOSO, Op. Cit. P. 20.

grupo de seres humanos y a los cuales se les ha dado un valor o significación cultural por parte de una sociedad. En esta categoría se incluyen los objetos tangibles o lugares de valor arqueológico, histórico, antropológico y monumentos.²⁷

El patrimonio cultural material o tangible puede sub clasificarse a su vez, en **mueble** e **inmueble**. El patrimonio tangible mueble, en términos generales es aquel que puede ser trasladado de lugar a otro, incluye aquellos “*objetos arqueológicos, históricos, artísticos, etnográficos, tecnológicos, religiosos y aquellos de origen artesanal o folclórico que constituyen colecciones importantes para las ciencias, la historia del arte y la conservación de la diversidad cultural del país*”²⁸; y en patrimonio tangible inmueble, que son aquellas “*obras o producciones humanas que no pueden ser trasladadas de un lugar a otro, ya sea porque son estructuras, como por ejemplo un edificio, o porque están en inseparable relación con el terreno, como un sitio arqueológico*”²⁹.

Por otro lado, el patrimonio cultural inmaterial o intangible “*abarca el conjunto de valores que dan sentido a la vida, como la lengua, las tradiciones, los ritos, las creencias y las costumbres de un pueblo.*”³⁰. Abarca las distintas manifestaciones culturales, tales como, las creencias, ritos, tradiciones, y en general, todas aquellas expresiones humanas que no dejan huellas materiales. Este patrimonio se encuentra en constante transformación, principalmente debido al intercambio cultural, lo que también impacta en los usos que se les da a los bienes culturales tangibles, pues dependiendo de las distintas necesidades simbólicas y las valoraciones que efectúa cada sociedad.

El artículo 2º de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, del año 2003 de la UNESCO nos entrega una definición de patrimonio cultural inmaterial:

“Artículo 2: Definiciones

A los efectos de la presente Convención,

²⁷ Consejo de Monumentos Nacionales, Op. Cit. P. 5.

²⁸ BARRAZA LLERENA, José. “*Manual de Patrimonio Cultural y Natural: Arica y Parinacota*”. Santiago: CMN. 2003. P. 14.

²⁹ OJEDA y VELOSO, Op. Cit. P. 20.

³⁰ *Ibídem*.

1. *Se entiende por ‘patrimonio cultural inmaterial’ los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural...’*³¹.

El objeto central de este trabajo es el patrimonio arqueológico, que conforma parte del patrimonio cultural de carácter material. No se abordará el patrimonio inmaterial, por cuanto la lógica detrás de su protección y el tratamiento jurídico que se le ha dado en nuestro país, dista por completo de aquel que se le ha dado al patrimonio material.

De todas formas, podemos adelantar que el análisis del patrimonio arqueológico cobra relevancia en consideración al Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural³², materia que se analizará en capítulos posteriores.

1.7. Monumentos Nacionales en la ley 17.288

Uno de los principales cuerpos normativos que se encarga de dar protección de carácter especial al patrimonio cultural es la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales del 04 de febrero del año 1970, y su respectivo reglamento sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, del día 02 de abril del año 1991.

Cabe señalar que esta ley no utiliza la expresión de “*patrimonio cultural*”, sino que se inclina por el término de “*Monumentos Nacionales*”, a pesar de esto, es claro que la ley 17.288 es el mayor estatuto jurídico protector del patrimonio cultural³³.

³¹ UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Paris, 17 de octubre de 2003. Ratificada mediante Decreto Supremo N° 11 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, publicado en el Diario Oficial el 13 de marzo de 2009.

³² Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, ingresada el 17 de junio de 2019. A la fecha de este trabajo, se encuentra en el primer trámite constitucional.

³³ Sobre esta materia se ahondará más en el **Capítulo 3: Protección del Patrimonio Arqueológico en la legislación especial**.

El artículo 1° de la ley 17.288 establece a una larga enumeración de bienes que son catalogados como monumentos nacionales por la ley, no obstante ello, el artículo mencionado no nos entrega una definición de monumento nacional.

“Artículo 1.º- Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antro-po- arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo”³⁴.

El artículo citado nos permite elaborar una clasificación de monumentos nacionales a partir de la enumeración de bienes que efectúa, así podemos distinguir entre Monumentos Históricos, Monumentos Públicos, Monumentos Arqueológicos, Zonas Típicas o Píntoresca y Santuarios de la Naturaleza³⁵; y al mismo tiempo nos señala que los bienes que sean catalogados como monumentos nacionales quedan bajo la tuición y protección del Estado.

³⁴ Ley 17.288, Sobre Monumentos Nacionales, artículo primero. (*El subrayado es nuestro*).

³⁵ ZAPATA, Op. Cit. Pp. 76 y ss.

Monumentos Históricos: Bienes muebles o inmuebles que tengan una calidad e interés *histórico* o *artístico*, o una *antigüedad especial*; calidad que debe ser reconocida por el CMN, el cual mediante un acuerdo solicitará a la autoridad correspondiente que se consagre la declaración de Monumento Histórico, mediante la dictación del decreto supremo respectivo (Artículo 9° de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales).

Monumentos Públicos: Son monumentos públicos, en general, todos los objetos que estuvieren colocados o se colocaren en el futuro en campos, calles, plazas y paseos o lugares públicos, con el fin de perpetuar la memoria, es decir conmemorar. Son catalogados como tales por el solo ministerio de la ley (Artículo 17° Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales).

Monumentos Arqueológicos: Son los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antro-po- arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional, para efectos de la ley también se incluyen en la categoría las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren. Son catalogados como tales por el solo ministerio de la ley, y son de propiedad del Estado (Artículo 21° Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales).

Zonas Típicas o Píntorescas: Se regulan en el Título VI de la Ley N° 17.288, “De la Conservación de los Caracteres Ambientales”. Lo que se busca con esta categoría de monumentos nacionales, es la protección y conservación del aspecto típico o píntoresco de un sector o zona en particular, comprendiéndose por ende una multiplicidad de bienes (Artículo 29° de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales).

Santuarios de la Naturaleza: Son aquellos bienes de carácter inmueble, de propiedad pública o privada, correspondiendo a sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones

El objeto de este trabajo se encuentra delimitado al estudio de aquellos bienes que, siguiendo la clasificación que se desprende de la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, se enmarcan dentro de los **Monumentos Arqueológicos**.

1.8. Definición de Monumento Nacional en la ley 17.288

Como se mencionó en párrafos anteriores, no existe una definición legal de monumento nacional, por lo que la elaboración de la definición ha quedado entregada a la doctrina. Nos resulta conveniente revisar la definición que propone Mafalda Revetria a partir del análisis que realiza de la ley 17.288:

“...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 propietarios particulares ciertas limitaciones en su derecho de dominio”³⁶.

De la definición que nos propone la autora, podemos destacar que los bienes que son declarados como monumentos nacionales, ya sea por un procedimiento establecido en la ley o por el sólo ministerio de la misma, son catalogados como tales por tener un interés en general cultural, es decir, la sociedad les ha otorgado un determinado valor subjetivo cultural cuya declaración provoca el efecto de que sea el Estado quien detente su tuición, para que los proteja y los conserve debidamente, pudiendo para ello incluso imponer limitaciones al derecho de dominio.

naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado (Artículo 31° Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales).

³⁶ REVETRIA, Mafalda. “El régimen jurídico de la propiedad monumental en Chile”. *Revista de Derecho Público*. 1977. (Pp. 21-22): 85-148.

1.8.1. Monumentos y Sitios Arqueológicos

Los monumentos y sitios arqueológicos se encuentran reglamentados en el Título V de la ley 17.288 "*De los Monumentos Arqueológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes*". Es el artículo 21 de este cuerpo normativo el que nos entrega una definición legal de Monumento Arqueológico:

“Artículo 21º: Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional.

Para los efectos de la presente ley quedan comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren”³⁷.

Este concepto debe complementarse con la enumeración de bienes que efectúa el artículo 1º de la ley 17.288, y que caben dentro del concepto de monumentos arqueológicos; *“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...”³⁸.*

Es importante destacar que los monumentos arqueológicos no sólo son aquellos bienes muebles, sino que además, el concepto abarca los bienes inmuebles, tales como los *enterratorios o cementerios*.

Según lo señala el citado artículo 21 de la ley Sobre Monumentos Nacionales, y a diferencia de lo que ocurre con los monumentos históricos, los santuarios de la naturaleza y las zonas típicas; los monumentos arqueológicos adquieren esta calidad por *“el solo ministerio de la ley”*; esto quiere decir que no requieren de declaración expresa por algún órgano administrativo que les otorgue esa calidad. Además, por solo ministerio de la ley los monumentos arqueológicos son propiedad del Estado.

³⁷ Ley 17.288, Sobre Monumentos Nacionales, artículo 21.

³⁸ Ley 17.288, Sobre Monumentos Nacionales, artículo primero.

Respecto de los sitios arqueológicos, dentro de los cuales se comprenden conceptualmente los enterratorios o cementerios, ni la ley 17.288 ni el respectivo Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas han establecido una definición de sitio arqueológico, a pesar de la relevancia que tiene dicho concepto en la ciencia arqueológica, por lo que resulta relevante poder elaborar un concepto de sitio arqueológico.

El Acta de Preservación de Objetos de Interés Arqueológico y Paleontológico de Fiji de 1940 nos entrega una definición: “*el sitio o lugar donde fueran descubiertos o existan objetos de interés arqueológico, histórico o científico*”, no obstante, esta definición podría llevar a excluir de este concepto a aquellos sitios que sí tengan un interés de arqueológico pero en el cual no exista un objeto o pieza arqueológica.

Resultaría mucho más eficaz, para asegurar la protección de los sitios o yacimientos arqueológicos, un concepto que no sólo abarque el lugar en donde se encuentran los restos que han dejado los grupos humanos del pasado, sino que se contemple además, aquellos lugares de interés o valor arqueológico, aunque no se haya encontrado en él objetos o piezas de interés arqueológicos o paleontológicos. Lo anterior se justifica en que estos restos pueden concentrarse en espacios acotados de unos cuantos metros o encontrarse dispersos en áreas que fácilmente pueden abarcar las decenas de kilómetros, y en definitiva desde la ciencia de la arqueología, puede existir un sitio con interés arqueológico sin que en él existan restos arqueológicos.

Para sistematizar la protección de los sitios o yacimientos arqueológicos, es conveniente seguir la clasificación que nos propone el arqueólogo Álvaro Romero según la densidad de las evidencias que se encuentran en ellos:

“Yacimientos de Baja Densidad: conjunto de sitios tales como paskanas o refugios, campos agrícolas, caminos, talleres, estancias, etc. Yacimientos ocupados por un corto tiempo, con escasas evidencias, de baja visibilidad.

Yacimientos de Alta Densidad: grupo donde encontramos a los conocidos Pukaras o poblados, conchales, aleros y campamentos abiertos, etc. Se trata de yacimientos de ocupación relativamente prolongada, con alta densidad de materiales arqueológicos”³⁹.

Ambos yacimientos o sitios arqueológicos son importantes para lograr una cabal comprensión de las formas de vida del pasado, tal como lo señala el autor citado. Restringir la protección de aquellos sitios de alta densidad podría llevar a que las investigaciones sobre el pasado sean incompletas e inexactas⁴⁰.

Por último, podemos indicar que la definición legal de monumento arqueológico que nos entrega el artículo 21 de la ley 17.288 es lo bastante amplia como para abarcar ambos tipos de sitios arqueológicos, y no lo limita exclusivamente a sitios en que existan objetos o restos de interés arqueológico. Al igual que los monumentos arqueológicos, los sitios arqueológicos son propiedad del Estado por el sólo ministerio de la ley.

1.8.2. Monumentos Arqueológicos y Monumentos Paleontológicos

Si bien de una primera lectura del texto la ley pareciera que la norma sólo se refiere a los monumentos arqueológicos, una segunda lectura nos permite distinguir entre dos categorías: monumentos arqueológicos y monumentos paleontológicos.

Ambos monumentos presentan las siguientes similitudes: no requieren de una declaración que los declare como tales, lo son por el sólo ministerio de la ley, siempre que se configuren los requisitos de hecho que la ley establece; y ambos al ser catalogados como tales, pasan a ser propiedad del Estado, quedando bajo su tuición.

Ambos pueden ser muebles o inmuebles; dentro de la categoría de inmuebles se encuentran aquellos lugares, ruinas y yacimientos de piezas antro-po- arqueológicas, así como los lugares

³⁹ ROMERO, Álvaro. “*Patrimonio Arqueológico, Legislación y Experiencias en el Extremo Norte de Chile*”. En: BARRAZA José. “*Manual de Patrimonio Cultural y Natural: Arica y Parinacota*”. Chile: Consejo de Monumentos Nacionales. 2003. P. 38.

⁴⁰ *Ibíd.*

donde se hallaren piezas paleontológicas; y dentro de la categoría de muebles, se encuentran las denominadas piezas antro-po-arqueológicas y las piezas paleontológicas, respectivamente.

El CMN se ha encargado de especificar cada una de estas categorías:

“Monumentos Arqueológicos: corresponden a las piezas o a los lugares, ruinas o yacimientos con vestigios de ocupación humana, que existen en un contexto arqueológico, es decir, que no están siendo utilizados por una sociedad viva o en funcionamiento...”

Monumentos Paleontológicos: son vestigios de seres orgánicos que se encuentran en estado fósil, es decir, petrificado, lo cual incluye las huellas petrificadas dejadas por estos seres vivos”⁴¹.

La conservación de los monumentos paleontológicos, es decir, las piezas paleontológicas y los sitios paleontológicos, resulta de gran importancia para el patrimonio cultural, ya que aportan información relevante desde el punto de vista científico-cultural, permiten conocer más sobre la historia de las especies animales y vegetales.

1.9. Definición de Patrimonio Arqueológico

En primer lugar, nos parece relevante señalar que la arqueología ha utilizado los restos materiales para descifrar cómo fue la forma de vida de los seres humanos cuando no existían aún los registros escritos, o bien, cuando la documentación escrita es incompleta; lo que resulta relevante no son los restos materiales en sí, sino que la información que es aportada por esos restos materiales y la relación de estos objetos entre sí. Tal como señala Paola González:

“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

⁴¹ Consejo de Monumentos Nacionales. “*Memoria 2006-2010*”. Chile: Consejo de Monumentos Nacionales. 2010. ISBN: 978-956-7953-35-6.

información es obtenida no sólo a través del estudio del objeto, sino también analizando las relaciones de los objetos entre sí.”⁴².

La misma autora plantea que los restos materiales también pueden ser de interés arqueológico si a través de su estudio es posible obtener información relativa a la forma de vida o actividades de un grupo humano del pasado, recalándose la importancia no sólo de los objetos en sí, sino que la ubicación y el contexto de los mismos⁴³.

En resumen, el patrimonio arqueológico es un conjunto de restos materiales que pueden ser investigados para determinar la cronología, los procesos históricos, las formas de vida y las características biológicas de los poblados prehispánicos⁴⁴.

Este patrimonio se conforma principalmente por los objetos o restos y los sitios arqueológicos, es decir, no sólo comprende los objetos o restos materiales, sino que además, su ubicación, orientación, cantidad y densidad.

Por último, podemos mencionar que el patrimonio arqueológico posee una especial relación con el entorno físico, esto debido a que las sociedades prehispánicas tuvieron una especial relación con los fenómenos tanto climáticos, bióticos, geográficos y geomorfológicos, lo que implica que para comprender de manera completa y exacta las formas de vida del pasado, es importante tener presente la relación existente entre los objetos arqueológicos, sitios o yacimientos arqueológicos, y el entorno físico⁴⁵.

El patrimonio arqueológico es el objetivo específico de nuestro trabajo, en el capítulo siguiente se revisará sistemáticamente el marco de protección constitucional y legislativo de protección de este componente ambiental en concreto.

⁴²GONZÁLEZ, Paola. “*Régimen 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. Universidad de Chile, Santiago. 2001. P. 81.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ ROMERO, Op. Cit. P. 37.

⁴⁵ *Ibidem*.

CAPÍTULO 2: PROTECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

En este capítulo analizaremos el régimen jurídico de protección del Patrimonio Arqueológico en el ordenamiento jurídico de carácter general. Para ello se efectuará un análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República que abarcan dicha protección; específicamente el artículo 19 N° 8, 19 N° 10 inciso quinto y 19 N° 24 inciso segundo de la carta fundamental y el artículo 20 de la misma; y de las disposiciones legales y reglamentarias que dan protección al Patrimonio Arqueológico contenidas en la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Decreto Supremo N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

2.1. Protección Constitucional del Patrimonio Arqueológico

En la Constitución Política de la República de 1980 (en adelante CPR) y sus posteriores modificaciones establecen una serie de disposiciones que se encargan de dar protección al patrimonio arqueológico, a pesar de que no existe en la carta fundamental ninguna disposición que utilice el término de patrimonio arqueológico, sí encontramos varias referencias al concepto de medio ambiente y a los términos de desarrollo y progreso cultural; y en tan solo un artículo se utiliza la expresión de patrimonio cultural propiamente tal⁴⁶.

No obstante ello, es indiscutible que las normas constitucionales que aluden a los conceptos de medio ambiente, medio ambiente libre de contaminación, preservación de la naturaleza, conservación del patrimonio ambiental y patrimonio cultural, regulan de forma más o menos directa el patrimonio arqueológico.

⁴⁶ Constitución Política de la República, artículo 19 N° 10 inciso quinto.

Tal como se precisó en el primer capítulo de este trabajo “Aspectos Generales del Patrimonio Arqueológico”⁴⁷, la conceptualización de medio ambiente que se consagra en nuestro ordenamiento jurídico tiene el carácter de **amplio**, comprendiéndose tanto los componentes naturales y artificiales del medio ambiente, incluyendo aquellos elementos socioculturales y sus interacciones, y por cierto, el patrimonio arqueológico.

Lo anterior se desprende de la definición de medio ambiente que nos entrega el artículo 2 letra II) de la ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante LBGMA):

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

*II) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y **artificiales** de naturaleza física, química o biológica, **socioculturales y sus interacciones**, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”⁴⁸.*

Cuando la LBGMA incorpora como parte del concepto de medio ambiente tanto los componentes naturales y artificiales, y los elementos socioculturales y sus interacciones, abarca el patrimonio arqueológico. Así, cuando nos encontramos con normas constitucionales que se refieran al medio ambiente, al patrimonio ambiental u otros similares estaremos analizando disposiciones constitucionales que regulan también al patrimonio arqueológico⁴⁹.

En la CPR existen diversas disposiciones que de forma indirecta otorgan protección al patrimonio cultural, y por tanto, al patrimonio arqueológico. Primeramente, podemos

⁴⁷ Ver sección **1.1. Concepto de Medio Ambiente en la Constitución**.

⁴⁸ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo e letra II). (*Énfasis agregado*).

⁴⁹ Respecto de la pertinencia de aplicar las definiciones entregadas por la ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente para la interpretación de normas constitucionales; si bien no ha sido una materia exenta de discusión, consideramos que sí procede la aplicación de dichas definiciones para interpretar normas de rango constitucional, sobre todo en aquellas normas que se refieran al “*derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”, la “*protección del medio ambiente*”, la “*preservación de la naturaleza*” y la “*conservación del patrimonio ambiental*”. En este mismo sentido, el artículo primero de la ley 19.300 establece que el “*derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley*” (Énfasis agregado). De la lectura de dicho artículo podemos concluir que las definiciones establecidas en este cuerpo legal vienen a dotar de contenido a aquellas disposiciones constitucionales que abarquen materias relacionadas con el medio ambiente; por tanto, cuando analicemos las normas constitucionales que se refieran al medio ambiente o al patrimonio cultural o simplemente cultura, estaremos hablando también del patrimonio arqueológico, por cuanto este es un elemento del componente artificial y sociocultural del medio ambiente de conformidad a la definición amplia de medio ambiente que establece el artículo 2 letra II) de la ley 19.300.

mencionar aquellas normas relativas a los gobiernos regionales: artículo 111 y 114 de la CPR. En ambas disposiciones se utiliza el término de “*desarrollo cultural dentro de la región*”⁵⁰. A su vez el artículo 118 inciso cuarto de la CPR al referirse a la administración comunal hace referencia al “*progreso cultural de la comuna*”⁵¹.

Si bien dichas disposiciones no utilizan expresamente el concepto de patrimonio arqueológico ni siquiera el de patrimonio cultural, sino que prevalecen las expresiones de *desarrollo o progreso cultural*, podemos señalar que cuando estos artículos se refieren al progreso o desarrollo cultural a cargo de los gobiernos regionales o las administraciones comunales, se comprenden en éste todos los elementos del patrimonio cultural, tanto las expresiones materiales e inmateriales⁵², y por ende, el patrimonio arqueológico.

Por otro lado, las disposiciones constitucionales que de forma más directa se refieren al patrimonio cultural y por tanto al patrimonio arqueológico, son aquellas contenidas en el catálogo de derechos que asegura la Constitución el artículo 19 y en el artículo 20 de la CPR que consagra la acción de protección ambiental, las que se analizarán detalladamente a continuación.

2.1.1. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

⁵⁰ El artículo 111 señala que uno de los objetivos de la administración de los gobiernos regionales es el desarrollo cultural de la región.

“*Artículo 111. La administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el **desarrollo social, cultural** y económico de la región.*” (Énfasis agregado).

En esta misma línea, el artículo 114 vuelve a referirse al desarrollo cultural de las regiones al señalar que la transferencia de una o más competencias de los ministerios y servicios públicos en las materias que indica deberá ser determinada por una ley orgánica constitucional.

“*Artículo 114. La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República transferirá a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y **desarrollo social y cultural.***” (Énfasis agregado).

⁵¹ Constitución Política de la República, artículo 118 inciso cuarto:

“*Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el **progreso económico, social y cultural de la comuna.***” (Énfasis agregado).

⁵² ZAPATA. Op. Cit. P. 55.

La primera norma constitucional que asegura la protección del medio ambiente y todos sus componentes de forma expresa es la contenida en el artículo 19 N° 8 de la CPR referido al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

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.”⁵³.

Del análisis de este artículo podemos señalar que éste contempla una triple dimensión, a saber; en primer lugar, se consagra el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación propiamente tal; en segundo lugar, consagra el deber que tiene el Estado de otorgar protección efectiva al medio ambiente y; por último, faculta al legislador para establecer vía norma de rango legal las restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con el objetivo de proteger efectivamente al medio ambiente.

El patrimonio arqueológico al ser considerado dentro de la definición de medio ambiente que se consagra en la LBGMA debe entenderse como parte de la garantía constitucional que se establece en un rango constitucional mediante a la expresión “*medio ambiente libre de contaminación*” que plasma el artículo 19 N° 8 de la CPR⁵⁴.

Habiéndose establecido que el patrimonio arqueológico se encuentra comprendido dentro de esta garantía constitucional, cabe proceder a determinar cuál es su alcance, ya que no se encuentra precisado en la carta fundamental, por lo que al ser un concepto constitucionalmente indeterminado su “*determinación quedó entregada a la determinación jurisprudencial y a la configuración del legislador*”⁵⁵, lo anterior significa que para determinar el contenido y alcance de esta garantía atenderemos a las definiciones de la LBGMA.

En primer término sentaremos qué se entenderá por medio ambiente libre de contaminación, que pareciera ser el elemento central de esta garantía fundamental.

⁵³ Constitución Política de la República, artículo 19 N° 8. (*Énfasis agregado*).

⁵⁴ ZAPATA. Op. Cit. P. 68.

⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, 1 ed., Tomo II, Pp. 631 y 632.

En el artículo 2 letra m) de la LBGMA se establece una definición legal de medio ambiente libre de contaminación:

“Artículo 2°. Para todos los efectos legales, se entenderá por:

*m) Medio Ambiente Libre de Contaminación: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la **conservación del patrimonio ambiental**”⁵⁶.*

De los conceptos utilizados por el legislador en el artículo citado, el que se relaciona propiamente con el patrimonio arqueológico es el término de *patrimonio ambiental*, por cuanto éste abarca todos los “*componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos*”⁵⁷. Por tanto, para determinar si estamos en presencia de un medio ambiente libre de contaminación debemos analizar si los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo para la conservación del patrimonio ambiental.

Para ello debemos sentar qué debe entenderse por *contaminante*, el cual se encuentra definido en el artículo 2 letra d) de la LBGMA:

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

⁵⁶ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra m). (*Énfasis agregado*).

⁵⁷ En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una definición de *patrimonio ambiental*, no obstante, el legislador sí se encargó de definir **conservación del patrimonio ambiental** en el artículo 2 letra b) de la LBGMA:

“Artículo 2°. Para todos los efectos legales, se entenderá por:

*b) Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de **los componentes del medio ambiente**, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”.* (*Énfasis agregado*).

De esta definición se observa que el patrimonio ambiental se encuentra conformado por “los componentes del medio ambiente”, es decir, son parte del patrimonio ambiental todos los componentes del medio ambiente. Es de toda lógica afirmar que el patrimonio arqueológico, al ser un elemento sociocultural del componente artificial del medio ambiente forma parte del patrimonio ambiental. Adicionalmente, el artículo recalca la importancia de aquellos componentes que “sean únicos, escasos o representativos”, características que son propias del patrimonio arqueológico.

Esta definición establece que la conservación del patrimonio ambiental tiene por objeto asegurar la *permanencia* y *capacidad de regeneración* de los componentes del medio ambiente. Por la naturaleza misma del patrimonio arqueológico no resulta aplicable el término de “regeneración” al patrimonio arqueológico, por lo que el objeto de conservación del patrimonio ambiental cuando hablamos de patrimonio arqueológico consiste en su **permanencia**.

*d) Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, luminosidad artificial o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda **constituir un riesgo** a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a **la conservación del patrimonio ambiental***⁵⁸.

Como se observa de la definición entregada por el legislador, el concepto de contaminante es muy amplio, pudiendo ser un compuesto, una sustancia, energía o incluso una vibración; que en lo que nos concierne, pueda constituir un riesgo para la conservación del patrimonio ambiental. Si bien el patrimonio arqueológico forma parte del patrimonio ambiental, aun podemos preguntarnos si un contaminante en los términos de la LBGMA puede o no constituir un riesgo para el patrimonio arqueológico.

La Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago nos entrega luces sobre este punto; en el año 2013 la Corte rechazó la acción de protección ambiental interpuesta en contra del Subsecretario de Deportes por la realización del Rally Dakar del año 2014, acción que se fundó en que durante la realización del evento deportivo el año 2013 se habría generado un daño al patrimonio arqueológico y que con esta afectación se habría ocasionado una privación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁵⁹.

No obstante haberse rechazado la acción de protección ambiental, la Ilustrísima Corte de Apelaciones estableció que el patrimonio arqueológico, como elemento del medio ambiente, es susceptible de verse afectado por contaminantes en el tenor del artículo 2 letra d) de la LBGMA:

⁵⁸ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra d). (*Énfasis agregado*).

⁵⁹ Si bien en este caso se estableció que efectivamente se produjeron daños al patrimonio arqueológico producto de la realización del Rally Dakar año 2013, la acción de protección ambiental se rechazó dado que en la especie no concurrieron los presupuestos que hacen precedente dicha acción, a saber; en este caso en concreto “*la acción interpuesta descansa sobre la base de algunas conductas futuras e inciertas en las cuales se estima podría incurrir el recurrido, contraviniendo así la norma que en materia ambiental se contiene en el artículo numeral 8° del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que se ha accionado, sin que exista afectación real al derecho invocado, y más aún, sin siquiera una amenaza real.*” Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Séptima Sala, Rol N° 8939-2013, Considerando sexto.

*“...en la especie, **la energía y la vibración** producida por los centenares de vehículos que forman parte de la carrera del Dakar son **contaminantes** que provocan un riesgo mayúsculo de acuerdo a la nefasta experiencia de todas las versiones pasadas para la **conservación del patrimonio arqueológico**, parte integrante del medio ambiente”⁶⁰.*

Para determinar cuándo existe contaminación del medio ambiente, debemos recurrir a la definición de contaminación que se encuentra contenida en el artículo 2 letra c) de la LBGMA:

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

c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”⁶¹.

De la definición anterior podría pensarse que en caso de no existir normas que establezcan los parámetros dentro de los cuales se pueda considerar que un contaminante es admisible en el medio ambiente, o por el contrario, que en caso de no existir una normativa ambiental que establezca cuándo dicha concentración o período de contaminantes constituye *contaminación*, ésta no podría existir. Esta primera impresión es equívoca, pues si bien es cierto que la legislación ambiental debe regular la presencia de los contaminantes en el medio ambiente, no es menos cierto que en caso de no existir una regulación ambiental puede existir igualmente contaminación del medio ambiente. En este caso se deberá acreditar inequívocamente la presencia en el medio ambiente de un contaminante en términos tales que constituyan un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental; o bien que se trate de una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante⁶².

Una interpretación que sujete la configuración de contaminación del medio ambiente a la existencia de una norma ambiental, limitaría la aplicación la garantía constitucional del

⁶⁰ *Ibídem*, Considerando primero. (*Énfasis agregado*).

⁶¹ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra c).

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 577-2006, Considerando decimotercero.

derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación consagrada en el artículo 19 N° 8 de la CPR e impondría una exigencia que no se desprende de la lectura de la normativa ambiental:

“(…) las definiciones otorgadas no son del todo pacíficas ni coherentes, pues como hemos analizado, la definición de “medio ambiente libre de contaminación” entregada por la misma Ley, y que resulta mucho más alusiva a la garantía constitucional en cuestión, no exige el requisito de que exista norma legal que establezca los parámetros antes dichos. Tampoco la definición que la Ley hace de “contaminante” exige la existencia de dichos parámetros normativos.”⁶³.

Por último, resulta relevante recordar que al momento de consagrar esta garantía constitucional el constituyente entendía que contaminar significaba *“alterar la pureza de alguna cosa, como los alimentos, las aguas, el aire, etcétera”*⁶⁴. Esto significa que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se asociaba a la adecuación de los parámetros establecidos para cada contaminante por la legislación vigente y que la concentración y permanencia de estos contaminantes no constituyeran un riesgo para la salud de las personas, lo cual ya no resulta aplicable al tenor del concepto amplio de medio ambiente, sumado a la necesidad de proteger el patrimonio cultural, y en especial del patrimonio arqueológico, a través de todas las acciones consagradas en nuestro ordenamiento jurídico.

Concluimos que para encontrarnos frente a un caso de medio ambiente contaminado y se produzca por consiguiente una vulneración del derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación⁶⁵ debe darse una situación en que existan contaminantes que se encuentren en concentraciones o períodos que puedan ser susceptibles de causar un riesgo para la conservación del patrimonio ambiental.

⁶³ ZAPATA. Op. Cit. P. 206.

⁶⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 186°, celebrada el martes 9 de marzo de 1976. En Actas Oficiales de la Comisión Constituyente Sesión 182 a 214. P. 134. [en línea] [fecha de consulta: 31 de mayo de 2020] Disponible en: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf.

⁶⁵ En términos de afectación al patrimonio arqueológico como parte del componente del medio ambiente consagrado como garantía constitucional en el artículo 19 N° 8 de la CPR.

2.1.2. El derecho a la educación

La segunda norma constitucional que se encarga de dar protección al patrimonio arqueológico es la contenida en el artículo 19 N° 10 inciso quinto de la CPR:

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

N° 10. El derecho a la educación.

*Inc. Quinto: Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todas sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la **protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación**”⁶⁶.*

Como se mencionó previamente, esta es la única norma a nivel constitucional que hace una referencia de forma expresa al término de patrimonio cultural propiamente tal.

De la norma constitucional se desprende que el Estado tiene la obligación de proteger e incrementar el “patrimonio cultural de la Nación” y por ende, tiene la obligación de proteger e incrementar a su vez el patrimonio arqueológico. Esto se traduce en que la norma exige por una parte un accionar positivo por parte del Estado que conlleva esencialmente en dos obligaciones: la primera es la de **otorgar protección** al patrimonio cultural y; la segunda, en la obligación de **incrementar** el ya existente⁶⁷. Este último deber no se limita únicamente a la construcción material de nuevos bienes culturales, ya sean tangibles o intangibles, “*sino también, como el conocimiento y difusión de elementos del patrimonio (tangible e intangible)*”⁶⁸.

Existe una estrecha relación entre el derecho a la educación consagrado en el artículo 19 N° 10 de la CPR y el patrimonio arqueológico, que se traduce principalmente en una complementación entre ambos; por un lado, la educación es un pilar esencial en la transmisión del patrimonio arqueológico, relacionado a la preservación de la memoria, y este patrimonio a

⁶⁶ Constitución Política de la República, artículo 19 N° 10, inciso quinto. (*Énfasis agregado*).

⁶⁷ ZAPATA. Op. Cit. P. 57.

⁶⁸ ROBERT, Rodrigo. “La conservación del patrimonio cultural urbano en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Ambiental*, 2002, N° 1. P. 120.

su vez, reviste una importancia pedagógica y valórica, entregando múltiples posibilidades de crecimiento personal y adquisición de competencias desde la educación parvularia hasta la educación superior⁶⁹, lo que se relaciona con la identidad que construimos desde la individual a lo colectivo.

En esta misma línea, al realizar una interpretación finalista de las normas constitucionales, en especial considerando lo dispuesto en el artículo primero inciso cuarto de la CPR que establece que el Estado debe promover el bien común, y para ello “*debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*”⁷⁰. Creemos que el fomento, la difusión, transmisión y protección del patrimonio arqueológico resulta esencial e indispensable para lograr la mayor realización espiritual de las personas, y como tal es merecedor de la más amplia protección, conservación y difusión.

2.1.3. El derecho a la propiedad privada

La tercera norma constitucional que consagra la protección del patrimonio arqueológico se encuentra en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la CPR:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

24°. (...)

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. Esta

⁶⁹ Ver más en: CORTÉS, Silvia. Patrimonio y educación. Contextos, estudios de humanidades y ciencias sociales N° 20 (2008): Pp. 205-212.

⁷⁰ Constitución Política de la República, artículo primero inciso cuarto:

“(...

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” (Énfasis agregado).

comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”⁷¹.

En esta norma constitucional “*quedó reconocida y consagrada la función ambiental de la propiedad*”⁷². Si bien no existe una concepción única de la propiedad privada a nivel constitucional y persisten los dilemas a nivel doctrinario y jurisprudencial sobre la materia⁷³; de la lectura del artículo citado se puede entrever que al existir una contraposición entre el derecho de propiedad y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la Constitución le permite al legislador establecer legítimas limitaciones al derecho de propiedad privada, entre otras cosas, en razón de la conservación del patrimonio ambiental⁷⁴ y en consecuencia dichas limitaciones se pueden establecer para asegurar la protección del patrimonio arqueológico. Del análisis de esta disposición se desprende que es un deber del Estado proteger y conservar el patrimonio ambiental de conformidad a la función social intrínseca que tiene la propiedad privada⁷⁵.

Como se analizó en el acápite anterior en nuestra legislación no se ha definido qué es el patrimonio ambiental, no obstante, sí se ha definido qué es la *conservación del patrimonio ambiental*⁷⁶. De la definición otorgada en el artículo 2 letra b) de la LBGMA se puede concluir que el patrimonio ambiental se encuentra constituido por los componentes del medio ambiente, tanto los naturales como los artificiales, con especial atención de aquellos que son “*propios del país que sean únicos, escasos o representativos*”.

⁷¹ Constitución Política de la República, artículo 19 N° 24, inciso segundo. (*Énfasis agregado*).

⁷² CASTILLO. Op. Cit. P. 53.

⁷³ RUIZ-TAGLE, Pablo. “La propiedad en Chile y sus dilemas”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 51, diciembre 2018. [en línea] [fecha de consulta: 22 de mayo de 2020] Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000200199#fn68.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1309-2009, Considerando sexto.

⁷⁵ Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que “*la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos*” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 245, Considerando décimo de la prevención del Ministro Ricardo García); y en esta misma línea ha señalado que “*Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer.*” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 245, Considerando vigésimo séptimo).

⁷⁶ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra b):

“Art. 2. Para todos los efectos legales, se entenderá por:

b) *Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración*”. (*Énfasis agregado*).

De una interpretación lógica con la definición de medio ambiente que establece la LBGMA contenida en el artículo 2 letra m), se desprende que el patrimonio ambiental está constituido por los “*componentes del medio ambiente*”, dentro de los cuales se encuentran los elementos socioculturales, y por lo tanto, los pertenecientes al Patrimonio Cultural⁷⁷.

En síntesis, el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la CPR puede ser limitado por el legislador, entre otros factores, por la conservación del patrimonio ambiental que incluye la protección del patrimonio arqueológico⁷⁸.

2.1.4. Acción de protección ambiental

La cuarta norma constitucional que se encarga de consagrar la protección del patrimonio arqueológico es el artículo 20 inciso segundo de la CPR:

“Artículo 20. (...)

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”⁷⁹.

Este artículo contempla la denominada acción de protección ambiental que tiene por objeto resguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁸⁰.

La finalidad de esta acción es la de dotar a las personas de una acción específica que es de rápida tramitación para detener las afectaciones al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

⁷⁷ ZAPATA, Op. Cit. P. 71.

⁷⁸ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 32.

⁷⁹ Constitución Política de la República, artículo 20 inciso segundo.

⁸⁰ Esta acción de protección ambiental tiene diversas diferencias con la acción de protección establecida en el inciso primero del artículo 20 CPR, las que se traducen en que su formulación sea más restringida. En primer lugar, la acción ambiental procederá sólo cuando el derecho consagrado en el artículo 19 N° 8 de la CPR sea “afectado”, mientras que en los restantes derechos protegidos es suficiente para su interposición que el titular sufra una “privación, perturbación o amenaza”. En segundo lugar, se establece que el acto u omisión debe ser “ilegal”, restringiéndose su procedencia respecto de aquellos actos u omisiones “arbitrarias”. Por último, se requiere que el acto u omisión sea imputable a una “autoridad o persona determinada”, exigencia que no procede respecto de los demás derechos protegidos en la acción de protección del inciso primero.

Esta acción constitucional tiene una serie de criterios de procedencia que se encuentran en la carta fundamental; a los que se suma la necesidad de que con los actos u omisiones ilegales se produzca una “*urgencia cautelar, la que se manifiesta en la necesidad de fundamentar la reparación del agravio*”⁸¹.

Si bien esta acción constitucional es uno de los principales instrumentos jurídicos que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico para la protección del medio ambiente, dado los requisitos para su procedencia y, en atención a la proliferación de procedimientos especiales en materia ambiental su aplicación está asociada a la excepcionalidad⁸². Adherimos a este criterio de excepcionalidad en cuanto la acción de protección ambiental no puede transformarse en una acción genérica que sea interpuesta para impugnar actos administrativos sobre materias que tienen una regulación especial o cuando no exista la urgencia cautelar propia de la naturaleza de esta acción constitucional⁸³.

Del análisis de las normas constitucionales podemos concluir que la protección del patrimonio arqueológico a nivel constitucional se consagra indudablemente en las normas de la carta fundamental que se refieren al desarrollo cultural, al patrimonio cultural de la Nación, la conservación del patrimonio ambiental y especialmente cuando la carta fundamental asegura la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

De la lectura de estas disposiciones se observa que la constitucionalización del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación asegura por una parte, el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por otro lado, establece la obligación del Estado de proteger el medio ambiente y; por último, faculta al legislador para establecer vía norma de rango legal restricciones o limitaciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con la finalidad de proteger al medio ambiente. Estas disposiciones constituyen el marco constitucional de protección al patrimonio arqueológico,

⁸¹ SALINAS, Andrés. “Constitucionalización de la protección del patrimonio cultural en Chile”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Santiago, 2018. P. 154.

⁸² FERNANDOIS, Arturo. “El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia en postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 43, N°1. Santiago abril 2016. [en línea] [fecha de consulta: 23 de mayo de 2020] Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100004.

⁸³ MENDOZA, Tomás. “Recurso de protección ambiental: Jurisprudencia reciente (2017)”. *Latin American Legal Studies*. Volumen 4 (2019) Pp. 107-142. [en línea] [fecha de consulta: 23 de mayo de 2020] Disponible en: <http://lals.uai.cl/index.php/rld/article/view/48>

normas que han permitido sentar criterios de validez tanto en las normas procedimentales de materia ambientales, como en las normas de contenido de la normativa especial referidas al patrimonio arqueológico⁸⁴.

2.2. Protección del Patrimonio Arqueológico en la ley 19.300 y Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Es necesario precisar que, tal como ocurre con el ámbito de protección del patrimonio arqueológico a nivel constitucional, cuando analizamos las disposiciones en las leyes especiales que abordan la protección tanto del medio ambiente, como del patrimonio ambiental y el patrimonio cultural, nos estaremos refiriendo además, al patrimonio arqueológico por ser un elemento del componente sociocultural del medio ambiente.

El objeto de regulación de la LBGMA abarca el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental⁸⁵.

Para cumplir su objetivo, la LBGMA establece una serie de mecanismos o herramientas jurídicas que tienen por objetivo contribuir y asegurar la protección del medio ambiente en un sentido amplio. Uno de estos mecanismos de protección son los Instrumentos de Gestión Ambiental (en adelante IGA), estos instrumentos son herramientas de políticas públicas que incentivan acciones o conductas destinadas a contribuir a la protección del medio ambiente y a prevenir y/o mejorar problemáticas ambientales⁸⁶.

Los IGA que contempla la LBGMA, que son complementados por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁸⁷ son, entre otros: Educación e Investigación, el Sistema

⁸⁴ SALINAS. Op. Cit. P 155.

⁸⁵ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo primero:

“Artículo 1°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia.”

⁸⁶ Sistema Nacional de Información Ambiental. [en línea] [fecha de consulta: 28 de mayo 2020] Disponible en: <https://sinia.mma.gob.cl/temas-ambientales/instrumentos-para-la-gestion-ambiental/>.

⁸⁷ Promulgado por el Decreto N° 32 del Ministerio del Medio Ambiente, el 4 noviembre de 2015.

de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), las Normas de Calidad Ambiental, Preservación de la Naturaleza y Conservación del Patrimonio Ambiental, Planes de Emisión, los Planes de Manejo, Prevención y Descontaminación y la Participación Ciudadana.

Si bien son varios los instrumentos de gestión ambiental que se consagran en la LBGMA y en su Reglamento, a efectos de analizar la protección concreta del patrimonio arqueológico, solamente nos avocaremos al análisis de tres de ellos, los que a nuestro juicio dan una mirada íntegra del ámbito de protección de este componente medio ambiental en estos cuerpos normativos: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los Permisos Ambientales Sectoriales y la Acción por Daño Ambiental.

2.2.1. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El primer instrumento de gestión ambiental que se analizará es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA). Antes de analizar el SEIA propiamente tal, antes debemos referirnos al concepto de evaluación de impacto ambiental que se encuentra definido en el artículo 2 letra j) de la LBGMA:

“Artículo 2°.- Para todos los efectos legales, se entenderá por:

j) Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, 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”⁸⁸.

De la definición anterior, se desprende que la evaluación de impacto ambiental es un procedimiento de carácter administrativo, que es llevado adelante por el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA), mediante el cual se busca determinar si los impactos ambientales de una actividad o proyecto determinado se ajusta a la normativa ambiental vigente. Este procedimiento culmina con un acto administrativo favorable denominado Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

⁸⁸ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra j).

Este es un mecanismo de carácter **preventivo**, que según lo dispuesto en el artículo 8 de la LBGMA debe tener lugar previo a la ejecución o modificación de los proyectos o actividades contenidos en el catálogo del artículo 10 del mismo cuerpo legal⁸⁹. La evaluación de impacto ambiental, tal como lo dice su nominación, busca determinar los posibles impactos ambientales y en caso de existir estos, busca el establecimiento de las medidas idóneas para eliminar o minimizar dichas impactos o efectos ambientales.

El artículo 10 de la LBGMA se encarga de establecer un catálogo de actividades o proyectos que sean “*susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases*” que deben someterse al SEIA de forma obligatoria:

*“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que **deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental**, son los siguientes (...)”⁹⁰.*

El catálogo configurado por el legislador está conformado por actividades o proyectos “*que por su especial envergadura o impacto el legislador ha considerado oportuno se sometan obligatoriamente a este tipo de evaluación previa*”⁹¹. La consideración central al momento de determinar si un proyecto o actividad debe someterse al SEIA consiste en la *susceptibilidad* que tienen de causar un impacto ambiental en cualquiera de sus fases, lo que implica que no toda actividad o proyecto, aun cuando se encuentre en el catálogo del artículo 10 de la LBGMA debe someterse al SEIA, y a contrario sensu, aun cuando una actividad no se encuentre en el listado del artículo 10 pero tenga la susceptibilidad de causar un impacto ambiental deberá ingresar de todas formas al sistema de evaluación de impacto ambiental.

⁸⁹ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 8 inciso primero:

“Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.” (Énfasis agregado).

⁹⁰ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 10. (Énfasis agregado).

⁹¹ ZAPATA Op. Cit. P. 137.

En lo que se refiere al patrimonio arqueológico, la única vía de ingreso directa⁹² al SEIA es la contenida en la letra p) del artículo 10 de la LBGMA⁹³:

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

(...)

*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 **otras áreas colocadas bajo protección oficial**, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”⁹⁴.*

Tal como se mencionó anteriormente, el fundamento de que una actividad o proyecto del catálogo contenido en el artículo 10 ingrese al SEIA es que estos sean susceptibles de causar un impacto ambiental, lo que conlleva que no toda obra, programa o actividad que se pretenda ejecutar en lo que la ley denomina “*áreas colocadas bajo protección oficial*” tenga la obligación de someterse al SEIA, en esta misma línea el SEA ha señalado expresamente que:

“(…) no toda intervención en un área protegida debe someterse al SEIA, sino que debe tratarse de intervenciones que tengan cierta magnitud y duración, no de aquellas que impacten positivamente o agreguen valor al área. Ello deberá ser analizado caso a caso, dependiendo de las características del proyecto concreto y del área a ser intervenida, considerando el objeto de protección de esta última.”⁹⁵.

⁹² Es una vía directa de ingreso al SEIA puesto que es la existencia del patrimonio arqueológico el elemento central y determinante al momento de determinar que una obra, proyecto o actividad determinada deba ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental.

⁹³ Es una vía directa de ingreso al SEIA puesto que es la existencia del patrimonio arqueológico el elemento central y determinante al momento de determinar que una obra, proyecto o actividad determinada deba ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental.

⁹⁴ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 10 letra p). (*Énfasis agregado*).

⁹⁵ Servicio de Evaluación Ambiental, Oficio Ordinario N° 161.081, Punto 7, párrafo segundo, del 17 de agosto del año 2016.

Al evaluar ambientalmente un proyecto o actividad se tiene en especial consideración la *“la envergadura y los potenciales impactos del proyecto o actividad, en relación al objeto de protección de la respectiva área, de manera que el sometimiento al SEIA tenga sentido y reporte beneficios concretos en términos de prevención de impactos ambientales adversos”*⁹⁶.

La expresión *“en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial”* contenida en la letra p) artículo 2 de la LBGMA es la que ha permitido extender la aplicación del SEIA en favor del patrimonio arqueológico, pues no abarca tan solo a aquellas áreas de valor natural, sino que comprende a aquellas áreas de protección cultural protegidas especialmente, dentro de las cuales se encuentra el patrimonio arqueológico por su valor patrimonial. Sobre este punto la Contraloría General de la República ha señalado lo siguiente: *“(…) los elementos socioculturales no tienen una protección inferior a los de valor natural”*⁹⁷ y en esta misma línea ha agregado que:

*“En consecuencia, si se excluyen los bienes de valor patrimonial del citado artículo 10, letra p), no se logra proteger el medio ambiente en los términos amplios que contempla la Carta Fundamental y la normativa antes referida, que desarrollan la respectiva garantía, por lo que debe concluirse que en la expresión ‘cualquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial’ se comprenden las áreas de protección de recursos de valor patrimonial”*⁹⁸.

Ni la LBGMA ni el Reglamento del SEIA entregan una definición de qué debe entenderse por *“áreas colocadas bajo protección oficial”*, materia que fue zanjada por el mismo SEA mediante la unificación de criterios y exigencias técnicas en el Decreto Exento N° 130.844 del año 2013, a saber:

“a) Área: debe tratarse de un espacio geográfico delimitado. Idealmente, dicha delimitación deberá encontrarse georreferenciada y constar en el acto formal declaratorio del área (...)

⁹⁶ Servicio de Evaluación Ambiental. Op. Cit. Punto 9, párrafo segundo.

⁹⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 4000, del 15 de enero de 2016.

⁹⁸ *Ibíd.*

b) Declaración oficial: debe existir un acto formal, emanado de autoridad competente al efecto, en virtud del cual se somete determinada área a un régimen de protección.

c) Objeto de protección: la declaración respectiva debe responder, directa o indirectamente, a un objetivo de protección ambiental. Al respecto cabe tener presente que el concepto legal de medio ambiente es de carácter amplio, inclusivo de elementos naturales y artificiales, de naturaleza física, química, biológica y socioculturales.”⁹⁹.

En este mismo decreto el SEA realizó un listado de aquellas áreas colocadas bajo la protección oficial entre las que figuran los Parques Nacionales, los Monumentos Históricos, las Zonas Típicas, entre otros. No obstante, el Servicio no consideró como un área colocada bajo la protección oficial al patrimonio arqueológico o Monumentos Arqueológicos según la nomenclatura de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, a pesar de que éstos reúnen las condiciones para ser tratados como un área de valor patrimonial cultural que debe ser especialmente protegida por la legislación nacional.

El criterio para excluir a los Monumentos Arqueológicos de este listado consistiría en que no cabe dentro de la definición de *área* que entrega el SEA, pues señala que debe tratarse de un “*espacio geográfico delimitado*”. Por otro lado, la particularidad de los Monumentos Arqueológicos es que no necesitan de una declaración oficial puesto que operan por el solo ministerio de la ley¹⁰⁰, lo cual se condice con una razón práctica consistente que en la actualidad existe un número incierto de patrimonio arqueológico cuya existencia y ubicación son desconocidas, por lo que no puede dependerse de un acto administrativo para otorgar protección y conservar el patrimonio arqueológico, recalándose en este punto la importancia del principio preventivo para asegurar la debida protección de este patrimonio.

En definitiva, la vía directa de ingreso al SEIA contenida en el artículo 10 letra p) de la LBGMA es una herramienta de carácter preventivo que hace obligatorio el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental de las actividades o proyectos que sean susceptibles de causar un impacto ambiental significativo al patrimonio arqueológico, con el objetivo de

⁹⁹ Servicio de Evaluación Ambiental, Decreto Exento N° 130.844, del 22 de mayo del año 2013.

¹⁰⁰ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 21:

“Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional.” (El subrayado es nuestro).

determinar la existencia de impactos negativos sobre este patrimonio y en caso de existir éstos, establecer las medidas tendientes a eliminar o minimizar dichos impactos.

Existen dos vías de ingreso al SEIA, una de ellas es la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), la cual se encuentra definida en el artículo 2 letra f) de la LBGMA y constituye la regla general para los titulares de los proyectos o actividades al momento de ingresar al SEIA¹⁰¹, que consiste esencialmente en una declaración jurada del titular. La segunda es el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que es más exigente que una DIA y debe presentarse en el caso de que alguno de los proyectos o actividades del catálogo del artículo 10 de la LBGMA produzca alguno de los efectos características o circunstancias que describe el artículo 11 del mismo cuerpo legal.

La vía de protección al patrimonio arqueológico lo encontramos en el artículo 11 letra f) de la LBGMA, el cual se encarga de establecer aquellos efectos, características o circunstancias en virtud de los cuales un determinado proyecto o actividad del catálogo del artículo 10 del mismo cuerpo legal deberá elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y no una Declaración de Impacto Ambiental (DIA):

*“Artículo 11. Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes **efectos, características o circunstancias** (...)”¹⁰².*

Lo anterior implica que todo proyecto o actividad que ingrese al SEIA por cualquiera de las vías enumeradas en el artículo 10 de la LBGMA, en principio deberá presentar una DIA, en la que necesariamente deberá justificar la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del artículo 11, las que si se presentan impondrán sobre el titular de la actividad o proyecto una obligación de ingresar al SEIA mediante un EIA.

El artículo 11 letra f) de la LBGMA establece lo siguiente:

¹⁰¹ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra f):

“Artículo 2°. Para todos los efectos legales, se entenderá por:

f) Declaración de Impacto Ambiental: 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”.

¹⁰² Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 11. (*Énfasis agregado*).

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

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.”¹⁰³.

En lo que importa respecto a la protección del patrimonio arqueológico, el artículo citado dispone que aquellos proyectos o actividades del catálogo del artículo 10 de la LBGMA que generen una alteración a los monumentos o sitios con un valor arqueológico deben obligatoriamente ingresar al SEIA mediante un estudio de impacto ambiental. Lo anterior se ve complementado por el artículo 10 del RSEIA:

“Artículo 10.- Alteración del patrimonio cultural.

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 genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará:

- a) La magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288.*
- b) La magnitud en que se modifiquen o deterioreen en forma permanente 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, incluido el patrimonio cultural indígena.*
- c) La afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la*

¹⁰³ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 11 letra f). (Énfasis agregado).

proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.”¹⁰⁴.

Del artículo citado se desprende que la alteración del patrimonio cultural variará según sea el elemento ambiental del que se trate, así la letra c) del artículo 10 del RSEIA no resulta aplicable al patrimonio arqueológico o monumento arqueológico según la terminología de la ley 17.288, por cuanto tiende a proteger el patrimonio cultural inmaterial, por lo que nos centraremos en el análisis de la letra a) del artículo precedentemente citado.

De su lectura se desprende que el criterio central para determinar la alteración del patrimonio arqueológico es la **magnitud** en que “*remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente*” algún monumento arqueológico. La magnitud alude a un grado de significancia que debe alcanzar la acción determinada¹⁰⁵, este análisis es de carácter cuantitativo:

“(…) el análisis no debe ser solo de carácter cuantitativo, referido únicamente al porcentaje afectado, sino que también debe considerar lo cualitativo, es decir la relevancia de la porción afectada, en relación con su valor y singularidad, y la forma en que ésta influye en todo el conjunto”¹⁰⁶.

En la letra a) artículo en análisis se utiliza la expresión “*en forma permanente*”, el cual pareciera ser un criterio adicional al momento de determinar si existe alteración del patrimonio arqueológico, no obstante, este es un criterio que debe entenderse únicamente respecto de las modificaciones, vale decir:

“(…) en caso de realizarse modificaciones estas deberán ser permanentes para ser consideradas efectivamente como una ‘alteración’. Mientras que para los demás verbos (remover, destruir, excavar, trasladar, deteriorar, intervenir) no se exige que además dichas acciones tengan vocación de permanencia, es decir, no se exige por ejemplo que un traslado o deterioro sea permanente, sino tan solo se requiere que

¹⁰⁴ Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, artículo 10.

¹⁰⁵ ZAPATA. Op. Cit. P. 165.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

*verifique el referido traslado o deterioro, y que tenga éste además una cierta magnitud*¹⁰⁷.

En concreto, una actividad o proyecto del catálogo del artículo 10 de la LBGMA debe ingresar obligatoriamente al SEIA mediante un EIA cuando se produzca una alteración al patrimonio arqueológico en los términos del artículo 11 letra f) de este mismo cuerpo legal. Las obligaciones que esto implica son, entre otras; las de identificar y justificar el área de influencia respecto de la afectación del patrimonio arqueológico, mediante la elaboración de una línea de base detallada y la elaboración de un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación que describa y justifique las medidas que el titular del proyecto o actividad deberá adoptar para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos y/o negativos sobre el patrimonio arqueológico¹⁰⁸. En caso de que estas medidas resulten aplicarse, deberá tenerse en consideración los siguientes elementos: la “*identificación y localización del sitio arqueológico, antropológico o paleontológico que pueda resultar afectado*”¹⁰⁹ y a 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*”¹¹⁰.

Las medidas de mitigación tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad en cualquiera de sus fases¹¹¹; respecto del patrimonio arqueológico, en

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ En el artículo 18 letra i) del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, se establecen los contenidos mínimos para la elaboración de un EIA, uno de los cuales es el aludido plan de medidas de mitigación, reparación y compensación.

“Artículo 18. Contenido mínimo de los Estudios.

(...)

i) Un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación que describirá y justificará las medidas que se adoptarán para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos del proyecto o actividad descritos en la letra g) del presente artículo.”

¹⁰⁹ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 122.

¹¹⁰ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 123.

¹¹¹ Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, artículo 98:

“Artículo 98. Medidas de mitigación ambiental.

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 Ambiental que deberá considerar, al 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 extensión, magnitud o duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes.

términos generales lo que se busca es “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”¹¹² mediante la implementación de algunas de las medidas que contempla el artículo 98 del RSEIA.

Las medidas de reparación 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 impacto sobre dicho componente o elemento o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”¹¹³. Resulta importante precisar que respecto del patrimonio arqueológico no es posible la implementación de medidas de reparación, puesto que es imposible reponer un patrimonio cultural que por su naturaleza misma no es recuperable; las condiciones culturales, materiales y contextuales en las que fue creado, lo vuelven irrepetible, y aquí radica la importancia de su protección, si se daña el patrimonio arqueológico no se puede volver al estado anterior.

A su vez, las medidas de compensación tienen por finalidad “producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar”¹¹⁴, las cuales pueden consistir en la sustitución de los recursos o elementos del medio ambiental que se hayan visto afectados por el proyecto o actividad. Respecto del patrimonio arqueológico, las medidas de compensación 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”¹¹⁵. En estos casos se busca conservar un porcentaje del patrimonio arqueológico y, las intervenciones realizadas tienen una finalidad más bien científica, a través de la cual se busca potenciar el valor científico-académico que pudiera tener los restos y/o sitios arqueológicos.

c) Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo mediante medidas tecnológicas y/o de gestión consideradas en el diseño.” (Énfasis agregado).

¹¹² GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 114.

¹¹³ Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, artículo 99.

¹¹⁴ Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, artículo 100.

¹¹⁵ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 115.

2.2.2. Permiso Ambiental Sectorial

El segundo instrumento de gestión ambiental que se encarga de dar protección al patrimonio arqueológico son los Permisos Ambientales Sectoriales (en adelante PAS). Estos no se encuentran definidos por el legislador, no obstante, el Servicio de Evaluación Ambiental lo ha entendido como *“aquellos permisos sectoriales que tienen un objeto de protección ambiental”*¹¹⁶; y pueden ser definidos como un *“acto administrativo emanado de un órgano del Estado con competencia ambiental, mediante la cual dicho órgano faculta la realización de un determinado proyecto o actividad dentro de la esfera de su competencia”*¹¹⁷.

Estos permisos pueden tener más de un objeto de protección, los cuales pueden ser ambientales o no ambientales (sectoriales). Dentro del SEIA sólo se evalúan los contenidos ambientales.

Los PAS se pueden clasificar en aquellos PAS de contenidos únicamente ambientales, y PAS mixtos, que son aquellos que tienen contenidos ambientales y no ambientales. Esta clasificación es importante, por cuanto los PAS de contenidos únicamente ambientales deben tramitarse completamente dentro del SEIA, por lo que la Resolución de Calificación Ambiental favorable dispone su otorgamiento por parte de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental (en adelante OAECA) correspondiente bajo las condiciones o exigencias que se expresen en la RCA. En estos casos basta con que el titular del proyecto o actividad exhiba la RCA favorable ante el órgano sectorial correspondiente, que procederá a otorgar el permiso sin más trámite¹¹⁸. Por el contrario, si la RCA es desfavorable los OAECA estarán obligados a denegar los permisos.

Los PAS mixtos son aquellos permisos ambientales sectoriales que tienen contenidos ambientales y no ambientales. Aquellos que tengan contenido ambiental serán los que se analizarán en el SEIA, correspondiendo a los OAECA en forma sectorial, es decir, fuera del SEIA, que se encarguen de analizar los demás contenidos de carácter no ambiental. Respecto

¹¹⁶Servicio de Evaluación Ambiental, Guía trámite PAS artículo 132 Reglamento SEIA, para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico. P. 5. [en línea] [fecha de consulta: 18 de junio del 2020] Disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2018/03/02/pas_132.pdf.

¹¹⁷ RIQUELME, Paulina. Permisos ambientales sectoriales en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Revista de Derecho Administrativo Económico. Vol. I, N° 1. Enero- Junio, 1999, P. 97.

¹¹⁸ Servicio de Evaluación Ambiental, Op. Cit. P. 6.

de aquellos PAS con contenido ambiental que deban ser evaluados en el SEIA el titular deberá presentar los antecedentes ambientales dentro del SEIA para su evaluación. La RCA favorable de un proyecto o actividad certifica esencialmente que se da cumplimiento a los requisitos asociados, y en este caso los organismos competentes no podrán denegar los permisos correspondientes en razón de los referidos requisitos, ni imponer nuevas condiciones o exigencias de carácter ambiental que no sean las que se establecieron en la RCA favorable¹¹⁹.

En el caso contrario, es decir, si una RCA es desfavorable, los órganos sectoriales estarán obligados a denegar los permisos correspondientes, en razón de los requisitos ambientales, aunque se satisfagan los demás requisitos, en tanto no se les notifique de pronunciamiento en contrario. Para efectos de la tramitación sectorial del PAS y en caso que la legislación no lo prohíba, el titular puede presentar los antecedentes no ambientales ante el OAECA de manera previa a la notificación de la RCA, indicando el proyecto o actividad que se encuentra en el SEIA.

Los permisos ambientales sectoriales se encuentran relacionados con el SEIA, en cuanto este instrumento de gestión ambiental involucra el análisis y estudio de diversos aspectos, como su ámbito de aplicación, sujetos intervienen en el procedimiento, entre otros, los PAS son una consecuencia del SEIA, una de las consecuencias del procedimiento de evaluación de impacto ambiental es que integra todos los requerimientos de permisos ambientales sectoriales de un proyecto. Así, todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado respecto de proyectos sometidos a este procedimiento de evaluación serán otorgados a través de dicho procedimiento.

Según lo dispuesto en el artículo 24 de la LBGMA, cuando exista una solicitud de permiso sectorial que recaiga sobre un proyecto o actividad que de acuerdo a la ley debe ser objeto de una evaluación de impacto ambiental y que no exista RCA favorable, el órgano sectorial deberá abstenerse de otorgar dicho permiso en cuanto el titular del proyecto o actividad no cuente con RCA favorable.

¹¹⁹ *Ibidem*.

El PAS que se encarga de dar protección al patrimonio arqueológico de forma directa es el contenido en el artículo 132 del RSEIA¹²⁰. En estos casos se debe obtener el PAS establecido en el artículo 132 del RSEIA cuando el proyecto o actividad contemple la realización de excavaciones en sitios o yacimientos arqueológicos, antropológicos o paleontológicos. Este es un PAS de carácter mixto, es decir, tiene contenido ambiental y sectorial.

La norma fundante del permiso se encuentra en el título V de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, el inciso primero del artículo 22 de este cuerpo normativo dispone que:

*“Ninguna persona natural o jurídica chilena podrá hacer en el territorio nacional excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma establecida por el reglamento.”*¹²¹.

En este mismo sentido el inciso primero del artículo 23 de la ley 17.288 agrega:

*“Las personas naturales o jurídicas extranjeras que deseen efectuar excavaciones de tipo antropo-arqueológico y paleontológico, deberán solicitar el permiso correspondiente al Consejo de Monumentos Nacionales en la forma establecida en el Reglamento.”*¹²².

¹²⁰ Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, artículo 132:

“Artículo 132. Permiso para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico. El permiso para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico, será el establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 17.288, sobre monumentos nacionales.

El requisito para su otorgamiento consiste en proteger y/o conservar el patrimonio cultural de la categoría monumento arqueológico, incluidos aquellos con valor antropológico o paleontológico.

Los contenidos técnicos y formales que deben presentarse para acreditar su cumplimiento son los siguientes:

a) Identificación y descripción general de los sitios arqueológicos o de los yacimientos paleontológicos.

b) Descripción de las partes, obras y acciones que puedan afectar los sitios o yacimientos.

c) Caracterización superficial y estratigráfica de los sitios o de los yacimientos.

d) Descripción general de los tipos de análisis a realizar a los materiales recuperados.

e) Propuesta de conservación de los materiales en terreno, laboratorio y depósito.

f) Plan de traslado y depósito final de los materiales recuperados.

g) Medidas de conservación de los sitios o yacimientos, si corresponde.”

¹²¹ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 22. (Énfasis agregado).

¹²² Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 23. (Énfasis agregado).

De estos artículos se desprende, en primer lugar, que para realizar excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico se requiere contar con el permiso del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante CMN)¹²³. Este es el órgano encargado de conceder los permisos o autorizaciones para realizar excavaciones de carácter histórico, arqueológico, antropológico o paleontológico en todo el territorio nacional¹²⁴. Además, el CMN tiene la potestad para asignar la tenencia de los objetos o especies procedentes de las excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas o paleontológicas a las instituciones que aseguren su conservación¹²⁵. Además, corresponderá al CMN revisar los contenidos ambientales del PAS dentro del SEIA y emitir un pronunciamiento al respecto. En estos casos, la evaluación ambiental concluirá con una RCA, que en caso de ser favorable, certificará que se da cumplimiento a los requisitos ambientales del PAS. En este caso el CMN no podrá denegar el permiso, ni imponer nuevas condiciones o exigencias de carácter ambiental que no se encuentren establecidas en la RCA. Por su parte, si la RCA es desfavorable, el CMN quedará obligado a denegar el permiso, en razón de los requisitos ambientales, aunque se satisfagan los demás requisitos, en tanto no se le notifique de pronunciamiento en contrario. Esto es importante, por cuanto se consagra el principio de ventanilla única¹²⁶.

Fuera del SEIA el titular del proyecto o actividad deberá entregar al CMN los contenidos sectoriales para obtener el permiso sectorial. Así mismo, sólo podrá otorgar el permiso sectorial, que incluye los aspectos ambientales y sectoriales, sólo una vez que el

¹²³ En el caso de los monumentos arqueológicos que correspondan a enterratorios o cementerios históricos indígenas, se requerirá informe previo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el consentimiento de la comunidad indígena de conformidad al artículo 29 letra c) de la Ley 19.253 de 1993, del Ministerio de Planificación y Cooperación, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

¹²⁴ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 6 numeral 6:

“Artículo 6.º Son atribuciones y deberes del Consejo:

6. Conceder los permisos o autorizaciones para 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”.

¹²⁵ Artículo 21 del Decreto Supremo N° 484, del Ministerio de Educación, Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, 1990.

¹²⁶ El principio de ventanilla única consiste en que el titular de un proyecto o actividad puede gestionar y obtener los permisos sectoriales que correspondan a través de un solo conducto, en este caso el sistema de evaluación de impacto ambiental. Lo cual además, permite unificar los criterios al momento de otorgar o denegar un permiso ambiental.

titular exhiba la RCA favorable, en “*este caso sólo podrá denegar el permiso en razón de requisitos sectoriales*”¹²⁷.

La regulación más especializada del permiso para realizar excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico se encuentra en el Decreto Supremo N° 484, de 1990, del Ministerio Educación, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas; el artículo quinto de este Reglamento señala que es el CMN quien debe otorgar los permisos correspondientes para la realización de las prospecciones que incluyan pozos de sondeo y/o recolecciones de material de superficie y todas las excavaciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, ya sea en terrenos públicos o privados¹²⁸.

El ámbito de aplicación del permiso se extiende a la excavación¹²⁹ y a la prospección¹³⁰ con carácter arqueológico, antropológico y paleontológico. Es importante señalar que este permiso se asocia a una acción específica, la *excavación y prospección*.

En el artículo 7 del Reglamento de excavaciones establece que los permisos deberán solicitarse con una anticipación de a lo menos 90 días a la fecha en que se pretendan iniciar los trabajos de prospección o excavación.

Los contenidos ambientales que deben presentarse para la obtención del PAS 132 durante la evaluación de impacto ambiental son los siguientes¹³¹:

¹²⁷ Servicio de Evaluación Ambiental, Op. Cit. P. 20.

¹²⁸ Decreto Supremo N° 484, del Ministerio de Educación, Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 5.

¹²⁹ Decreto Supremo N° 484, del Ministerio de Educación, Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 2:

“Artículo 2°: Para los efectos de los permisos y autorizaciones correspondiente, se entenderá por:

(...)

Excavación: *Toda alteración o intervención de un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico, incluyendo recolecciones de superficie, pozo de sondeo, excavaciones, tratamiento de estructuras, trabajos de conservación, restauración y, en general, cualquier manejo que altere un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico”.*

¹³⁰ Decreto Supremo N° 484, del Ministerio de Educación, Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 2:

“Artículo 2°: Para los efectos de los permisos y autorizaciones correspondiente, se entenderá 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”.*

- a. Identificación y descripción general de los sitios arqueológicos o de los yacimientos paleontológicos.
- b. Descripción de las partes, obras, acciones que pueden afectar los sitios o yacimientos.
- c. Caracterización superficial y estratigráfica de los sitios o de los yacimientos.
- d. Descripción general de los tipos de análisis a realizar a los materiales recuperados.
- e. Propuesta de conservación de los materiales en terreno, laboratorio y depósito.
- f. Plan de traslado y depósito final de los materiales recuperados.
- g. Medidas de conservación de los sitios o yacimientos, si corresponde.

Los contenidos sectoriales que deben presentarse una vez que el proyecto o actividad haya sido calificada ambientalmente favorable y que haya obtenido el PAS 132, son entre otros:

- a. La individualización de los profesionales.
- b. Carta de compromiso del titular del proyecto con RCA favorable del financiamiento.
- c. Plan de trabajo.

El CMN siempre podrá solicitar información adicional a los titulares de los proyectos o actividades cuando lo estime necesario para el otorgamiento del permiso.

2.2.3. Acción por Daño Ambiental

El último instrumento de gestión ambiental que se analizará corresponde a la acción por daño ambiental. Este es un mecanismo de protección del patrimonio arqueológico de carácter **reparador**, así pues, con el sistema de responsabilidad por el daño ambiental se busca obtener una “reparación” del medio ambiente dañado, consagrándose la regla de que todo en que dolosa o culposamente cause daño al medio ambiente está obligado a su reparación e indemnización según las normas legales.

La acción por daño ambiental se regula en el Título III “De la responsabilidad por Daño Ambiental”, en los artículos 51 y siguientes de la LBGMA, estableciendo un sistema de

¹³¹ En base a la Guía Trámite PAS 132 para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico elaborada por el Servicio de Evaluación Ambiental. Disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2018/03/02/pas_132.pdf.

responsabilidad ambiental, pues dispone que “*las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley*”¹³²; y adicionalmente, en esta misma disposición se establece la aplicación supletoria en lo no previsto por la ley 19.300 o por leyes especiales, “*las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil*”¹³³ relativo a los delitos y cuasidelitos civiles. Se trata de un estatuto de responsabilidad mixto, en cuanto considera elementos subjetivos y objetivos para la atribución de responsabilidad por daño ambiental¹³⁴.

En el mismo artículo mencionado se puede entrever el criterio subjetivo utilizado para atribuir la responsabilidad por daño ambiental, a saber; “*Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley*”¹³⁵, es decir, la culpa o dolo con que se ocasiona el daño. Este criterio implica que quien ejerza la acción por daño ambiental tendrá la carga probatoria de acreditar la existencia de este elemento subjetivo, lo cual puede resultar problemática puesto que “*el daño ambiental suele estar aparejado a procesos complejos, que requieren de un conocimiento especializado y de una información que, en muchos casos, pueden estar fuera del alcance de los demandantes*”¹³⁶, dejando a los titulares de la acción en una situación de desventaja en caso no poseer los conocimientos especializados para llevar adelante la acción por daño ambiental.

No obstante, tal como se mencionó anteriormente, este es un sistema de responsabilidad mixto, y si bien el elemento subjetivo de dolo o culpa es la regla general, la LBGMA también considera elementos objetivos para atribuir la responsabilidad por daño ambiental mediante una serie de presunciones legales de responsabilidad del autor del daño ambiental en el artículo 52 de la LBGMA, invirtiéndose la carga probatoria, debiendo el demandado acreditar

¹³² Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 51:

“*Artículo 51. Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.*

No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.” (Énfasis agregado).

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ ZAPATA. Op. Cit. P. 169.

¹³⁵ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 51.

¹³⁶ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2da ed., 2015, P. 396.

que obró diligentemente y de buena fe. Esta es una presunción simplemente legal de la culpabilidad en caso de infracción de las normas que señala el artículo:

“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.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.”¹³⁷.

Este artículo consagra presunciones simplemente legales del elemento de culpabilidad, que sólo exime el actor de la prueba del elemento subjetivo de la responsabilidad ambiental, es decir, de probar el dolo o culpa del demandado.

Así mismo en este artículo se establece que sólo habrá lugar a la indemnización cuando se acredite la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido, en definitiva, dicho artículo establece que el elemento de causalidad no es objeto de presunción por parte de la ley. En caso de que opere la presunción de culpabilidad, se deberá acreditar los siguientes elementos:

- a. La existencia de un daño ambiental
- b. Existencia de una infracción a una norma ambiental
- c. Nexos causal entre la infracción y el daño ambiental

En caso de que no opere la presunción de culpabilidad se deberá acreditar los siguientes elementos:

- a. Existencia de un daño ambiental
- b. Existencia de una conducta por parte del demandado capaz de ocasionar el daño ambiental

¹³⁷ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 52. (*Énfasis agregado*).

- c. Dolo o culpa en la conducta del demandado
- d. Nexo causal entre la conducta y el daño ambiental

El artículo 53 de la LBGMA establece cuándo procede la acción por daño ambiental:

Artículo 53. Producido 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.

No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.”¹³⁸.

Este artículo presenta la acción de indemnización derivada del daño ambiental y la acción de reparación del daño ambiental¹³⁹. La acción de indemnización tiene por objeto, en primer lugar, constatar la existencia de un daño al medio ambiente, y posterior a ello, exigir su reparación material. Mientras que la segunda acción responde a aquellos intereses particulares de los afectados por la acción que genera daño al medio ambiente, con esta persigue una indemnización de carácter civil.

Como ya se mencionó, en los artículos 53 y 54 de la LBGMA se fija el objeto de la acción por daño ambiental, que consiste en “*obtener la reparación del medio ambiente dañado*”, para ello debemos determinar en qué consiste el daño ambiental, el cual se encuentra definido en el artículo 2 letra e) del mismo cuerpo normativo:

“Artículo 2°.- Para todos los efectos legales, se entenderá por:

e) Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”¹⁴⁰.

¹³⁸ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 53.

¹³⁹ La acción de indemnización derivada del daño ambiental tiene su fundamento en el artículo 3 de la LBGMA:
“Artículo 3°. Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley.”

¹⁴⁰ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra e).

Como ya mencionamos, el objeto de esta acción es obtener la reparación del medio ambiente dañado o alguno de sus componentes, según la definición anterior, en esta concepción amplia, se puede dañar tanto los elementos naturales como artificiales del medio ambiente, con lo cual se abarca sin dudas al patrimonio arqueológico.

El legislador ambiental se encargó de establecer lo que debe entenderse por reparación:

“Artículo 2°.- Para todos los efectos legales, se entenderá por:

s) Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes 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”¹⁴¹.

El artículo citado presenta dos posibles opciones para reparar el medio ambiente dañado, la primera de ellas es la reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado; y sólo en caso de que ello no fuere posible, procede la opción de restablecer sus propiedades básicas.

Uno de los requisitos establecidos por el legislador para determinar que estamos frente a un daño ambiental es que éste debe ser *significativo*, es decir, no toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente constituye daño ambiental, sino que debe sobrepasar un estándar determinado¹⁴². La determinación de qué daño será significativo variará según el elemento del medio ambiente que está siendo afectado¹⁴³, en el caso de un daño al patrimonio arqueológico para determinar la significancia de éste, podemos atender a los criterios que establece el artículo 10 del RSEIA para determinar si un proyecto o actividad genera o presenta una alteración al patrimonio arqueológico¹⁴⁴, sumado a la característica

¹⁴¹ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra s).

¹⁴² Esto se justifica porque no es razonable que cualquier afectación del medio ambiente pueda generar responsabilidad por daño ambiental, puesto que toda actividad humana genera un grado de impacto en el medio ambiente que pueden ser catalogados como “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo” del mismo.

¹⁴³ ZAPATA. Op. Cit. P. 174.

¹⁴⁴ Artículo 10 del Decreto Supremo N° 40, del Ministerio del Medio Ambiente, 2012:

“Artículo 10. Alteración del patrimonio cultural.

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.

especial que reviste al patrimonio arqueológico como recurso irremplazable del patrimonio cultural. Esto ha sido confirmado por la jurisprudencia nacional:

“(…). Sin embargo, el concepto de daño significativo, a juicio de este Juez, no dice relación sólo con un aspecto físico o material, sino como resulta en el caso de autos, la alteración de elementos irremplazables y de contexto arqueológico o científico que posibilitan el estudio y análisis de dichos sitios arqueológicos; de esta forma, efectivamente, ha existido un daño significativo que ha afectado al medio ambiente entendido en el concepto amplio que hemos definido en los considerandos anteriores de esta sentencia”¹⁴⁵.

En el artículo 54 de la LBGMA se señala quiénes son los titulares de la acción por daño ambiental con el sólo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, entre los cuales se encuentran *“las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado”¹⁴⁶* y además,

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará:

a) La magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288.

b) La magnitud en que se modifiquen o deterioren en forma permanente 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, incluido el patrimonio cultural indígena.

c) La afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.”

¹⁴⁵ Sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt, de fecha 19 de diciembre de 2002, Rol N° 612-1999, Considerando vigesimoséptimo. (Énfasis agregado).

¹⁴⁶ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 54:

“Artículo 54. Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio.

Cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. La municipalidad demandará en el término de 45 días, y si resolviere no hacerlo, emitirá dentro de igual plazo una resolución fundada que se notificará al requirente por carta certificada. La falta de

permite a cualquier persona requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que sea ésta quien deduzca la acción.

La competencia para conocer de esta acción es del Tribunal Ambiental en el tenor del artículo 60 de la LBGMA y el artículo 17 N° 2 de la Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales; quien apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y, *“al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime”*¹⁴⁷. Respecto de la prueba, se establece que serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe¹⁴⁸.

El plazo de prescripción de la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental es de 5 años contados desde la manifestación evidente del daño¹⁴⁹.

Es importante señalar que la consecuencia jurídica de una sentencia judicial desfavorable para el demandado por acción por daño ambiental consistirá esencialmente en la obligación de reparar el medio ambiente o alguno de sus componentes que haya sido dañado. En el caso de que se afecte un bien exclusivamente privado *“el efecto de la reparación se confundirá con la acción que indemnice el daño causado a la propiedad del directamente afectado”*¹⁵⁰, en cambio si lo que se ve afectado por la acción son bienes de uso público *“habrá que reparar el medio ambiente o el componente del mismo dañado, sin perjuicio de las indemnizaciones a que tengan derecho los particulares afectados directamente.”*¹⁵¹.

No obstante lo anterior, cuando se produzca un daño ambiental al patrimonio arqueológico, que conlleva en sí la alteración de elementos que son irremplazables por su propia naturaleza, no resulta posible tender a la reparación del componente dañado, por lo que surge en forma subsidiaria la obligación de indemnizar el daño producido en el patrimonio arqueológico, la

pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado.”

¹⁴⁷ Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, artículo 35.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 63:

“Artículo 63. La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño.”

¹⁵⁰ OJEDA & VELOSO. Op. Cit. Pp. 29 y SS.

¹⁵¹ *Ibidem*.

cual se encuentra regulada de forma supletoria por las normas civiles de responsabilidad extracontractual, en especial las contenidas en el Título XXXV del Código Civil. Desde ya, podemos afirmar que atendida la naturaleza especial del patrimonio arqueológico, sumado a que por el solo ministerio de la ley es propiedad del Estado, el titular de la acción de daño ambiental es el Estado a través del Consejo de Defensa del Estado (CDE) en representación del Estado en su calidad de propietario, o en representación del CMN, quien en su calidad de órgano técnico del Estado encargado de la tuición y protección de los monumentos nacionales en general, y del patrimonio arqueológico en especial, puede solicitar al CDE su representación para la interposición de acciones judiciales y la defensa del patrimonio arqueológico.

CAPÍTULO 3: PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

En este capítulo se analizará la protección del patrimonio arqueológico consagrada en la legislación especializada. Principalmente se hará una revisión sistemática de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales y el Decreto Supremo N° 484 de 1990, del Ministerio de Educación que Aprueba el Reglamento de la Ley 17.288 Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, los cuales son a la fecha, los principales cuerpos normativos encargados de regular el patrimonio arqueológico en nuestro país.

Complementariamente se analizará el articulado que versa sobre el patrimonio arqueológico contenido en la ley 16.441 que Crea el Departamento de Isla de Pascua y, en la Ley N° 19.253 que Establece normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de las Indígenas y que Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Reglamento N° 392 de 1994, del Ministerio de Planificación y Cooperación que Aprueba el Reglamento que regula la Acreditación de Calidad Indígena; para la Constitución de Comunidades Indígenas y para la Protección del Patrimonio Histórico de las Culturas Indígenas.

3.1. Protección del Patrimonio Arqueológico en la Ley 17.288 y su Reglamento

El principal cuerpo normativo encargado de dar protección al patrimonio arqueológico es la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, que es complementado por el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas¹⁵². Estos cuerpos normativos se encargan de establecer qué bienes conforman parte del patrimonio arqueológico, su propiedad, las normas que regulan su intervención, los

¹⁵² Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, publicado en el Diario Oficial el dos de abril de 1991.

organismos técnicos con competencia ambiental en materia de patrimonio arqueológico y el régimen de responsabilidad que resulta aplicable cuando se afecta este componente del medio ambiente.

3.1.1. Monumentos nacionales

Tal como se estableció en la primera parte de este trabajo, el patrimonio arqueológico nacional cuenta con una terminología específica en nuestra legislación nacional¹⁵³, esta es la de “*Monumentos Arqueológicos y Paleontológicos*” regulado en el Título V de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales. El patrimonio arqueológico, como una categoría especial de protección, se subsume dentro de una categoría general de protección consagrada en el mismo cuerpo legal, al que la ley denominó “*Monumentos Nacionales*”.

El principal objeto de la ley 17.288 es el de regular la protección y conservación del patrimonio cultural nacional. Esta es una protección de carácter **monumental**, que primeramente consagra de una categoría general de protección tal como lo dispone el artículo primero de la ley:

“Artículo 1.º Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antro-po-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley”¹⁵⁴.

¹⁵³ Ver **sección 4.1.** del Capítulo I: Aspectos generales del patrimonio cultural arqueológico.

¹⁵⁴ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo primero. (*Énfasis agregado*).

El artículo citado no se encarga de establecer una definición propiamente tal de monumento nacional, sino que menciona una serie de monumentos, espacios o bienes que se enmarcan dentro de la categoría general de protección del patrimonio cultural. No obstante, a partir de lo expresado por el legislador podemos construir la siguiente definición de monumentos nacionales. Entenderemos por monumentos nacionales, aquellos bienes materiales, ya sean muebles o inmuebles, que por su **interés histórico, artístico o científico**, quedan sometidos a la protección y tuición del Estado, la cual es ejercida por medio del Consejo de Monumentos Nacionales para su conservación y preservación.

Adicionalmente a la categoría general de protección de los denominados Monumentos Nacionales, la ley 17.288 se encarga de consagrar cinco categorías especiales de protección de carácter monumental; estas son: (i) Monumentos Históricos, (ii) Monumentos Públicos, (iii) Zonas Típicas o Pintorescas, (iv) Santuarios de la Naturaleza y los (v) Monumentos Arqueológicos y Paleontológicos. Cada una de estas subcategorías tiene un ámbito de protección específico. No obstante, el foco de nuestro trabajo se encuentra en la categoría especial de protección regulada en el Título V de la ley, “*De los Monumentos Arqueológicos y Paleontológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes*”, por lo que nos referiremos acerca de las demás subcategorías de protección de los monumentos nacionales.

3.1.2. Consejo de Monumentos Nacionales

Según lo dispuesto en el artículo primero de la ley 17.288, la tuición y protección de los Monumentos Nacionales se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales (CMN). Este es un organismo técnico colegiado, dependiente del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, al cual como ya se mencionó, la ley encomienda la protección y tuición de los monumentos nacionales.

El CMN posee una serie de atribuciones y deberes referidos a la protección y conservación de los Monumentos Nacionales, tales como; el pronunciamiento sobre la conveniencia de declarar monumentos nacionales y solicitar a la autoridad competente la dictación del decreto

supremo correspondiente; la elaboración de los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los monumentos nacionales; gestionar la reivindicación, cesión o venta al Estado de los monumentos que sean de propiedad de un particular, proponer las medidas administrativas que sean más idóneas para la vigilancia y conservación de los monumentos nacionales; entre otros¹⁵⁵.

Por otra parte, en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el CMN es el órgano de la administración del Estado con competencia ambiental para pronunciarse respecto de la caracterización de los monumentos nacionales y, en especial, para pronunciarse acerca de la identificación, estimación y evaluación de los potenciales impactos o efectos adversos sobre dichos monumentos; y posee competencia para pronunciarse sobre la idoneidad de las medidas propuestas por los titulares de los proyectos o actividades para hacerse cargo de los impactos o efectos que pudieran afectar a los monumentos nacionales¹⁵⁶.

Otra de las competencias del CMN, se refiere a los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS); es este órgano del Estado quien debe pronunciarse sobre el PAS correspondiente en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, denegando u otorgando el permiso

¹⁵⁵ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 6:

“Artículo 6.º Son atribuciones y deberes del Consejo:

- 1. 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.*
- 2. Eliminado.*
- 3. Elaborar los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los Monumentos Nacionales y entregar los antecedentes 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.*
- 4. 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.*
- 5. Reglamentar el acceso a los Monumentos Nacionales y aplicar o, en su defecto, proponer al Gobierno las medidas administrativas que sean conducentes a la mejor vigilancia y conservación de los mismos.*
- 6. Conceder los permisos o autorizaciones para 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, y*
- 7. Proponer al Gobierno el o los Reglamentos que deban dictarse para el cumplimiento de la presente ley.”*

¹⁵⁶ Servicio de Evaluación Ambiental. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Monumentos Nacionales pertenecientes al Patrimonio Cultural en el SEIA. Santiago, Chile. 2012. P. 15. [en línea] [consultado el: 01 de julio de 2020] Disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/guias/guia_monumentos_060213.pdf.

correspondiente¹⁵⁷. Estos permisos son de **carácter mixto**, es decir, tienen contenidos ambientales y no ambientales, por lo que si durante la evaluación de impacto ambiental se otorga una RCA favorable al titular del proyecto o actividad (la RCA esencialmente da cuenta de que el proyecto o actividad específico cumple con la normativa ambiental aplicable), el CMN no podrá denegar los PAS que correspondan en razón de los requisitos ambientales, ni podrá imponer nuevas condiciones o exigencias de carácter ambiental que no sean las establecidas en la RCA. Por el contrario, si en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, no se otorga la RCA, el CMN deberá denegar los permisos en atención a que no se da cumplimiento a los requisitos ambientales necesarios para que estos sean otorgados.

El CMN también tiene facultades para proteger el patrimonio cultural de los pueblos originarios en nuestro país. Así a partir del artículo 29 de la ley 19.253 que Establece Normas Sobre la Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y que Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena¹⁵⁸, y los 13 y 14 del Decreto N° 392 del Ministerio de Planificación y Cooperación que Aprueba el Reglamento que regula la acreditación de calidad indígena; para la constitución de comunidades Indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas¹⁵⁹, se desprende que el CMN tiene injerencia en los

¹⁵⁷ Ver sección 2.2.1. **Ámbito de protección en la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente y Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.**

¹⁵⁸ Ley 19.253 que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 29:

“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 propósito 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 N° 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.***

d) La sustitución de topónimos indígenas.” (Énfasis agregado).

¹⁵⁹ Decreto N° 392 del Ministerio de Planificación y Cooperación que Aprueba Reglamento que Regula la Acreditación de Calidad de Indígena, para la Constitución de Comunidades Indígenas y para la Protección del Patrimonio Histórico de las Culturas Indígenas, publicado en el Diario Oficial el 12 de abril de 1994.

*“Artículo 13°. El Director Nacional informará sobre los antecedentes que tendrán que entregar las personas naturales o jurídicas que concurren 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.” (Énfasis agregado).*

“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 19.253, se

siguientes asuntos relacionados con el patrimonio arqueológico: la venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile, la salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el propósito de ser exhibidos en el extranjero y, la excavación de cementerios indígenas con fines científicos, previo consentimiento de la comunidad indígena involucrada.

Respecto de la protección específica del patrimonio arqueológico, la ley 17.288 le otorga al CMN una serie de atribuciones tendientes principalmente a prevenir y sancionar la afectación del patrimonio arqueológico¹⁶⁰, así como facultades para sancionar el tráfico ilícito¹⁶¹ y por último, la facultad de conceder los permisos para realizar las excavaciones e intervenciones de carácter arqueológico o paleontológico¹⁶².

Por último, el artículo 8 de la ley 17.288 establece que las autoridades civiles, militares y carabineros tienen la obligación de cooperar con el cumplimiento de las funciones y resoluciones que adopte el CMN en todo lo que se relacione con la conservación, cuidado y vigilancia de los Monumentos Nacionales¹⁶³. Colaboran especialmente con el CMN el

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 Nacional de Monumentos para dar cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley N° 17.288.” (Énfasis agregado).

¹⁶⁰ Entre algunos de los deberes del CMN relacionados principalmente a prevenir la afectación del patrimonio arqueológico podemos mencionar la elaboración de los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los Monumentos Arqueológicos, proponer las medidas administrativas que sean conducentes a la mejor vigilancia y conservación de éstos, evaluar las solicitudes de autorización de salidas de muestras de piezas arqueológicas y bio-antropológicas para su estudio en el exterior, Supervisar y evaluar el manejo del componente arqueológico en el marco de iniciativas de inversión, incluyendo proyectos de infraestructura, restauración, entre otros.

¹⁶¹ Tanto el CMN como la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM), en conjunto con otras entidades gubernamentales, son las encargadas de combatir el tráfico ilícito de bienes culturales que se encuentran protegidos por la ley 17.288. En esta misma línea, el año 2013 se creó la “*Mesa de trabajo de lucha contra el tráfico ilícito de bienes patrimoniales*”, del cual forma parte el CMN, y cuyo objetivo es contribuir a la protección del patrimonio cultural y fortalecer las capacidades orientadas a impedir su exportación, importación, apropiación y comercialización ilícitas.

¹⁶² Ley N° 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 6:

“Artículo 6. Son atribuciones y deberes del Consejo:

(...)

6. Conceder los permisos o autorizaciones para 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”. (Énfasis agregado).

¹⁶³ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 8:

Servicio Nacional de Aduanas, la Policía de Investigaciones (PDI) a través de su Brigada Especializada en Delitos Medioambientales y Contra el Patrimonio (BIDEMA) y Carabineros de Chile.

3.1.3. Monumentos arqueológicos y paleontológicos

El Título V de la ley 17.288 “*De los Monumentos Arqueológicos y Paleontológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes*” contiene el grueso de las disposiciones que rigen en materia de patrimonio arqueológico nacional.

“Artículo 21. Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional.

Para los efectos de la presente ley quedan comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren.

Se entenderá por pieza paleontológica todo ser orgánico fosilizado conservado a través de los tiempos geológicos formando parte de rocas sedimentarias.

Se entenderá por yacimiento paleontológico o paleoantropológico todo lugar donde existan restos de fauna o flora fósiles y restos humanos o de la industria humana, de épocas geológicas pretéritas.”¹⁶⁴.

En este sentido el artículo citado establece en primer lugar, que los monumentos arqueológicos son tales por el solo ministerio de la ley, es decir, que no es necesaria la existencia de un acto declaratorio que les asigne tal categoría (como sí se exige respecto de otros monumentos nacionales, como los monumentos históricos o los santuarios de la naturaleza¹⁶⁵). En segundo

“Artículo 8. 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.”

¹⁶⁴ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 21. (Énfasis agregado).

¹⁶⁵ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 9:

“Artículo 9. Son Monumentos Históricos los lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, sean

lugar, establece que por el solo ministerio de la ley los monumentos arqueológicos son propiedad del Estado. Y por último, este artículo se encarga de señalar las dos subcategorías especiales de protección comprendidas dentro del patrimonio arqueológico, a saber; **monumentos arqueológicos** y **monumentos paleontológicos**. Así, el artículo señala que “*Para los efectos de la presente ley quedan comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren*” dentro de la categoría de protección de los monumentos arqueológicos y luego, señala qué debe entenderse por pieza paleontológica, yacimiento paleontológico o paleoantropológico: “*Se entenderá por pieza paleontológica todo ser orgánico fosilizado conservado a través de los tiempos geológicos formando parte de rocas sedimentarias*”¹⁶⁶.

Del análisis del artículo 21 se desprende que los bienes que componen ambas subcategorías de protección pueden ser muebles o inmuebles. Son muebles las piezas antro-po- arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional y las piezas paleontológicas; son inmuebles aquellos lugares, ruinas, enterratorios y yacimientos de piezas antro-po- arqueológicas, así como los lugares donde se hallaren las piezas paleontológicas.

El CMN como organismo técnico especializado propone las siguientes definiciones:

- **Monumentos arqueológicos:** “*Son aquellos bienes muebles e inmuebles como ruinas, construcciones y objetos -entre otros- de propiedad fiscal, municipal o particular, que*

declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo. (Énfasis agregado).

Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 31:

“Artículo 31. 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, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado.

Los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente, el cual se hará asesorar para los efectos por especialistas en ciencias naturales.

No se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural.

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

La declaración de santuario de la naturaleza deberá contar siempre con informe previo del Consejo de Monumentos Nacionales ...” (Énfasis agregado).

¹⁶⁶ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 21.

por su valor histórico o artístico o por su antigüedad deben ser conservados para el conocimiento y disfrute de las generaciones presentes y futuras”¹⁶⁷. Se subdividen en bienes arqueológicos y bienes paleontológicos.

- **Bienes arqueológicos:** “Se trata de piezas, lugares, ruinas o yacimientos con vestigios de ocupación humana, que existen en un contexto arqueológico y que no estén siendo utilizados por una sociedad viva o en funcionamiento. Entre ellos destacan: lugares donde habitaron o fueron sepultados grupos indígenas prehispánicos, pukara o lugares defensivos, piedras tacitas, conchales, geoglifos, petroglifos y una variedad de vestigios provenientes de asentamientos coloniales españoles, fuertes españoles en desuso, barcos antiguos hundidos, entre otros”¹⁶⁸.
- **Bienes paleontológicos:** “Son restos o evidencias de organismos del pasado que se encuentran en estado fósil (petrificadas). Estas evidencias pueden estar ubicadas en yacimientos o en colecciones científicas institucionales y su conservación es prioritaria ya que aportan información relevante desde el punto de vista científico-cultural y permiten conocer más sobre la historia natural de diversas especies animales y vegetales”¹⁶⁹.

También es importante referirnos al concepto de **sitio arqueológico**, que no se encuentra definido ni en la ley 17.288 ni en el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, pero que es relevante desde el punto de vista técnico, propiamente desde la ciencia de la arqueología. El CMN lo ha definido de la siguiente manera:

“Sitio arqueológico: concentración de restos arqueológicos (partes, ruinas o conjuntos de objetos) sobre y/o bajo la superficie de la tierra o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales o en el fondo de ríos y/o lagos que da cuenta de la actividad humana desarrollada en el pasado, en un espacio o lugar determinado,

¹⁶⁷ Consejo de Monumentos Nacionales. Definición de Categoría Monumentos Arqueológicos. S/F. [en línea] [fecha de consulta: 09 de julio 2020] Disponible en: <https://www.monumentos.gob.cl/monumentos/definicion/monumentos-arqueologicos>

¹⁶⁸ *Ibídem.*

¹⁶⁹ *Ibídem.*

considerando para ello que se encuentren en contexto de desuso y que reflejan un modo de vida que ya no existe en la actualidad.”¹⁷⁰.

No obstante, esta definición presenta un problema al limitar un sitio arqueológico a la existencia de restos arqueológicos en él, en atención a que puede darse el supuesto de que exista un sitio arqueológico que no contenga restos arqueológicos. Esto es relevante por cuanto no sólo el resto arqueológico aporta información sobre las comunidades humanas que las forjaron, sino que además, el contexto en sí es una fuente importante de información y conocimiento. En relación con lo anterior, dado que la arqueología logra obtener conocimientos a través de objetos y sitios arqueológicos, y las relaciones entre estos; consideramos que un sitio arqueológico no puede limitarse únicamente a la existencia o no de restos arqueológicos, por lo que nos parece importante complementar el concepto elaborado por el CMN con un contenido más técnico; por ello, adherimos a la siguiente propuesta de definición de sitio arqueológico planteada por la Presidenta de la Sociedad Chilena de Arqueólogos y Arqueólogas:

*“Un sitio arqueológico es la unidad básica con la que los arqueólogos modelan su práctica y objeto de estudio, por tanto, la más compleja de definir. Sus límites físicos son volúmenes, difíciles de fijar. Algunas características generales son: 1) **contiene materiales arqueológicos, restos de una o más actividades humanas pasadas, observables continuamente en una facie sedimentaria o plano de exposición cualquiera**; 2) **sus materiales refieren a uno o varios componentes arqueológicos discretos en un mismo lugar**¹⁷¹; 3) **su contorno puede definirse en función del concepto de suelo estéril. Además de lo anterior, son sitios arqueológicos estructuras e improntas lineales** (v. g. vías de circulación: caminos y huellas; canales), y **lugares con arte rupestre plasmado en paredes rocosas, superficies de cerros o en bloques sueltos que no forman parte de otros sitios**”¹⁷².*

¹⁷⁰ Consejo de Monumentos Nacionales. *Guía de Procedimiento Arqueológico*. Santiago, 2020. P. 6.

¹⁷¹ Los componentes arqueológicos discretos son aquellas evidencias acotadas y concentradas que dan cuenta de la realización de una acción cultural específica, por ejemplo: fogones, basurales, pisos ocupacionales, etc.

¹⁷² CABELLO BAETTIG, Gloria. Presidenta Sociedad Chilena de Arqueología. En comunicación personal. (*Énfasis agregado*).

Por último, es importante considerar dentro del patrimonio arqueológico nacional a aquellos restos materiales que tienen **interés arqueológico**, estos son aquellos que, “*a través de su estudio científico y análisis puede ser obtenida información relativa a la vida o actividades del pasado humano*”¹⁷³.

Es interesante mencionar que el tratamiento jurídico que da la ley 17.288 a los bienes arqueológicos y los bienes paleontológicos es el mismo, a pesar de que entre ambas subcategorías del monumento arqueológico se dan diferencias técnicas que sin duda alguna justifican un tratamiento jurídico de carácter diferenciado, lo cual en la normativa actual no se manifiesta.

Ahondado en este punto, podemos señalar que en el patrimonio arqueológico predomina el factor de la intervención humana como objeto de estudio. Este patrimonio revela la gran vitalidad de la humanidad, la infinita variedad de sus aproximaciones a la existencia y la adaptabilidad de los seres humanos a su medio ambiente físico y cultural¹⁷⁴. Por el contrario, lo que predomina en el patrimonio paleontológico es el factor natural, siendo este el principal foco de estudio; en este patrimonio lo que importa es el pasado geológico que se puede estudiar a partir de los fósiles y su contexto, lo que permite eventualmente conocer a los organismos vivos que habitaron el planeta en el pasado y los cambios que sufrieron en relación a los cambios ambientales¹⁷⁵. Las diferencias entre ambos patrimonios y las ciencias que los estudian son evidentes, por lo que el CMN tiene áreas diferenciadas para abordar estos patrimonios, nos referimos a la *Comisión de Patrimonio Arqueológico*, que es la división especializada que se encarga de pronunciarse respecto de los requerimientos acerca de los bienes arqueológicos; por otro lado, las tramitaciones relacionadas con bienes paleontológicos se encuentran a cargo de la *Comisión de Patrimonio Natural*.

¹⁷³ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 82.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 81.

¹⁷⁵ Asociación Paleontológica de Chile. Memoria N° 1. Desde el norte al sur: Un rico patrimonio paleontológico que debe ser protegido por la ley nacional. Valdivia, 2020. P. 4. [en línea] [fecha de consulta: 15 de julio 2020] Disponible en: <https://www.achp.cl/manejador/resources/memoria-achp-2020-desde-el-norte-al-sur4.pdf>.

3.1.4. Propiedad estatal de los monumentos y sitios arqueológicos

Según lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 17.288, los monumentos arqueológicos por el solo ministerio de la ley son propiedad del Estado, estableciéndose un régimen de propiedad pública cuyo fundamento radica en que el patrimonio arqueológico posee un valor intrínseco, cuya debida protección sólo puede darse bajo la tutela directa del Estado¹⁷⁶, que cuenta con mayores recursos económicos, mejores organismos técnicos y con la participación de profesionales más capacitados para asegurar la debida protección del patrimonio arqueológico; sumado a que respecto de este patrimonio existe un especial interés público, que justifica la creación del estatuto jurídico especial al que se ven afectos.

Esta propiedad especial sobre los bienes y sitios arqueológicos (y paleontológicos), tiene su fundamento, de forma indirecta, en que en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de propiedad puede ser limitado por el legislador cuando ello interese a la conservación del patrimonio ambiental de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República¹⁷⁷, del cual forma parte sin duda el patrimonio cultural y en consecuencia, el patrimonio arqueológico. Sin embargo, nos parece una reforma importante que respecto de los monumentos arqueológicos y paleontológicos, la Constitución consagre de forma expresa la propiedad estatal del patrimonio arqueológico, tomando como antecedente el dominio especial reconocido en el artículo 19 N° 24 inciso quinto a propósito de las minas¹⁷⁸.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 92.

¹⁷⁷ Constitución Política de la República, artículo 19:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

24. (...)

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. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. (Énfasis agregado).

¹⁷⁸ Constitución Política de la República, artículo 19 numeral 24 inciso quinto:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.” (Énfasis agregado).

3.1.5. Permisos y autorizaciones

El Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, se encarga de establecer una serie de definiciones aplicables en lo que respecta a los permisos y autorizaciones que regula dicho reglamento:

“Artículo 2º: Para los efectos de los permisos y autorizaciones correspondiente, se entenderá 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;*

Excavación: *Toda alteración o intervención de un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico, incluyendo recolecciones de superficie, pozo de sondeo, excavaciones, tratamiento de estructuras, trabajos de conservación, restauración y, en general, cualquier manejo que altere un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico; y*

Sitios de especial relevancia: *Aquellos que definirá el Consejo de Monumentos Nacionales sobre la base de criterios, de singularidad, potencial de información científica y valor patrimonial”¹⁷⁹.*

De estas definiciones podemos concluir que el Reglamento obre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas regula tres tipos de permisos, a saber: i) permisos para la realización de prospecciones; ii) permisos para la realización de excavaciones y; iii) permisos para excavaciones o prospecciones en sitios de especial relevancia.

¹⁷⁹ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, artículo 2.

a. Permisos para prospecciones

Respecto de estos permisos se establece primeramente, una limitación geográfica. El artículo 3 del Reglamento obre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas (en adelante el Reglamento) señala que por regla general no se concederán permisos para áreas muy extensas, comprendiendo más bien espacios geográficos reducidos¹⁸⁰.

Las prospecciones que incluyan pozos de sondeo y/o recolecciones de material de superficie, ya sea en terrenos públicos o privados, sólo podrán realizarse previa autorización del CMN a través de los permisos correspondientes¹⁸¹.

El artículo 12 del Reglamento establece que se puede autorizar la prospección de una misma área geográfica a distintos equipos de trabajo siempre que se cuente con el acuerdo del investigador que tiene un permiso anterior. Esto se justifica por cuanto el permiso de prospección consiste en una autorización de índole administrativa que se otorga al solicitante favorecido un derecho preferencial sobre el espacio geográfico determinado.

b. Permisos para excavaciones

Los permisos para excavaciones se cursarán por regla general para un solo sitio y, excepcionalmente para varios sitios siempre que el número de estos no resulte excesivo y en cuyo caso los investigadores deberán justificar esta petición¹⁸².

¹⁸⁰ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, artículo 3:

“Artículo 3. 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.”

¹⁸¹ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo5:

“Artículo 5. 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.”

¹⁸² Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 4:

Todas las excavaciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, ya sean en terrenos públicos o privados, sólo podrán realizarse previa autorización del CMN.

c. Permisos en sitios de especial relevancia

El artículo 9 del Reglamento señala que los permisos para excavaciones o prospecciones en sitios de especial relevancia se concederán bajo condiciones especiales a cargo de un personal calificado, determinados por el CMN.

Los **sitios de especial relevancia** son aquellos sitios que define el CMN sobre la base de criterios, de singularidad, potencial de información científica y valor patrimonial¹⁸³. En nuestra percepción, dicha definición presenta un problema, ya que podría inducir a creer que existen sitios arqueológicos que eventualmente podrían tener una mayor valoración que otros. Al respecto, nos parece acertado lo señalado por doña Gloria Cabello al afirmar que no es posible asignar *a priori* un valor a un sitio arqueológico, en detrimento del valor de otros cuyo contenido es en mayor parte desconocido, lo que no obsta a que pueda tener un mayor valor patrimonial¹⁸⁴. No obstante lo anterior, el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas deja abierta la puerta a que el CMN como organismo técnico especializado pueda de todas formas, definir los sitios de especial relevancia y establecer las condiciones especiales para el otorgamiento de los correspondientes permisos de prospección o excavación.

Respecto de los tres tipos de permisos que se regulan tanto en la ley 17.288 como en su respectivo Reglamento se establecen las siguientes disposiciones comunes:

“Artículo 4. 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.”

¹⁸³ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 2:

“Artículo 2. Para los efectos de los permisos y autorizaciones correspondiente, se entenderá por:
(...)

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

¹⁸⁴ CABELLO BEATTING, Gloria. Presidenta Sociedad Chilena de Arqueología. En comunicación personal.

Que los permisos deberán solicitarse con una anticipación de a lo menos 90 días a la fecha en que se pretendan iniciar los trabajos de prospección o excavación¹⁸⁵; dicha solicitud debe contener una serie de antecedentes tendientes principalmente a la identificación de los investigadores, la metodología, el plan de trabajo, las medidas de conservación si es que proceden, entre otros¹⁸⁶. En el caso de que las prospecciones o excavaciones sean llevadas a cabo por investigadores extranjeros se exigen antecedentes adicionales establecidos en el artículo 8 del Reglamento¹⁸⁷.

El CMN tiene un plazo de 60 días desde la presentación de la solicitud, para otorgarla o denegarla. En caso de que el CMN deniegue el permiso, o este se conceda en una menor proporción a lo solicitado, los solicitantes podrán pedir una reconsideración dentro del plazo

¹⁸⁵ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 7:

“Artículo 7. 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 (...).”

¹⁸⁶ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 17.288, del Ministerio de Educación, sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, artículo 7 inciso segundo:

“Artículo 7.

(...)

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

- 1. Individualización del o de los investigadores principales;*
- 2. Curriculum vitae de los investigadores principales;*
- 3. Individualización de los colaboradores o ayudantes, si lo hubiere;*
- 4. Forma de financiamiento;*
- 5. Objetivos y metodología;*
- 6. Sitio o zona que se estudiará;*
- 7. Plan de trabajo;*
- 8. 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;*
- 9. Documento de la Institución patrocinante que acredite los datos señalados en las letras anteriores; y*
- 10. Medidas de conservación del sitio que se adoptarán, si proceden.”*

¹⁸⁷ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 17.288, del Ministerio de Educación, sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, artículo 8:

“Artículo 8. En el caso de que la solicitud se presente por investigadores extranjeros, deberá agregarse además:

- 1. Individualización y curriculum vitae de la persona a cargo de la investigación;*
- 2. Documentos que acrediten la pertenencia del investigador a una institución científica extranjera solvente;*
- 3. Individualización y compromiso de participación en el proyecto de un asesor chileno, que debe ser arqueólogo, antropólogo o paleontólogo profesional; y*
- 4. Convenio suscrito válidamente con la Institución científica estatal o universitaria chilena que los patrocina. En este caso, 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.”*

de 10 días desde que se le notifique la negativa; en este caso el CMN deberá pronunciarse en un plazo de 60 días.

Los permisos tendrán vigencia de 5 años y podrán renovarse por períodos iguales y sucesivos. El requisito que establece el Reglamento para solicitar dicha renovación es que los investigadores acrediten que se ha comunicado el resultado de sus investigaciones en un medio científico.

En el artículo 14 del Reglamento se establecen las causales por las cuales el CMN puede revocar los permisos concedidos, a saber:

“Artículo 14. El Consejo de Monumentos Nacionales podrá revocar los permisos concedidos, en las siguientes circunstancias:

- 1. Si no se han observado las prescripciones aprobadas para la protección y conservación de los bienes arqueológicos, antropológicos o paleontológicos;*
- 2. Si se hubieren iniciado las investigaciones antes de que se haya concedido el permiso correspondiente;*
- 3. 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;*
- 4. Si no se han entregado los informes que, luego de 2 años de concedido el permiso o su renovación, deben presentar los investigadores;*
- 5. Si se comprueba que la institución patrocinadora ha retirado este patrocinio; y*
- 6. 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.”¹⁸⁸.*

¹⁸⁸ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 14. (*Énfasis agregado*).

Las causales de revocación de los permisos se establecen como una sanción al incumplimiento de la obligación de obtener los permisos correspondientes del CMN para realizar las prospecciones o excavaciones (segunda causal de revocación) y además, como una garantía de protección al patrimonio arqueológico, en especial las descritas en los numerales 1 y 6 del artículo citado.

Nos parece interesante abocarnos al dirimir cuáles son los efectos del otorgamiento de estos permisos; el artículo 13 del Reglamento establece expresamente que el o los investigadores que hubieran obtenido el respectivo permiso “*tendrán un plazo de tutela o derecho preferencia sobre el sitio de hasta 5 años después del último informe, salvo que renuncie por escrito a este beneficio*”¹⁸⁹. Este derecho preferencial implica únicamente la facultad para realizar excavaciones en el sitio.

En definitiva, los permisos otorgados por el CMN constituyen una autorización administrativa que no genera un derecho de propiedad de contenido patrimonial para el solicitante a quien se le concedió el permiso¹⁹⁰.

El o los investigadores a quienes se les haya concedido un permiso de los regulados en el Reglamento, tienen que cumplir con una serie de obligaciones, entre las cuales podemos que señalar que respecto de los investigadores que estuvieren haciendo uso de un permiso de prospección o excavación, se establece la obligación de emitir un informe al cabo de dos años desde que se les hubiera concedido o renovado el permiso¹⁹¹; dicho informe debe dar cuenta de los trabajos realizados¹⁹². El incumplimiento de esta última obligación acarrea como

¹⁸⁹ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 13:

“Artículo 13. El 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”.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ. Op. Cit. P. 88.

¹⁹¹ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 15:

“Artículo 15. Los investigadores que estuvieren haciendo uso de un permiso de prospección y/o excavación deberán 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.”.

¹⁹² Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 16:

sanción la caducidad automática del permiso concedido y, mientras el o los investigadores no acrediten haberla cumplido el CMN no otorgará un nuevo permiso de prospección o excavación.

En el artículo 18 del Reglamento se establece la obligación del o los investigadores de proporcionar toda la información que solicite el CMN durante la vigencia del permiso.

A su vez el Reglamento en el artículo 19 da cuenta de la obligación del o los investigadores de comunicar al CMN cuando el investigador principal deba ausentarse por más de un año del país, debiendo nombrar a una persona que asuma la responsabilidad contraída durante ese período.

3.1.6. Operaciones de salvataje

El artículo 20 del Reglamento señala que a efectos del reglamento, se entenderá por operaciones de salvataje: “*la recuperación urgente de datos o especies arqueológicas, antropológicas o paleontológicas amenazados de pérdida inminente*”¹⁹³. Están autorizados para realizar estas operaciones los conservadores y directores de Museos reconocidos por el CMN, los arqueólogos, antropólogos o paleontólogos profesionales y los miembros de la Sociedad Chilena de Arqueología; quienes tendrán la obligación de informar al CMN de su intervención y del destino de los objetos o especies excavados. En el caso de que las operaciones de salvataje hicieran presumir la existencia de un hallazgo de gran importancia,

“Artículo 16. Los informes deberán incluir:

1. Planos del sitio o área prospectada y/o excavada;
 2. Detalle de los sectores en que se ha efectuado recolección superficial, los excavados y aquéllos dejados como testigo;
 3. Descripción general y breve del trabajo realizado y su metodología;
 4. Descripción sucinta del contenido cultural del o de los sitios y una relación de los materiales recolectados;
 5. Lugar de depósito actual de los materiales removidos y sugerencias sobre el lugar de depósito definitivo;
 6. 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.”

¹⁹³ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 17.288, del Ministerio de Educación, sobre “Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas”, artículo 20.

los arqueólogos deberán informar de inmediato al CMN, con el objeto de que éste tome las medidas necesarias para proteger efectivamente al patrimonio arqueológico.

3.1.7. Distribución del material obtenido

De conformidad a lo estipulado en el artículo 24 de la ley 17.288, cuando las excavaciones hubieren sido realizadas por el CMN, por organismos fiscales o por personas o corporaciones que reciban subvención del Estado, los objetos encontrados serán distribuidos por el CMN de conformidad al Reglamento.

El artículo 21 de este Reglamento dispone que los objetos o especies procedentes de las excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, son de propiedad del Estado. El CMN será el encargado de asignar la tenencia de dichos bienes a “*aquellas instituciones que aseguren su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio*”¹⁹⁴; en todo caso tendrán prioridad los Museos regionales respectivos.

Este mismo artículo señala que cuando las excavaciones o hallazgos hubieren sido hechos por particulares, a su costo, deberán entregar la totalidad del material al CMN, sin perjuicio de las facilidades que obtuvieran para el estudio de dicho material en la forma que lo determina el artículo 21 del mismo reglamento.

El artículo 25 de la ley 17.288 establece que el material que se obtenga de las excavaciones o hallazgos realizados por misiones científicas extranjeras que hayan sido autorizadas por el CMN, podrá ser cedido hasta en un 25% a dichas misiones, reservándose el CMN el derecho a la primera selección y efectuando su distribución según lo establece el mencionado artículo 21 del Reglamento. La exportación de este material se hará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la ley 16.441 que Crea el Departamento de Isla de Pascua, previo informe favorable del CMN:

¹⁹⁴ del Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley N°17.288, del Ministerio de Educación, sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, artículo 21.

“Artículo 43. Sólo el Presidente de la República, por decreto fundado, podrá autorizar la extracción, fuera del territorio nacional, de partes de edificios o ruinas históricas o artísticas o de enterratorios o cementerios de aborígenes, de objetos o piezas antropo-arqueológicas o de formación natural que existen bajo o sobre la superficie y cuya conservación interese a la ciencia, a la historia o al arte, y de bienes, monumentos, objetos, piezas, cuadros, libros o documentos privados o públicos que, por su carácter histórico o artístico, deban conservarse en museos o archivos o permanecer en algún sitio público a título conmemorativo o expositivo.”¹⁹⁵.

A nuestro parecer, esta disposición plantea dos inconvenientes, primeramente, que se establece una distinción entre las misiones científicas extranjeras y las nacionales, a las extranjeras se les puede “ceder” el 25% del material obtenido en las excavaciones, lo que conlleva en innumerables casos nuestro patrimonio arqueológico salga del país, mientras que este incentivo no existe para las misiones nacionales. Por otro lado, el Reglamento no establece expresamente ninguna obligación para las misiones científicas extranjeras que propendan a asegurar la protección y conservación del patrimonio arqueológico, tales como la obligación de comunicar al CMN la metodología y resultados de las excavaciones y/o prospecciones realizadas, u obligaciones de conservación y preservación de las piezas cedidas, lo que a largo plazo puede producir un en la ciencia arqueológica chilena y en nuestra herencia cultural nacional.

3.1.8. Régimen de responsabilidad en la ley 17.288

En Título X de la ley 17.288 se establece un régimen de responsabilidad para sancionar la contravención de las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo. Las sanciones que contempla la ley son principalmente de índole pecuniaria, vale decir, la aplicación de multas a los infractores; además, se establecen sanciones de carácter especial tales como; la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública, la restitución o decomiso de los restos arqueológicos y paleontológicos, e incluso la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que contravengan las disposiciones de la ley 17.288.

¹⁹⁵ Ley 16.441 que Crea el Departamento de Isla de Pascua, artículo 43.

La ley 17.288 consagra además un régimen de responsabilidad penal que opera de forma paralela al régimen de sanciones de carácter administrativo.

Así, el artículo 38 de la ley 17.288 dispone lo siguiente:

“Artículo 38. El que causare daño en un monumento nacional, o afectare de cualquier modo su integridad, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales.”¹⁹⁶.

El artículo citado dispone que se sanciona penalmente al que dañe o afecte de cualquier modo la integridad de un monumento nacional. La expresión “*de cualquier modo*” consagra una protección amplia del patrimonio cultural de la nación que permite ampliar el número de conductas sancionables.

Por otro lado, el artículo 38 bis del mismo cuerpo legal castiga penalmente la apropiación de un monumento nacional en aquellos casos en que sea constitutiva de los delitos que ahí se indican:

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

Tratándose del hurto, si no fuere posible determinar el valor del monumento nacional, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, además de la multa aludida en el inciso precedente.”¹⁹⁷.

El artículo 38 bis sanciona al que se apropie de un monumento nacional de manera tal que se incurra en alguno de los delitos que allí se señalan. Este artículo hace una remisión al Código

¹⁹⁶ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 38. (*Énfasis agregado*).

¹⁹⁷ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 38 bis. (*Énfasis agregado*).

Penal sólo a efectos de determinar los elementos que conforman cada uno de estos tipos penales, no para la determinación de sus penas¹⁹⁸.

Las sanciones penales que se establecen en la ley 17.288, en comparación a las sanciones para los mismos delitos que se establecen en el Código Penal, resultan ser más gravosas, atendido que el reproche jurídico es mayor cuando se afectare un monumento nacional.

La ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales también se encarga de establecer sanciones más gravosas para los empleados públicos que infrinjan cualquier disposición de dicha ley, o que de alguna manera facilitaren su infracción, sumando a la responsabilidad civil o penal que individualmente les corresponda, las medidas disciplinarias de carácter administrativo que procedan:

“Artículo 39. Los empleados públicos que infringieren cualquiera de las disposiciones de esta ley o que de alguna manera facilitaren su infracción, 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.”¹⁹⁹.

De la lectura de este artículo podemos observar que esta ley responsabiliza a los funcionarios públicos no sólo de las infracciones que ellos mismos cometan, sino que también los responsabiliza en aquellos casos en que de *“alguna manera facilitaren”* la infracción de las disposiciones de este cuerpo legal por parte un tercero.

También existe una responsabilidad especial respecto de las autoridades civiles, militares y Carabineros, por cuanto en el artículo 8 de la ley 17.288 se consagra sobre dichas autoridades un especial deber de conservación, cuidado y vigilancia de los monumentos nacionales, que en el caso de infringirse generará la responsabilidad que corresponda²⁰⁰.

¹⁹⁸ ZAPATA. Op. Cit. P. 95.

¹⁹⁹ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 39.

²⁰⁰ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 8:

“Artículo 8. 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.” (Énfasis agregado).

Para hacer efectiva la responsabilidad de quien infrinja las disposiciones de la ley 17.288, se consagra una acción popular, que permite a cualquier persona denunciar cualquier infracción que se cometa a alguna de las disposiciones de la ley:

“Artículo 42. Se concede acción popular para denunciar toda infracción a la presente ley. El denunciante recibirá, como premio, el 20 por ciento del producto de la multa que se aplique.”²⁰¹.

En definitiva, la acción popular suprime la necesidad de que el denunciante acredite algún interés u otro elemento que le otorgue la calidad de legitimario activo para denunciar dichas infracciones. Además, se consagra una recompensa que busca incentivar dicha acción popular.

En cuanto al procedimiento aplicable debemos distinguir qué tipo de infracción es la se está denunciando en particular, teniendo presente que puede darse una multiplicidad de infracciones que provengan del mismo hecho.

En el artículo 40 de la ley 17.288 se señala que el procedimiento a aplicar respecto de las obras o trabajos que se inicien en contravención a este cuerpo normativo será la denuncia de obra nueva; por lo que debemos remitirnos al procedimiento consagrado en el artículo 565 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En dicha remisión se establece una sanción que no se encuentra contemplada en la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales; ordenar la demolición cuando el denunciante estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona un grave perjuicio para el denunciante²⁰², esta constituye una herramienta eficaz al momento de evitar una mayor afectación al patrimonio arqueológico. Este mismo artículo contempla que el procedimiento se aplicará sin perjuicio de aquellas sanciones contempladas en la ley 17.288.

²⁰¹ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 42.

²⁰² Código de Procedimiento Civil, artículo 569 inciso tercero:

“Artículo 569.

(...)

Podrá, sin embargo, el tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y dé éste suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario.”

Así, en caso de infracción a cualquiera de las disposiciones de la ley 17.288, siempre que no configuren alguno de los delitos contemplados en los artículos 38 y 38 bis de dicho cuerpo legal, deberemos remitirnos a sede civil para hacer efectiva la responsabilidad del infractor.

Tal como versa el artículo 44, será competente “*el juez de letras en lo civil que corresponda al lugar en que se cometa la infracción*”²⁰³. Es decir, en caso de que no nos encontremos en la situación de denuncia de obra o trabajo iniciado en contravención a la ley 17.288, sino que la denuncia se refiera a alguna otra infracción, se deberá estar a las reglas generales que en materia de procedimiento civil se establecen, es decir, aquellas propias del juicio ordinario consagrado en el Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, o si se dan las requisitos de procedencia podría intentarse utilizar el procedimiento sumario consagrado en el Título XI del Libro Tercero del mismo cuerpo legal²⁰⁴.

Por último, si se incurriera en alguno de los delitos contemplados en los artículos 38 y 38 bis, se debe seguir la responsabilidad penal por medio de una querrela o denuncia, mediante los procedimientos que se establecen para hacer efectiva la responsabilidad penal según las reglas generales establecidas en el Código Procesal Penal²⁰⁵.

3.2. Protección del Patrimonio Arqueológico en la ley 16.411

La ley 16.441 publicada el 01 de marzo de 1966, que Crea el Departamento de Isla de Pascua en la Provincia de Valparaíso, con capital en Hanga Roa y comprendiendo los territorios de las islas de Pascua y de Sala y Gómez, establece en general las normas sobre la organización política, administrativa y judicial de dicho territorio.

²⁰³ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 44:

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

²⁰⁴ ZAPATA. Op. Cit. P. 98.

²⁰⁵ *Ibíd.*

Luego, mediante Decreto Supremo N° 148 de 1966, del Ministerio de Agricultura²⁰⁶ se creó el Parque Nacional Isla de Pascua con el objeto de garantizar la protección de la fauna, conservar la belleza del paisaje y fomentar el turismo hacia la Isla²⁰⁷.

Que si bien el Parque Nacional Rapa Nui presenta condiciones excepcionales de carácter arqueológico, principalmente la existencia de un gran número de sitios arqueológicos, entre los que podemos mencionar las estatuas, las plataformas ceremoniales y miles de estructuras agrícolas, mortuorias, habitacionales, entre otros. No obstante ello, la ley 16.441 sólo establece una disposición sobre el patrimonio arqueológico:

“Artículo 43. Sólo el Presidente de la República, por decreto fundado, podrá autorizar la extracción, fuera del territorio nacional, de partes de edificios o ruinas históricas o artísticas o de enterratorios o cementerios de aborígenes, de objetos o piezas antropo-arqueológicas o de formación natural que existen bajo o sobre la superficie y cuya conservación interese a la ciencia, a la historia o al arte, y de bienes, monumentos, objetos, piezas, cuadros, libros o documentos privados o públicos que, por su carácter histórico o artístico, deban conservarse en museos o archivos o permanecer en algún sitio público a título conmemorativo o expositivo.”²⁰⁸.

²⁰⁶ Modificado por el Decreto Supremo N° 285 de 1966, por el Decreto Supremo N° 520 de 1968 y por Decreto Supremo N° 213 DE 1976, todos del Ministerio de Agricultura y por el Decreto Supremo N° 781 de 1983 del Ministerio de Bienes Nacionales.

²⁰⁷ De acuerdo a la establecido en la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, ratificada por nuestro país mediante el Decreto N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el Diario Oficial el 04 de octubre de 1967; el fundamento de los Parques Nacionales es esencialmente la necesidad de los Estados de **conservar** y **proteger** los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico. Los Parques Nacionales forman parte de las áreas silvestres protegidas, y como tales se encuentran bajo la supervisión del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

El Manual para la Planificación del Manejo de las Áreas Protegidas del SNASPE, elaborado por la Corporación Nacional Forestal, nos entrega una definición bastante completa de Parque Nacional:

“Parque Nacional: área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de auto perpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo. Los objetivos de esta categoría de manejo son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación.”

²⁰⁸ Ley 16.441 que Crea el Departamento de Isla de Pascua, artículo 43.

Esta disposición establece un mecanismo concreto de protección del patrimonio arqueológico por cuanto no basta una autorización administrativa para efectuar la extracción fuera del territorio nacional de los bienes que en dicho artículo se establecen. Esta disposición se plantea como una forma de control estricto del patrimonio cultural nacional, e indirectamente para evitar el tráfico ilícito de bienes culturales, además de mantener un registro del patrimonio cultural que sale del territorio nacional. No obstante lo anterior, al tratarse de una autorización por decreto fundado del Presidente de la República, no existen parámetros objetivos que permitan asegurar que todas estas autorizaciones se dan con los resguardos y garantías suficientes para velar por la debida protección y conservación del patrimonio arqueológico.

El artículo 67 de la ley 19.253 que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena ordena la creación de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA), que es el organismo encargado del desarrollo económico, social y cultural de la comunidad rapanui o pascuenses. Entre las atribuciones de CODEIPA está la de formular y desarrollar planes y proyectos de desarrollo que eleven el nivel de vida de la comunidad rapanui y contribuyan a la conservación de su cultura, así como del medioambiente de la isla, colaborar en la administración del Parque Nacional Rapa Nui, Fomentar la riqueza cultural y arqueológica de Isla de Pascua y colaborar en la conservación y restauración del patrimonio arqueológico rapanui en conjunto con las universidades y el CMN²⁰⁹.

²⁰⁹ Ley 19.253 que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 67:

“Artículo 67. Créase la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua que tendrá las siguientes atribuciones:

1. Proponer al Presidente de la República las destinaciones contempladas en los artículos 3° y 4° del decreto ley N° 2.885, de 1979;

2. Cumplir las funciones y atribuciones que el decreto ley N° 2.885, de 1979, entrega a la Comisión de Radicaciones. En el cumplimiento de estas funciones y atribuciones, deberá considerar los requisitos establecidos en el Título I del decreto ley referido y, además, los siguientes criterios:

a) Analizar las necesidades de tierras de la población rapa nui o pascuense.

b) Evaluar el aporte que dichas tierras hacen al desarrollo de Isla de Pascua y la comunidad rapa nui o pascuense.

c) Fomentar la riqueza cultural y arqueológica de Isla de Pascua;

3. Formular y ejecutar en su caso, programas, proyectos y planes de desarrollo tendientes a elevar el nivel de vida de la comunidad rapa nui o pascuense, conservar su cultura, preservar y mejorar el medio ambiente y los recursos naturales existentes en Isla de Pascua;

3.3. Protección del Patrimonio Arqueológico en la ley 19.253

La ley 19.253 denominada “Ley Indígena” es un cuerpo normativo que se encarga de regular una serie de materias sobre los pueblos originarios de nuestro país. En este acápite analizaremos únicamente aquellas disposiciones que tienen relación con el patrimonio arqueológico.

El artículo primero la ley 19.253 establece el “*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*”²¹⁰. Entre las medidas que debe adoptar el Estado a través de sus instituciones, se encuentran aquellas tendientes a asegurar la protección del patrimonio arqueológico indígena.

3.3.1. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante CONADI) es un servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación, al cual la ley le encarga las funciones de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, con especial énfasis en lo económico, social y cultural.

4. Colaborar con la Corporación Nacional Forestal en la administración del Parque Nacional de Isla de Pascua;

5. 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 Nacionales, y

6. Preparar convenios con personas e instituciones nacionales y extranjeras para el cumplimiento de los objetivos precedentes.” (Énfasis agregado).

²¹⁰ Ley 19.253 que Establece normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo primero inciso final. (Énfasis agregado).

Respecto de la protección del patrimonio arqueológico tiene el deber de velar por *“la preservación y difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto”*²¹¹.

En esta misma línea y como parte del reconocimiento, respeto y protección de la cultura indígena le corresponderá a CONADI en coordinación con el Ministerio de Educación, la *“promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena”*²¹².

La ley también dispone que con el objeto de proteger el patrimonio cultural de las culturas indígenas y bienes culturales del país, se requerirá informe previo de CONADI para la *“exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile”*²¹³ y para la *“excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos”*²¹⁴, la que deberá regirse según el

²¹¹ Ley 19.253 que Establece normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 39 letra i):

“Artículo 39. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena 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.

Además le corresponderán las siguientes funciones:

(...)

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

²¹² Ley 19.253 que Establece normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 28 letra f):

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

(...)

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 de las culturas indígenas.” (Énfasis agregado).

²¹³ Ley 19.253 que Establece normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 29 letra a):

“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”. (Énfasis agregado).

²¹⁴ Ley 19.253 que Establece normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 29 letra c):

“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:

(...)

procedimiento establecido en la ley 17.288 y su Reglamento, previo consentimiento de las comunidades indígenas involucradas, el cual se otorgará siguiendo las directrices establecidas en el Reglamento que Regula la Acreditación de Calidad de Indígena; Para la Constitución de Comunidades Indígenas y Para la Protección del Patrimonio Histórico de las Culturas Indígenas²¹⁵.

Por último, cabe mencionar que CONADI, al igual que el CMN es uno de organismos del Estado con competencia ambiental que debe participar en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en los temas que pudieren afectar a las comunidades indígenas, y en aquellos proyectos o actividades que se refieran a sitios de significación cultural para los indígenas y sus afectaciones o ausencia de ella.

3.3.2. Patrimonio arqueológico y pueblos indígenas

La vinculación entre el patrimonio arqueológico y los pueblos indígenas, radica en que se ha sentado científicamente que gran parte del patrimonio arqueológico fue creado por las culturas originarias de nuestro país. Lo anterior, conlleva que dicho patrimonio pertenece a dichas culturas como un bien histórico común a los herederos legítimos de los pueblos originarios²¹⁶, a pesar de que en nuestra legislación se establezca que es de propiedad del Estado.

c) La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley N° 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.” (Énfasis agregado).

²¹⁵ Decreto Supremo N° 392 que Aprueba Reglamento que Regula la Acreditación de Calidad de Indígena; Para la Constitución de Comunidades Indígenas y Para la Protección del Patrimonio Histórico de las Culturas Indígenas, del Ministerio de Planificación y Cooperación, artículo 14:

“Artículo 14. El consentimiento para la excavación de cementerios indígenas que debe proporcionar previamente la comunidad involucrada, a que se refiere la letra e) 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 N° 19.253”.

²¹⁶ CABEZA MONTEIRA, Ángel. *El patrimonio arqueológico y los Pueblos Indígenas: Reflexiones acerca de América Latina y Chile*. S/F. [en línea] [fecha de consulta: 15 de julio de 2020] Disponible en: https://www.cedem.cl/C03_lineas/05_lin05/EI%20Patrimonio%20Arqueol%C3%B3gico%20y%20los%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas%20ESP.pdf.

Si bien queda de manifiesto que el patrimonio arqueológico, al tenor de lo señalado en el artículo 21 de la ley 17.288 es propiedad del Estado, su tenencia y administración puede estar en manos de diferentes instituciones, siendo la principal el CMN como organismo técnico especializado al cual la ley le encomienda la tuición y conservación del patrimonio arqueológico.

El CMN tiene la facultad para otorgar la tenencia y administración del patrimonio arqueológico a *“aquellas instituciones que aseguren su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio”*²¹⁷, por tanto, es evidente que el CMN puede otorgar la tenencia y administración de este patrimonio a las comunidades indígenas, siempre que aseguren su debida protección y conservación, para la cual pueden ser asesoradas por el mismo CMN y por la CONADI.

Otro aspecto que merece nuestra atención, es el valor o significado que tiene el patrimonio arqueológico para las comunidades indígenas. Por un lado, el patrimonio arqueológico tiene diversos valores, ya sea histórico, patrimonial, científico; mientras que para los pueblos indígenas además, tiene un valor de significación cultural, lo que cobra especial relevancia respecto de la revalorización de su propia cultura mediante los restos o sitios arqueológicos, el cual debe ser respetado al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo primero de la ley 19.253²¹⁸, y en armonía a las disposiciones del Convenio N° 169 Sobre

²¹⁷ Decreto Supremo N° 484 que Aprueba el Reglamento de la Ley 17.288, del Ministerio de Educación, sobre Excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, artículo 21:

“Artículo 21. Los objetos, especies procedentes de excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, pertenecen al Estado. Su tenencia 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. En todo caso, 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.” (Énfasis agregado).

²¹⁸ Ley 19.253 que Establece normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo primero inciso final:

“Artículo 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.

El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita 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

Pueblos Indígenas y Tribales²¹⁹ y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²²⁰, con la finalidad de alcanzar una protección y valorización del patrimonio cultural indígena mediante la integración y participación de los pueblos indígenas en aquellas materias que versen sobre patrimonio arqueológico y que pudieran afectarles, así como mecanismos que eviten su extinción cultural y velar por el pleno resguardo de sus derechos.

integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

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 y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.” (Énfasis agregado).

²¹⁹ Ratificada mediante Decreto Supremo N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

²²⁰ A diferencia de lo que ocurre con el Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no tiene carácter vinculante para los Estados. Esto sin perjuicio que en tanto *soft law*, pueda contribuir como material de análisis para la doctrina o la jurisprudencia nacional.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS PROYECTO DE LEY DE PATRIMONIO CULTURAL

En este capítulo se analizarán las modificaciones que busca introducir el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, ingresada mediante Mensaje el diecisiete de junio del año 2019, a la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, centrándonos en aquellas disposiciones que proponen la creación de una nueva institucionalidad del patrimonio cultural y a la creación de las nuevas categorías de protección del patrimonio cultural.

4.1. Objetivos del proyecto de ley del patrimonio cultural

Como primera modificación el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural altera la nominación de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, cambiándolo por el de “*Ley de Patrimonio Cultural*”, destacándose desde el principio que el Proyecto deja de lado el carácter monumental de la protección y conservación que se establece en la ley 17.288, y se amplía para abarcar todo el patrimonio cultural, incluyendo por cierto, al patrimonio cultural inmaterial.

Los objetivos del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural (en adelante “el Proyecto”) se centra en la modernización de la institucionalidad cultural vigente, mediante la sustitución del CMN, actualmente el principal organismo técnico encargado de la protección y tuición del patrimonio cultural. Como parte de esta nueva institucionalidad, el Proyecto también propone la creación de nuevos organismos técnicos descentralizados, como los Consejos Regionales del Patrimonio Cultural y las Secretarías Técnicas.

En otra arista, el Proyecto busca reemplazar las categorías monumentales de protección del patrimonio cultural establecidas en la ley 17.288 por los denominados *bienes de interés cultural*, los cuales el Proyecto categoriza según una serie de atributos y valoraciones que se analizarán más adelante.

Otra de las mayores modificaciones que busca introducir el Proyecto es la incorporación del *Patrimonio Cultural Inmaterial* como una categoría del patrimonio cultural nacional, asegurándose de esta forma su protección formal a nivel legal.

El Proyecto comprende la creación de instrumentos de gestión patrimonial, tales como el *plan de gestión patrimonial* y el *plan de salvaguardia*. Estos mecanismos permiten gestionar de forma efectiva la protección de los bienes de interés cultural y del patrimonio cultural inmaterial respectivamente.

El Proyecto también busca incorporar un sistema de compensaciones e incentivos para la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, el cual esencialmente se traduce en una serie de beneficios tributarios para los propietarios de bienes de interés cultural.

Por último, el Proyecto regula de forma más estricta los delitos e infracciones asociados al patrimonio cultural, en especial en lo relativo al aumento de las sanciones.

Todas las modificaciones que busca incorporar el Proyecto al principal cuerpo normativo encargado de regular el patrimonio cultural en nuestro país, busca en último término “*modernizar su institucionalidad, actualizar sus categorías y otorgar una protección efectiva al Patrimonio Cultural en Chile mediante su identificación, conservación, puesta en valor, gestión y promoción*”²²¹.

4.2. Nueva institucional cultural

El Proyecto propone la modificación de la actual institucionalidad del patrimonio cultural establecida en la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, con el objetivo de actualizar y descentralizar la institucionalidad vigente, mediante la creación de las Secretarías Regionales Ministeriales, los Consejos Regionales del Patrimonio Cultural y, las Secretarías Técnicas Regionales.

²²¹ Mensaje N° 075-367 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, Santiago, 19 de junio de 2019.

Según se dispone en el Proyecto, esta nueva institucionalidad tendrá como objetivo principal la *“identificación, protección, investigación, conservación, restauración, preservación, puesta en valor, salvaguardia, promoción y difusión del patrimonio cultural en Chile”*²²².

La institucionalidad del patrimonio cultural que establece el Proyecto se compondrá a nivel nacional por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural, la Secretaría Técnica Nacional del Patrimonio Cultural, el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y el Consejo Nacional de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; y a nivel regional estará compuesta por las Secretarías Regionales Ministeriales de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, los Consejos Regionales del Patrimonio Cultural, las Secretarías Técnicas Regionales, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y los Consejos Regionales de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

4.2.1. Consejo Nacional del Patrimonio Cultural

El Consejo Nacional del Patrimonio Cultural (en adelante CNPC), es un organismo técnico creado por el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, directamente dependiente del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, a través de la Subsecretaría del Patrimonio Cultural, que busca reemplazar al Consejo de Monumentos Nacionales.

Adicionalmente, el Proyecto propone revisar la composición del CNPC, con el objetivo de asegurar la coherencia y pertinencia de este nuevo organismo con las nuevas categorías de protección del patrimonio cultural que crea el Proyecto y con la incorporación del patrimonio cultural inmaterial. A modo de ejemplificarlo, el CMN se encuentra integrado por 22 miembros, representantes de la sociedad civil, expertos y agentes públicos²²³. El Proyecto

²²² Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, ingresado vía mensaje el 17 de junio del año 2019. En tramitación: primer trámite constitucional [consultado el 14 de marzo de 2021].

²²³ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 2:

“Artículo 2. El Consejo de Monumentos Nacionales es un organismo técnico que depende directamente del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio y que se compone de los siguientes miembros:

- a) Del Subsecretario del Patrimonio Cultural, quien lo presidirá;*
- b) Del Director del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, quien será su Vicepresidente Ejecutivo y subrogará al Subsecretario cuando éste se encuentre impedido de asistir por cualquier causa;*
- c) Del Conservador del Museo Histórico Nacional;*

reduce a 17 los miembros del CNPC²²⁴, entre los cuales se incorporan a representantes del patrimonio cultural inmaterial y representantes del gobierno²²⁵, con el objetivo de fortalecer la

-
- d) *Del Conservador del Museo Nacional de Historia Natural;*
 - e) *Del Conservador del Museo Nacional de Bellas Artes;*
 - f) *Del Conservador del Archivo Nacional;*
 - g) *Del Director de Arquitectura de la Dirección General de Obras Públicas;*
 - h) *De un representante del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo;*
 - i) *De un representante de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía;*
 - j) *De un representante del Colegio de Arquitectos;*
 - k) *De un representante del Ministerio del Interior, que podrá ser un oficial superior de Carabineros;*
 - l) *De un representante del Ministerio de Defensa Nacional, que deberá ser un oficial superior de las Fuerzas Armadas;*
 - m) *De un abogado del Consejo de Defensa del Estado, que será su asesor jurídico;*
 - n) *De un representante de la Sociedad de Escritores de Chile;*
 - o) *De un experto en conservación y restauración de monumentos;*
 - p) *De un escultor que represente a la Sociedad Nacional de Bellas Artes y a la Asociación de Pintores y Escultores de Chile;*
 - q) *De un representante del Instituto de Conmemoración Histórica de Chile;*
 - r) *De un representante de la Sociedad Chilena de Arqueología;*
 - s) *De un miembro del Instituto de Historia de la Arquitectura de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile;*
 - (...)
 - t) *De un representante de asociaciones de barrios y zonas patrimoniales, nombrado de conformidad al reglamento;*
 - u) *De un representante del Colegio de Arqueólogos de Chile;*
 - v) *Un representante del Servicio Nacional de Turismo, y*
 - w) *De un Paleontólogo designado por la Sociedad Paleontológica de Chile”.*

²²⁴ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 2:

“Artículo 2. El Consejo Nacional del Patrimonio Cultural es un organismo técnico del Estado que depende directamente del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, a través de la Subsecretaría del Patrimonio Cultural, y estará integrado por:

- a) *El Subsecretario del Patrimonio Cultural, quien lo presidirá y cuyo voto será dirimente en caso de empate;*
- b) *El Director del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, quien será su Vicepresidente y subrogará al Subsecretario cuando éste se encuentre impedido de asistir por cualquier causa;*
- c) *Un representante del Presidente de la República, experto en patrimonio cultural, designado por éste;*
- d) *Un representante del Ministerio de Obras Públicas;*
- e) *Un representante del Ministerio de Vivienda y Urbanismo;*
- f) *Un representante del Ministerio de Bienes Nacionales;*
- g) *Un representante del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, experto en patrimonio cultural inmaterial;*
- h) *Un representante del Ministerio del Medio Ambiente;*
- i) *Un representante del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo;*
- j) *Un representante del Ministerio de Educación;*
- k) *Un representante del Colegio de Arquitectos de Chile;*
- l) *Un representante de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía;*
- m) *Un representante de la Sociedad Chilena de Arqueología o del Colegio de Arqueólogos;*
- n) *Un representante del Colegio de Antropólogos, con trayectoria en patrimonio cultural inmaterial;*
- o) *Un académico de reconocida trayectoria en patrimonio cultural, representante de las instituciones de educación superior, reconocidas por el Estado y acreditadas por un período de a lo menos cuatro años;*
- p) *Un representante de asociaciones de barrios y zonas patrimoniales.*
- q) *Una persona cultora de un elemento inscrito en el Inventario del Patrimonio Cultural en Chile (...).”*

presencia de lo público, manteniendo a las instituciones del Estado con competencias en los ámbitos protegidos por la ley, y tratando de lograr un equilibrio entre los representantes de los órganos estatales y los representantes de la sociedad civil.

Efectivamente, la integración del CNPC tiende hacia lo público, estando compuesto en su mayoría por representantes de diversos Ministerios. También se incorpora a un profesional con experiencia en el patrimonio cultural inmaterial, buscándose una armonización entre las nuevas categorías de protección que establece el Proyecto y la integración misma del organismo técnico encargado de su tuición y protección.

El Proyecto propone incrementar las atribuciones y funciones del CNPC, en relación a las atribuciones que comparativamente se establecen en la ley 17.288 para el CMN. Entre dichas funciones y atribuciones se encuentra la de pronunciarse sobre las solicitudes que sean de su competencia, vale decir: i) Emitir pronunciamiento sobre la conveniencia de declarar bienes de interés cultural en cualquiera de las categorías que crea el Proyecto; ii) emitir pronunciamiento sobre la revocación de una declaratoria de un bien de interés cultural, cuando corresponda; y iii) emitir pronunciamiento sobre la conveniencia de reivindicar o adquirir por parte del Estado inmuebles de interés cultural que sean de propiedad particular y se consideren como convenientes a los intereses de la Nación.

En otra arista, el Proyecto le entrega al CNPC atribuciones y funciones que deben realizarse en colaboración con el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, principalmente las que se refieren a aquellas medidas y propuestas para velar por la conservación del patrimonio cultural, a saber: i) Proponer al Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio la dictación de normativa que regule el acceso a los bienes de interés cultural; así como las medidas administrativas para la mejor conservación y supervigilancia de los bienes de interés cultural; ii) proponer al Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio los elementos y los programas, proyectos y actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial susceptibles de ser presentados a las listas del patrimonio cultural inmaterial; iii)

²²⁵ Entre los representantes del Gobierno que incorpora el Proyecto de Ley podemos señalar los siguientes: un representante del Presidente experto en patrimonio cultural, un representante del Ministerio de Obras Públicas, un representante del Ministerio de Bienes Nacionales, un representante del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, experto en patrimonio cultural inmaterial, un representante del Ministerio de Medio Ambiente, un representante del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, un representante del Ministerio de Educación.

proponer al Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio el otorgamiento del reconocimiento a las comunidades, grupos o individuos reconocidos como Tesoros Humanos Vivos; iv) colaborar con el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio en la propuesta de políticas, planes, programas y medidas encaminadas a la recuperación, valoración, sostenibilidad, salvaguardia y promoción del patrimonio cultural y; v) presentar propuestas al Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio en lo que se relacione con los reglamentos que deban dictarse para la ejecución misma del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural.

El Proyecto además, le entrega una serie de atribuciones y funciones al CNPC relacionadas con los registros que crea (tales como el Registro del Patrimonio Cultural y el Inventario del Patrimonio Cultural), tales como: i) Administrar el Inventario del Patrimonio Cultural; ii) mantener actualizada la lista tentativa de bienes de interés cultural que sean susceptibles de ingresar a la Lista de Patrimonio Mundial y; iii) evaluar los expedientes de elementos del patrimonio cultural inmaterial para pronunciarse sobre su incorporación al Inventario del Patrimonio Cultural.

Respecto de los instrumentos de gestión patrimonial que pretende incorporar el Proyecto, es decir, los planes de gestión patrimonial y los planes de salvaguardia, el Proyecto le confiere al CNPC la atribución de seleccionar aquellos elementos del patrimonio cultural inmaterial que se encuentren incorporados al Inventario del Patrimonio Cultural, que requieran la elaboración de planes de salvaguardia.

Un aspecto que se fortalece en el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural son aquellas actividades tendientes a incrementar la participación de la comunidad en aquellas materias que recaigan sobre el patrimonio cultural; en esta línea el Proyecto le confiere las siguientes atribuciones y funciones al CNPC: i) Promover la participación de comunidades, expertos y organizaciones de la sociedad civil en la elaboración de investigaciones participativas²²⁶, en los planes de salvaguardia y otras medidas que se estimen como necesarias por el CNPC; ii)

²²⁶ Una investigación participativa, consiste en el desarrollo de un estudio que permita la contextualización, descripción y caracterización de los elementos del patrimonio cultural inmaterial, en conformidad a lo dispuesto en un reglamento expedido por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, otorgando los antecedentes para efectuar un análisis problematizado de su estado actual con miras al diseño de planes de salvaguardia para su continuidad.

fomentar estudios culturales, científicos, técnicos, artísticos y metodologías de investigación y participación de las comunidades y organizaciones de la sociedad civil y expertos (relativo al patrimonio cultural inmaterial); iii) la posibilidad de editar o publicar trabajos, exposiciones, etc., que sirvan para conocimientos y difundir el patrimonio cultural y; iv) promover acciones de educación formal y no formal en patrimonio cultural.

En definitiva, comparativamente el Proyecto le entrega muchas más funciones y atribuciones al Consejo Nacional del Patrimonio Cultural, las que tienden a ampliar el ámbito de protección y conservación del patrimonio cultural nacional y; a fomentar la colaboración entre los distintos órganos del Estado con competencia ambiental.

4.2.2. Consejos Regionales del Patrimonio Cultural

Como parte de esta nueva institucionalidad el Proyecto propone la creación de los Consejos Regionales del Patrimonio Cultural (en adelante CRPC), fundándose en uno de los principios centrales del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, la desconcentración. Así pues, los CRPC son organismos técnicos en los cuales se desconcentrará territorialmente el CNPC.

Los CRPC están compuestos por 12 miembros, entre los cuales se aprecia una marcada presencia del sector público, mediante la presencia de diversas autoridades gubernativas. Por otro lado, al igual que en la composición del CNPC, en este caso se incorpora un profesional con experiencia en patrimonio cultural inmaterial²²⁷.

²²⁷ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 4:

“Artículo 4. El Consejo Nacional del Patrimonio Cultural se desconcentrará territorialmente a través de los consejos regionales del patrimonio cultural, los que tendrán su domicilio en la respectiva capital regional.

Los consejos regionales del patrimonio cultural estarán integrados por:

- a) El Secretario Regional Ministerial del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio de la respectiva región, quien lo presidirá y llevará a efecto sus acuerdos mediante resolución y cuyo voto será dirimente en caso de empate;*
- b) El Director Regional del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural de la respectiva región, quien será su Vicepresidente y subrogará al Secretario Regional Ministerial del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio cuando éste se encuentre impedido de asistir por cualquier causa;*

Al CRPC el Proyecto le entrega una serie de atribuciones que dicen relación con el otorgamiento de diversas autorizaciones en lo que respecta al patrimonio cultural, tales como: i) Otorgar autorizaciones previas para los trabajos de conservación, reparación, restauración u obra nueva que se realicen en los bienes de interés cultural, así como cualquier intervención que afecte sus valores y atributos²²⁸; ii) Otorgar autorizaciones previas para las intervenciones que sean susceptibles de afectar los valores universales excepcionales de los bienes de interés cultural; iii) Otorgar las autorizaciones previas para las intervenciones que se realicen en los monumentos públicos situados en sus respectivas regiones y; iv) conceder autorizaciones previas y permisos para las intervenciones que se realicen en los sitios que contengan **objetos y demás material arqueológico y paleontológico** que existieran la región respectiva²²⁹.

Otra atribución de los CRPC versa acerca de los actos que declaran un bien como de interés cultural en aquellos casos en que corresponda, en estos casos los CRPC deben elevar al

-
- c) *El Secretario Regional Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de la respectiva región, o su representante;*
 - d) *El Secretario Regional Ministerial del Ministerio de Obras Públicas de la respectiva región, o su representante;*
 - e) *El Secretario Regional Ministerial del Ministerio de Bienes Nacionales de la respectiva región, o su representante;*
 - f) *El Secretario Regional Ministerial del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de la respectiva región, o su representante;*
 - g) *El Secretario Regional Ministerial del Ministerio del Medio Ambiente de la respectiva región, o su representante;*
 - h) *El Secretario Regional Ministerial del Ministerio de Educación de la respectiva región o su representante;*
 - i) *Un arqueólogo representante de la Sociedad Chilena de Arqueología o del Colegio de Arqueólogos;*
 - j) *Un historiador representante de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía;*
 - k) *Un representante del Colegio de Antropólogos, con trayectoria en patrimonio cultural inmaterial, y;*
 - l) *Un arquitecto de reconocida trayectoria en patrimonio, representante del Colegio de Arquitectos. El respectivo Delegado Presidencial Regional designará a los consejeros señalados en las letras i) a l), de una terna propuesta por las instituciones que, respectivamente, en ellas se indican, en conformidad con lo dispuesto en el reglamento al que se refiere el artículo 6 bis. Los miembros de los consejos regionales señalados en los literales i) a l) durarán cuatro años en el cargo y se renovarán por parcialidades cada dos años. Dichos consejeros no podrán ser designados por más de dos periodos consecutivos.”.*

²²⁸ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 5 N° 1, establece que en “...el caso de un proyecto sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sólo se requerirá el otorgamiento del Permiso Ambiental respectivo, contemplado en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Consagrándose de esta forma el principio de **ventanilla única** en el SEIA.

²²⁹ Nuevamente el Proyecto de Ley hace la prevención respecto de aquellos proyectos que se encuentren sometidos al SEIA, señalando que en estos casos “sólo se requerirá el otorgamiento del Permiso Ambiental respectivo contemplado en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

CNPC los expedientes de solicitud de declaratoria y acompañar el informe técnico correspondiente para que éste se pronuncie sobre la conveniencia de declarar a los bienes como de interés cultural en la categoría que corresponda.

En otra arista nos encontramos con aquellas atribuciones y funciones que se vinculan con los instrumentos de gestión patrimonial que crea el Proyecto entre las cuales podemos mencionar las siguientes: i) Aprobar planes de gestión respecto de los bienes de interés cultural en sus diferentes categorías y; ii) velar por la implementación de planes y programas relativos a la recuperación, valoración, sostenibilidad y salvaguardia del patrimonio cultural en sus respectivas regiones.

Vinculado con los registros de patrimonio cultural que propone crear el Proyecto, éste le encomienda las siguientes funciones: i) Administrar y actualizar el Registro Regional del Patrimonio Cultural de la región correspondiente; ii) pronunciarse sobre las solicitudes de inscripción de bienes materiales en el Registro Regional respectivo o bien, proceder de oficio a su inscripción; iii) pronunciarse sobre las solicitudes de inscripción de elementos del patrimonio cultural inmaterial junto con sus bienes inherentes en el Registro Regional que corresponda; iv) respecto de aquellos elementos inscritos en el Registro Regional respectivo, seleccionar aquellos que requieran la elaboración de investigaciones participativas y; v) elevar al CNPC los expedientes de elementos del patrimonio cultural inmaterial inscritos en el Registro Regional respectivo para que éste se pronuncie sobre su incorporación al Inventario del Patrimonio Cultural.

En lo que se refiere a la participación de las comunidades y sociedades civiles y la promoción del patrimonio cultural nacional, el Proyecto le confiere al CRPC las siguientes atribuciones y funciones: i) Velar por la participación de las comunidades legatarias, expertos y organizaciones de la sociedad civil pertinentes, en la elaboración de los diferentes instrumentos de gestión patrimonial; ii) colaborar en la elaboración de las investigaciones participativas y planes de salvaguardia, con la participación de las comunidades legatarias, respecto de los elementos de patrimonio cultural inmaterial y; iii) promover acciones de educación formal y no formal en patrimonio cultural en el ámbito regional y comunal.

En lo que importa para este estudio, el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural consagra en los CRPC una serie de atribuciones y funciones que se vinculan estrechamente con el **patrimonio arqueológico y paleontológico**, estos son: i) La identificación de aquellos sitios que contengan **objetos y demás material arqueológico y/o paleontológico** que existieren en la respectiva región; ii) proponer al Consejo Nacional del Patrimonio Cultural, el espacio físico (polígono) de protección de aquellos **sitios que contengan objetos y demás material arqueológico y/o paleontológico** que existieran en la región y; iii) conceder autorizaciones previas y los permisos que correspondieren para las intervenciones que se realicen en los sitios que contengan **objetos y demás material arqueológico y paleontológico** que existieran la región respectiva²³⁰.

Uno de los aspectos que el Proyecto conserva de la ley 17.288 consiste en la obligación de la colaboración de la fuerza pública con las instituciones culturales. El Proyecto dispone que tanto Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones como las autoridades civiles tendrán la obligación de cooperar con el cumplimiento de las funciones y resoluciones que adopten el Consejo Nacional y los Consejos Regionales del Patrimonio Cultural y el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio en lo que tenga relación con la conservación, cuidado y supervigilancia del patrimonio cultural nacional²³¹.

4.2.3. Secretaría Técnica Nacional del Patrimonio Cultural

El Proyecto crea además, la Secretaría Técnica Nacional del Patrimonio Cultural (en adelante STN), que deberá servir al CNPC para el desarrollo de sus funciones. Se propone que organismo técnico sea parte integrante de la Subsecretaría del Patrimonio Cultural y se encontrará a cargo de un Secretario Técnico Nacional

Esta STN se desconcentrará territorialmente a través de las Secretarías Técnicas Regionales del Patrimonio Cultural.

²³⁰ En este caso el Proyecto vuelve a hacer la prevención respecto de aquellos proyectos que se encuentren sometidos al SEIA, señalando que en estos casos “*sólo se requerirá el otorgamiento del Permiso Ambiental respectivo contemplado en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*”.

²³¹ Manteniéndose lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales.

4.2.4. Secretarías Técnicas Regionales del Patrimonio Cultural

En la propuesta del Proyecto de Ley del Patrimonio Cultural las Secretarías Técnicas Regionales del Patrimonio Cultural (en adelante STR) serían parte integrante de las Secretarías Regionales Ministeriales de las Culturas, las Artes y el Patrimonio y servirán, respectivamente, a los CRPC como el organismo técnico encargado principalmente de asistirlos y asesorarlos en los aspectos técnicos y administrativos que aseguren su adecuado funcionamiento de los mismos.

Entre sus funciones se encuentran la de asistir y asesorar a los CRPC correspondientes en la gestión de los aspectos técnicos y administrativos para su funcionamiento, desarrollo de las tareas y la ejecución de las decisiones que dichos CRPC adopten. Administrativamente, serán las encargadas de extender las actas de las sesiones e impulsar la gestión administrativa de los contenidos de los acuerdos adoptados por los CRPC. Además, una vez requeridos por el CRPC deben perfeccionar, elaborar u orientar en la elaboración de los expedientes asociados a las solicitudes de conformidad al artículo 46 del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural²³².

²³² Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 46:

“Artículo 46. Toda solicitud de interesado se ingresará al Consejo Regional del Patrimonio Cultural que corresponda a través de su Secretaría Técnica Regional, la que certificará su admisibilidad dentro del plazo de treinta días. Un reglamento expedido por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio establecerá los antecedentes mínimos de los expedientes y los requisitos que deberán cumplirse para la admisibilidad de la solicitud.

A la solicitud podrá acompañarse un expediente que contenga todos los antecedentes técnicos que guarden directa relación con el motivo de la solicitud.

Cuando no se acompañe expediente o, habiéndose acompañado, se estime inconsistente y/o insuficiente, éste podrá ser elaborado o perfeccionado por la Secretaría Técnica Regional, según corresponda, dentro del plazo de sesenta días, tratándose de solicitud de registro; solicitud de declaratoria; solicitud de revocación de declaratoria; solicitud de incorporación o supresión de un elemento del patrimonio cultural inmaterial del Inventario. Tratándose de una solicitud de autorización de intervención, el plazo será de noventa días.

Las Secretarías Técnicas Regionales podrán orientar técnicamente a la comunidad en la elaboración de los expedientes.

Admitida la solicitud y expediente y/o elaborado o perfeccionado que sea éste, la Secretaría Técnica Regional lo pondrá en conocimiento del Consejo Regional correspondiente dentro de un plazo de cinco días para que éste se pronuncie o lo eleve al Consejo Nacional, según corresponda.

El Consejo Regional del Patrimonio Cultural se pronunciará en un plazo de sesenta días contados desde que tome conocimiento de los antecedentes, tratándose de expedientes de solicitud de inscripción en el Registro y de noventa días, tratándose de expedientes de solicitud de intervención.

Las solicitudes y expedientes serán públicos y se mantendrán disponibles en la Secretaría Técnica Regional receptora de la solicitud.”.

Respecto de los instrumentos de gestión patrimonial, dentro de las atribuciones de las Secretarías Técnicas Regionales se encuentra la de proponer a los correspondientes CRPC los planes de gestión respecto de los bienes de interés cultural en cualquiera de sus categorías.

4.3. Incorporación del patrimonio cultural inmaterial

En el Título VIII del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural se regula el patrimonio cultural inmaterial, incorporándose de esta forma la protección legal de dicho patrimonio en el ordenamiento jurídico nacional. Esta es una de las principales modificaciones que propone el Proyecto, tendiendo a una comprensión integral del patrimonio cultural y dejándose de lado la protección de carácter únicamente monumental consagrada en la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, tendiendo a una comprensión integral del patrimonio cultural²³³.

El Proyecto define el patrimonio cultural inmaterial en el artículo 33 de la siguiente manera:

“Se entiende por patrimonio cultural inmaterial, según las definiciones contenidas en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de 2003, los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos, reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural...Se manifiesta, en especial, en los ámbitos de tradiciones y expresiones orales, incluyendo los idiomas o lenguas, en tanto vehículos del patrimonio cultural inmaterial; en las artes del espectáculo; en usos

²³³ En el artículo primero del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, que entrega una definición legal de patrimonio cultural, se deja de manifiesto esta comprensión integral de dicho patrimonio, a saber:

“Artículo 1. Para efectos de esta ley, se entiende por patrimonio cultural, según las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales vigentes de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ratificados por Chile, todos aquellos bienes materiales y elementos inmateriales, comprendidos como acervos propios que identifican y cohesionan a una comunidad y que son transmitidos de una generación a otra. Supone bienes del pasado, preservados y salvaguardados como legados, así como presentes y futuros, en un proceso continuo y dinámico de valoración que contribuye a un desarrollo humano integral y sostenible. Incluye asimismo las manifestaciones transmitidas y atesoradas por las comunidades, en un proceso al que el Estado y la sociedad en su conjunto contribuyen con mecanismos participativos de salvaguardia, que respetan las definiciones y significaciones cambiantes que ellas mismas les otorgan a lo largo del tiempo.” (Énfasis agregado).

*sociales, rituales y actos festivos; en los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y en las técnicas artesanales tradicionales.*²³⁴.

En el mismo artículo se destacan ciertos caracteres especiales del patrimonio cultural inmaterial, tales como; su forma de transmisión, el sentimiento de identidad y continuidad que infunde las comunidades y grupos, y su contribución a la promoción del respeto de la diversidad cultural, la creatividad, los derechos humanos y el desarrollo sostenible.

El Proyecto se encarga además, de regular los elementos del patrimonio cultural inmaterial, estos corresponderán a las manifestaciones reconocidas por las comunidades, grupos e individuos que sean identificadas y definidas como tales por el Estado, con la participación de las comunidades legatarias y la colaboración de expertos y las organizaciones de la sociedad civil pertinentes.

El Proyecto propone como instrumento de gestión ambiental para la protección del patrimonio cultural inmaterial, los **planes de salvaguardia**²³⁵. Además, en la propuesta del Proyecto, los bienes tangibles que sean inherentes a los elementos del patrimonio cultural inmaterial que se encuentren incorporados al Inventario del Patrimonio Cultural en Chile podrán ser objeto de declaratorias como bienes de interés cultural en la categoría que correspondiere.

Por último, el Proyecto establece la obligación para el propietario de un bien inherente a algún elemento del patrimonio cultural inmaterial, de conservar debidamente dicho bien. La infracción a esta obligación se sancionará con una multa que podría oscilar entre 10 a 400 UTM, para cuya determinación se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido²³⁶.

²³⁴ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 33. (*Énfasis agregado*).

²³⁵ Al tenor del artículo 47 del Proyecto que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, este instrumento de gestión patrimonial se define como:

“...aquel que se formula, aprueba y aplica a un elemento del patrimonio cultural inmaterial, previamente inscrito en el Registro Regional, que el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural seleccione a partir de la solicitud de las comunidades y de las recomendaciones que hubieren surgido de las investigaciones participativas realizadas, una vez dictado el decreto supremo que ordena su incorporación al Inventario del Patrimonio Cultural en Chile”.

²³⁶ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 34.

Si bien esta incorporación que propone el Proyecto es de suma importancia para alcanzar la protección integral del patrimonio cultural, el patrimonio cultural inmaterial se aleja diametralmente del objeto de análisis de nuestro trabajo, por lo que no se profundizará en las modificaciones que pretender incorporar el Proyecto más allá de lo ya señalado.

4.4. Nuevas categorías de protección

El Proyecto propone una comprensión integral del patrimonio cultural, no tan solo incorporándose bajo la esfera de su protección al patrimonio cultural inmaterial; sino que además, una modificación a las categorías de protección contempladas en la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales.

El artículo primero del Proyecto de Ley del Patrimonio Cultural se encarga de definir qué se entiende por *patrimonio cultural*:

“...todos aquellos bienes materiales y elementos inmateriales, comprendidos como acervos propios que identifican y cohesionan a una comunidad y que son transmitidos de una generación a otra. Supone bienes del pasado, preservados y salvaguardados como legados, así como presentes y futuros, en un proceso continuo y dinámico de valoración que contribuye a un desarrollo humano integral y sostenible. Incluye asimismo las manifestaciones transmitidas y atesoradas por las comunidades, en un proceso al que el Estado y la sociedad en su conjunto contribuyen con mecanismos participativos de salvaguardia, que respetan las definiciones y significaciones cambiantes que ellas mismas les otorgan a lo largo del tiempo.”²³⁷.

El Proyecto le encomienda la tuición y protección del patrimonio cultural material, en primer lugar al Estado²³⁸. Respecto del patrimonio cultural inmaterial, es al Estado a quien le

²³⁷ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo primero.

²³⁸ A diferencia de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales: “*Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado...*”. En definitiva, de acuerdo a lo planteado en esta ley, solamente el Estado es el encargado de la tuición y protección de los monumentos nacionales. Mientras que por otro lado, el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural deja abierta la posibilidad de que sean otros a quienes se les encargue la tuición y protección del patrimonio cultural material.

corresponde la adopción de las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. El proyecto le encomienda el ejercicio de este deber de tuición y protección a la nueva institucionalidad que propone el mismo Proyecto²³⁹.

Luego, el Proyecto se encarga de establecer una categoría general de protección, que denomina como *bienes de interés cultural*, los que se categorizarán según sus cualidades y atributos en bienes *muebles*, bienes *inmuebles*, *zonas de interés cultural*, *paisajes de interés cultural*, *monumentos públicos*, *monumentos arqueológicos* y *paleontológicos*. También se contempla la creación de una categoría autónoma de protección que el Proyecto denomina *Sitios de Interés de Memoria*.

4.4.1. Bien de interés cultural

El Proyecto se encarga de crear una categoría general de protección del patrimonio cultural, que denomina bien de interés cultural:

*“Artículo 9. Son bienes de interés cultural los comprendidos en las categorías de mueble, inmueble, zona y paisaje, que sean declarados tales mediante decreto supremo expedido por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural. Asimismo, son bienes de interés cultural los sitios de memoria declarados tales en conformidad al inciso segundo del artículo 18 de la presente ley. Igualmente, son bienes de interés cultural por el solo ministerio de la ley los Monumentos Públicos y los Monumentos Arqueológicos y Paleontológicos.”*²⁴⁰.

La creación de las categorías de bienes de interés cultural a las que alude el artículo citado tiene como objetivo garantizar la protección efectiva y sostenible del patrimonio cultural.

²³⁹ Esta nueva institucionalidad se refiere al Consejo Nacional del Patrimonio Cultural, la Secretaría Técnica Nacional del Patrimonio Cultural, el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y el Consejo Nacional de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, en el ámbito de su competencia, las secretarías regionales ministeriales de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, los Consejos Regionales del Patrimonio Cultural, las Secretarías Técnicas Regionales, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y los Consejos Regionales de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

²⁴⁰ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 9.

Los bienes a los que alude este artículo quedarán bajo la tutela y supervigilancia del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural (CNPC). Por regla general, cualquier intervención, trabajo de conservación, restauración u obra nueva, deberá ser autorizado previamente por el Consejo Regional del Patrimonio Cultural respectivo.

4.4.2. Bien mueble de interés cultural

El Proyecto no se encarga de entregar una definición de bienes muebles de interés cultural, sino que describe aquellos bienes materiales de naturaleza mueble que abarca esta categoría:

“Son bienes de interés cultural en categoría mueble, las colecciones, archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos, acervos, documentos, impresos, manuscritos raros e incunables, libros, publicaciones antiguas de interés especial, instrumentos y órganos musicales antiguos, piezas, materiales y objetos, sean de propiedad pública o privada, elaboradas por autores conocidos o anónimos, que puedan ser transportados de un lugar a otro sin que pierdan su identidad y su valor, y que por su valía histórica, artística, documental, literaria, científica o técnica, cultural, religiosa o social, sean declarados como tales por decreto supremo expedido por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural.

*Se entienden comprendidas también en esta categoría, por el solo ministerio de la ley, las colecciones o piezas de los museos o entidades del Estado dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y los **objetos, materiales y colecciones arqueológicas y paleontológicas**²⁴¹”.*

Del artículo citado se puede afirmar que el interés cultural que el Proyecto otorga a estos bienes muebles, radica en *“su valía histórica, artística, documental, literaria, científica o técnica, cultural, religiosa o social”*.

²⁴¹ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 10. (*Énfasis agregado*).

Los bienes de interés cultural en su categoría de muebles necesitan de un acto declaratorio, esto es, un decreto supremo expedido por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural que los declare como tales.

El Proyecto impone al propietario de un bien de interés cultural en la categoría de mueble el deber de conservarlo debidamente y respetar los valores y atributos por los cuales fue protegido, lo que se traduce en que no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en él intervención alguna, sin autorización previa del Consejo Regional del Patrimonio Cultural respectivo. La infracción a esta disposición será sancionada con una multa que oscilará entre 10 a 400 UTM y para cuya determinación se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido. Lo anterior sin perjuicio de ordenarse por el Consejo Regional competente la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública.

Además, el Proyecto se encarga de regular la salida al extranjero los bienes de interés cultural en la categoría de mueble (lo que se vincula estrechamente con la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales) en los siguientes términos:

“Artículo 11. La autorización de la salida al extranjero de muestras, objetos o bienes muebles que tengan el carácter de bienes de interés cultural que lo sean por el solo ministerio de la ley o que sean declarados tales, se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes, previo informe favorable del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural y opinión del Consejo Regional del Patrimonio Cultural del lugar donde se sitúe el bien.”²⁴².

En caso de incumplirse con esta disposición, el Proyecto propone una sanción privativa de libertad y una multa, a saber:

*“La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con **presidio menor en sus grados medio a máximo** y multa que oscilará entre cien a dos mil unidades tributarias mensuales.”²⁴³.*

²⁴² Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 11.

²⁴³ *Ibíd.* (Énfasis agregado).

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, en esta categoría podría enmarcarse el patrimonio arqueológico y paleontológico, al tenor de lo señalado en el inciso final del artículo 10 del Proyecto de Ley del Patrimonio Cultural: “*Se entienden comprendidas también en esta categoría, por el solo ministerio de la ley...los objetos, materiales y colecciones arqueológicas y paleontológicas.*”²⁴⁴.

Si bien los bienes de interés cultural en la categoría de mueble pueden ser de propiedad privada, es importante recordar que el patrimonio arqueológico y paleontológico se encuentran afectos a un régimen especial de propiedad, siendo por el solo ministerio de la ley, propiedad del Estado.

4.4.3. Bienes inmuebles de interés cultural

Al igual que en el caso de los bienes de interés cultural en la categoría mueble, el Proyecto no se encarga de definir los inmuebles de interés cultural, sino que se encarga de señalar los bienes inmuebles que quedan comprendidos dentro de esta categoría:

*“Artículo 12. Son bienes de interés cultural, en la categoría de inmueble, los lugares, ruinas, edificios, estructuras, plazas, parques, arboledas históricas, jardines, cementerios, enterratorios, sitios de memoria, sitios históricos, obras modernas y contemporáneas, vestigios industriales u otros, sean de propiedad pública o privada y que, por su valor histórico, artístico, arquitectónico, constructivo, documental, científico, cultural o social, sean declarados tales por decreto supremo dictado por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, a solicitud y previo acuerdo del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural.”*²⁴⁵.

También se enmarcan en esta categoría los objetos o bienes muebles que formen parte o pertenezcan a un bien de interés cultural en la categoría de inmueble.

²⁴⁴ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 10 inciso final.

²⁴⁵ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 12.

Del artículo establece que estos deben ser declarados por decreto supremo dictado por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, a solicitud y previo acuerdo del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural.

Además, se desprende que el criterio para categorizar a estos bienes inmuebles de interés cultural, radica en su valor histórico, artístico, arquitectónico, constructivo, documental, científico, cultural o social.

Esta categoría viene a reemplazar a la categoría de monumento histórico contenida en la ley 17.288²⁴⁶, excluyendo por cierto, a los objetos muebles que sí contempla la Ley Sobre Monumentos Nacionales, e incorporando criterios de valorización arquitectónico, constructivo, documental, científico, cultural o social.

Los bienes de interés cultural en la categoría de inmueble pueden ser de propiedad pública o privada. En este último caso, el Proyecto impone sobre el propietario el deber de conservarlo debidamente y de respetar los valores y atributos por los cuales se declararon como tales²⁴⁷. En definitiva, el propietario no podrá destruirlo, transformarlo, repararlo ni hacer en él intervención alguna sin autorización previa del CRPC.

El Proyecto señala que en el caso de un bien de interés cultural en la categoría de inmueble se trate de un lugar o sitio eriazado, no podrá ser intervenido sin la autorización previa del CRPC respectivo.

La infracción a estas disposiciones se sancionará con una multa que oscilará entre 10 a 400 UTM; y para la determinación de dicha multa, el Proyecto indica que se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido, lo anterior sin perjuicio de ordenarse por el CRPC competente la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública.

²⁴⁶ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 9:

“Artículo 9. Son Monumentos Históricos los lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo.”

²⁴⁷ Estos valores y atributos, tanto en los bienes inmuebles y muebles de interés cultural se encontrarán en el decreto supremo que los declare como tales.

Respecto de los bienes muebles e inmuebles de interés cultural que sean de propiedad particular el Proyecto de Ley establece una especie de derecho preferente del Estado en la adquisición o adjudicación en la venta, enajenación o remate de bienes de interés cultural²⁴⁸.

Además, el proyecto faculta al CNPC a solicitar a los organismos del Estado la expropiación, adquisición o permuta de los bienes de interés cultural categoría mueble o inmueble que sean de propiedad particular, que sean convenientes de conservar en poder del Estado, lo cual deberá hacerse de forma justificada y asociado a un plan de gestión patrimonial cuando corresponda²⁴⁹.

Respecto de las autorizaciones para intervenir los bienes de interés cultural en la categoría de inmueble, el Proyecto establece como regla general que será necesaria la autorización previa del CRPC que corresponda para remover o intervenir los objetos o bienes muebles que formen parte o pertenezcan a un bien de interés cultural en la categoría de inmueble. Excepcionalmente, los préstamos de colecciones o piezas museológicas entre museos o entidades del Estado dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y las acciones de conservación y/o restauración que sobre las mismas realice el Centro Nacional de Conservación y Restauración no requerirán la autorización del CRPC. La infracción de esta

²⁴⁸ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 15:

*“Artículo 15. En caso de venta, enajenación o remate de bienes de interés cultural, muebles o inmuebles, de propiedad particular, **el Estado gozará de un derecho preferente para su adquisición o adjudicación**, previa tasación comercial de dos peritos nombrados paritariamente por la Subsecretaría del Patrimonio Cultural y el propietario del bien. En el evento que los peritajes arrojen precios distintos, el precio de venta será el promedio de ambos.*

Para el ejercicio de este derecho preferente, las casas de martillo y los tribunales de justicia, en su caso, deberán comunicar al Ministerio de Bienes Nacionales y a la Subsecretaría del Patrimonio Cultural, con una anticipación mínima de treinta días, la fecha de subasta pública o privada de estos bienes, acompañando los antecedentes respectivos. Asimismo, las personas naturales o jurídicas que enajenen dichos bienes podrán celebrar su venta o enajenación una vez que hayan transcurrido treinta días contados desde la recepción de la comunicación que deban enviar a los indicados organismos para informar de dicha venta o enajenación.

El Servicio Nacional del Patrimonio Cultural podrá disponer de hasta un 7% anual del Fondo del Patrimonio Cultural, previsto en el artículo 26 de la ley N° 21.045, para la adquisición de bienes de interés cultural.” (Énfasis agregado).

²⁴⁹ Art. 16 del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural:

“Artículo 16. El Consejo Nacional del Patrimonio Cultural podrá solicitar a los organismos del Estado la expropiación, adquisición o permuta de los bienes de interés cultural declarados en la categoría mueble e inmueble de propiedad particular que, en su concepto, convenga conservar en poder del Estado. Esto deberá hacerlo de manera justificada y asociado a un plan de gestión patrimonial formulado respecto de los bienes, cuando corresponda.”

disposición será sancionada con una multa que va desde las 10 a 400 UTM, sin perjuicio de ordenarse la paralización de las obras por el CRPC.

4.4.4. Zonas de interés cultural

Al igual que en las categorías anteriores, el Proyecto no se encarga de definir las, sino que se encarga de establecer qué espacios físicos o geográficos integran esta categoría, a saber:

*“Artículo 17. Son bienes de interés cultural en la categoría de zona, las poblaciones, barrios, centros históricos, sectores antiguos o modernos, conjuntos urbanos o rurales, así como también **los lugares donde existieren materiales arqueológicos y/o paleontológicos o bienes inmuebles de interés cultural**, que el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural declare como tales para efectos de mantener e incrementar sus valores y atributos, sean estos históricos, artísticos, arquitectónicos, urbanísticos, constructivos, documentales, científicos, culturales y/o sociales”²⁵⁰.*

Del artículo en análisis se desprende que el interés cultural de estas zonas radica en sus valores o atributos *históricos, artísticos, arquitectónicos, urbanísticos, constructivos, documentales, científicos, culturales y/o sociales*.

Deben ser declarados como zonas de interés cultural por el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural.

Esta categoría que propone el Proyecto viene a reemplazar la categoría de Zona Típica establecida en la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales²⁵¹ y el Decreto N° 223 del Ministerio de Educación del 27 de julio del año 2016 que aprueba el Reglamento Sobre Zonas

²⁵⁰ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 17. (*Énfasis agregado*).

²⁵¹ En el artículo 29 de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales se establece que a efectos de mantener el carácter ambiental y propio de ciertos lugares o poblaciones, el CMN podrá solicitar que se declaren de interés público la protección y conservación del aspecto *típico y pintoresco* de dichas poblaciones o lugares o de determinadas zonas de ellos.

Típicas o Pintorescas de la ley 17.288. Se reemplaza la idea de lo típico o pintoresco, por el interés cultural propiamente tal que hay en los lugares que señala el Proyecto.

Respecto de estas zonas de interés cultural que crea el Proyecto, se requerirá autorización previa del CRPC respectivo para realizar construcciones nuevas o para ejecutar obras de reconstrucción o de conservación de los distintos componentes de una zona de interés cultural, así como para realizar cualquier tipo de intervención. El Proyecto señala que esta autorización se otorgará en tanto dichas actividades o intervenciones *reconozcan e incrementen* los valores y atributos, materiales e inmateriales, por los cuales se estableció su protección. La infracción a esta disposición se sancionará con una multa que oscilará entre 10 a 400 UTM, que al igual que en los casos anteriores, se determinará considerando el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido. Lo anterior, sin perjuicio de ordenarse por el CRPC respectivo la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública²⁵².

En la definición que establece el Proyecto de zonas de interés cultural, se mencionan aquellos *lugares donde existieren materiales arqueológicos y/o paleontológicos o bienes inmuebles de interés cultural* que hayan sido declarados como tales por el CNPC. En definitiva, lo que establece el Proyecto es que el CNPC como organismo técnico especializado puede declarar los lugares donde existan materiales arqueológicos y/o paleontológicos (de propiedad estatal), como zonas de interés cultural, con la finalidad de mantener e incrementar sus valores y atributos²⁵³.

4.4.5. Paisajes de interés cultural

Los paisajes de interés cultural se encuentran definidos en el artículo 19 del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural:

“Artículo 19. Son bienes de interés cultural, en la categoría de paisaje, aquellos contextos urbanos o rurales; rutas e itinerarios culturales que, en su constante

²⁵² Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 17 bis.

²⁵³ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 17.

*dinámica histórica producto de la interacción permanente entre elementos culturales, materiales e inmateriales, y naturales, han constituido territorios que son reconocidos por la comunidad como parte integrante de su patrimonio cultural.*²⁵⁴.

Como característica esencial para su categorización como tal, el Proyecto considera el reconocimiento que tiene la comunidad por aquellos contextos urbanos o rurales como parte integrante de su patrimonio cultural.

Deben ser declarados como paisajes de interés cultural por el CNPC, previo informe del Ministerio del Medio Ambiente.

Respecto de las intervenciones que deban realizarse en los paisajes de interés cultural, el CRPC que sea competente será el encargado de otorgar la autorización previa para los trabajos de conservación, reparación, restauración u obra, así como para cualquier intervención que afecte sus valores y atributos. El Proyecto hace la prevención respecto de aquellos proyectos o actividades que se encuentren sometidos al SEIA, en los que sólo se requerirá el otorgamiento del Permiso Ambiental respectivo según las disposiciones establecidas en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para proceder con las intervenciones²⁵⁵. La infracción se sancionará como una multa que oscilará entre las 10 a 400 UTM, para cuya determinación se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido; sin perjuicio de ordenarse por el Consejo Regional competente la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública²⁵⁶.

Excepcionalmente, en aquellos casos se realicen intervenciones sean susceptibles de afectar los valores universales de los bienes de interés cultural que se encuentren inscritos en la Lista de Patrimonio Mundial y sus zonas de amortiguación²⁵⁷ sin contar con la autorización

²⁵⁴ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 19.

²⁵⁵ Este es un caso en que se consagra el principio de **ventanilla única** en el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural.

²⁵⁶ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 19.

²⁵⁷ Según la definición establecida en las Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la Organización de las Naciones Unidas del 2008; “una zona de amortiguamiento es un área alrededor del bien cuyo uso y desarrollo están restringidos jurídica y/o consuetudinariamente a fin de reforzar su protección. Para ello se tendrá en cuenta el entorno inmediato del bien propuesto, perspectivas y otras áreas o atributos que son funcionalmente importantes como apoyo al bien y a su protección. La zona de amortiguamiento deberá determinarse en cada caso mediante los mecanismos adecuados. La propuesta de

previa de los CRPC correspondientes, el Proyecto establece una sanción más gravosa, consistente en una multa que oscilará entre 10 a 600 UTM, para cuya determinación se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido; sin perjuicio de ordenarse por el Consejo Regional competente la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública²⁵⁸.

4.4.6. Monumentos públicos

El Proyecto mantiene esta categoría que se encuentra establecida en la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, siendo la definición de ambas bastante similares. En el Proyecto los monumentos públicos se definen de la siguiente manera:

*“Artículo 20. Son Monumentos Públicos y quedan bajo la tuición y supervigilancia de los Consejos Regionales respectivos, todos los objetos de arte o elementos conmemorativos **que estuvieren colocados o se colocaren para perpetuar memoria en los espacios públicos.**”²⁵⁹.*

Por otro lado, la definición de monumentos públicos que señala la ley 17.288 es más descriptiva, señalando los objetos que se enmarcan dentro de esta categoría, a saber:

*“Artículo 17. 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.**”²⁶⁰.*

inscripción deberá contener detalles sobre la extensión, las características y usos autorizados en la zona de amortiguamiento, así como un mapa donde que se indiquen los límites exactos tanto del bien como de su zona de amortiguamiento.”.

²⁵⁸ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 19 bis.

²⁵⁹ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 20. (*Énfasis agregado*).

²⁶⁰ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 17. (*Énfasis agregado*).

Como se observa, el Proyecto conserva la última parte, marcándose que el carácter distintivo de esta categoría de bienes de interés cultural, aquel que consiste en servir como un medio para perpetuar la memoria en los espacios públicos.

Para realizar trabajos de construcción de monumentos públicos o para instalar objetos de carácter conmemorativo se requerirá previamente autorización del CRPC, para lo cual éste considerará la opinión del Consejo Municipal respectivo. La infracción a esta disposición será sancionada con una multa que oscilará entre 10 a 400 UTM, para cuya determinación se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido; sin perjuicio de ordenarse por el CRPC competente la paralización de las obras.

En esta misma línea, para cambiar la ubicación de un monumento público se requerirá la autorización del respectivo CRPC. La infracción a esta disposición será sancionada con una multa que oscilará entre 10 a 400 UTM, para cuya determinación se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido; sin perjuicio de la restitución a su lugar de origen, a costa del infractor.

Por último, el Proyecto encarga la responsabilidad de la mantención y buen estado de los monumentos públicos a los municipios, respecto de aquellos que se encuentren dentro de sus respectivas comunas, y adicionalmente, deberán dar cuenta al CRPC respectivo de cualquier deterioro o alteración que se produzca en ellos.

4.4.7. Sitios de memoria y memoriales

El Proyecto propone la creación de una categoría especial de protección del patrimonio cultural, los denominados sitios de memoria:

“Artículo 18. Son bienes de interés cultural los sitios de memoria, entendiendo por ellos todos los lugares donde se hubieren cometido graves violaciones a los derechos humanos, o donde se resistieron o enfrentaron esas violaciones, o que por algún motivo las víctimas, sus familiares o la comunidad asocian con esos hechos, declarados tales a fin de otorgar reparación simbólica a las víctimas y a sus familias,

estimular el conocimiento y la reflexión sobre lo ocurrido y evitar su repetición; o que permitan impulsar procesos de construcción de memorias vinculadas, como la educación en derechos humanos... Por su parte, por el solo ministerio de la ley, son bienes de interés cultural en conformidad al artículo 20, los sitios y lugares en que se han erigido memoriales para recordar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos o para rememorar un acontecimiento vinculado a las mismas.”²⁶¹.

En el Mensaje del Proyecto se señala que la creación de esta categoría autónoma de protección del patrimonio cultural “*representa un avance significativo en materia de derechos humanos y preservación de la memoria colectiva*”²⁶².

Los sitios de memoria deben ser declarados como bien de interés cultural mediante decreto supremo expedido por el Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio y suscrito y por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, a propuesta del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural, órgano que adoptará el acuerdo, previo informe de la Subsecretaría de Derechos Humanos. Este es un caso excepcional en lo regulado por el Proyecto, puesto que es la única categoría en la cual interviene el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Subsecretaría de Derechos Humanos para su declaración.

Adicionalmente, se señala que por el solo ministerio de la ley, son bienes de interés cultural los sitios y lugares en que hayan erigido memoriales para recordar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos o para rememorar un acontecimiento vinculado a las mismas, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 del Proyecto tengan la calidad de monumento público²⁶³.

Para realizar intervenciones en zonas de interés cultural se requerirá la autorización previa del CRPC respectivo, el que indicará la forma de proceder en cada caso. Cuando corresponda,

²⁶¹ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 18.

²⁶² Mensaje N° 075-367 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, Santiago, 19 de junio de 2019.

²⁶³ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 20:

“Artículo 20. Son Monumentos Públicos y quedan bajo la tuición y supervigilancia de los Consejos Regionales respectivos, todos los objetos de arte o elementos conmemorativos que estuvieren colocados o se colocaren para perpetuar memoria en los espacios públicos.”

los CRPC considerarán además, la opinión del Concejo Municipal correspondiente. La infracción a estas disposiciones será sancionada con una multa que oscilará entre 10 a 400 UTM, para cuya determinación se considerará el impacto del daño producido al bien patrimonial protegido; sin perjuicio de ordenarse por el CRPC competente la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública²⁶⁴.

4.4.8. Monumentos arqueológicos y paleontológicos

El Proyecto no modifica sustancialmente ninguna de las disposiciones del actual Título V de la ley 17.288 que regula los monumentos arqueológicos y paleontológicos, las excavaciones e investigaciones científicas correspondientes; es más, en el mensaje del Proyecto de ley, al referirse al Título V señala que *“éste se mantiene inalterado en su tratamiento, con la salvedad del traslado al organismo local de la competencia para otorgar las autorizaciones y permisos para las intervenciones que se realicen en ellos”*²⁶⁵. En definitiva, las únicas modificaciones que se introducen al Título V de la ley 17.288 son aquellas que se refieren a la nueva institucionalidad que propone el Proyecto y al aumento de las sanciones por infracciones que versen sobre el patrimonio arqueológico y paleontológico.

El Proyecto señala que el organismo encargado de otorgar las autorizaciones para la realización de excavaciones de carácter arqueológico y/o paleontológico en el territorio nacional, será el CRPC que corresponda²⁶⁶. La infracción a esta disposición será sancionada con una multa que oscilará entre 20 a 1000 UTM, duplicándose el monto establecido en la ley 17.288²⁶⁷; manteniéndose lo señalado respecto al decomiso de los objetos que se hubieren obtenido de las excavaciones sin la autorización respectiva.

²⁶⁴ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 18.

²⁶⁵ Mensaje N° 075-367 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, Santiago, 19 de junio de 2019.

²⁶⁶ En los artículos 22 y 23 de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales se señala que el organismo a cargo de entregar dichas autorizaciones será el CMN.

²⁶⁷ En el artículo 22 de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales la sanción que se establece es una multa que oscila entre las **10 a 500 UTM**.

Otra modificación que incorpora el Proyecto, versa sobre la distribución de los objetos encontrados en las excavaciones que fueren realizadas por organismos fiscales o por personas o corporaciones que reciban cualquier subvención del Estado, en estos casos la distribución estará a cargo del CRPC correspondiente²⁶⁸. A su vez, el Proyecto dispone que cuando las excavaciones o hallazgos hubieren sido hechos por particulares a su costo, se deberá entregar la totalidad del material extraído o encontrado al CRPC que corresponda²⁶⁹.

Respecto del material obtenido en las excavaciones o hallazgos realizados por misiones científicas extranjeras, que hayan sido autorizadas por el CRPC que corresponda, el Proyecto señala que el CRPC tendrá derecho a la primera selección de dicho material y efectuando su distribución de conformidad al Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. Además, será el CNPC el encargado de emitir informe favorable para la exportación del material cedido a las misiones científicas extranjeras²⁷⁰.

Otra modificación que incorpora el Proyecto es la que se refiere al organismo que se hará responsable de la vigilancia de las ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter arqueológico o paleontológico que se encontraren durante la realización de excavaciones en el territorio nacional, en la ley 17.288 se le encomienda al CMN hacerse cargo de éstos, mientras que el Proyecto le encomienda dicha misión al CRPC correspondiente.

Respecto de la obligación de denunciar el hallazgo de ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter arqueológico o paleontológico durante la realización de excavaciones, en caso de infringirse dicha obligación, el Proyecto establece una sanción consistente en una multa que oscilará entre las 10 a 400 UTM²⁷¹.

Respecto de los detalles del procedimiento, el mensaje del Proyecto señala que se regularán a través de la modificación al Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, con el objetivo de modernizar dichos

²⁶⁸ En el artículo 24 de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales se establece que dicha distribución estará a cargo del CMN.

²⁶⁹ En el inciso segundo del artículo 24 de la ley 17.288 se establece la obligación de los particulares de entregar el material extraído o encontrado producto de las excavaciones o hallazgos al CMN.

²⁷⁰ Atribuciones que la ley 17.288 encarga al CMN.

²⁷¹ El artículo 26 de la ley 17.288 establece como sanción una multa que oscila entre las **5 a 200 UTM**.

procedimientos y hacer más efectiva la gestión del patrimonio arqueológico y paleontológico²⁷².

En síntesis, las modificaciones que incorpora el Proyecto al Título V “De los Monumentos Arqueológicos y Paleontológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes” de la ley 17.288, buscan armonizar dichas disposiciones con la creación de una nueva institucionalidad del patrimonio cultural y el establecimiento de sanciones más gravosas al incumplimiento de las disposiciones.

4.5. Registros del patrimonio cultural

El Proyecto propone la creación en cada región de un Registro Nacional del Patrimonio Cultural (en adelante Registro Regional) y del Inventario del Patrimonio Cultural (en adelante el Inventario), con el objetivo de mantener los datos del patrimonio cultural con fines informativos y estadísticos para la institucionalidad del patrimonio cultural que propone el Proyecto y, que permitan facilitar la gestión del patrimonio cultural y la adopción de medidas orientadas a asegurar la protección y conservación del patrimonio cultural nacional.

4.5.1. Registros regionales del patrimonio cultural

El Proyecto propone la creación de un Registro Regional en cada región del país, el que será administrado por el respectivo CRPC, con el apoyo técnico de la Secretaría Técnica Regional; la que será de público acceso.

El Registro Regional distinguirá entre los bienes de interés cultural materiales e inmateriales. Tratándose de los bienes materiales, la inscripción podrá realizarse de oficio por parte del CRPC o a solicitud del interesado. Respecto de los bienes inmateriales y sus bienes inherentes, solamente podrán ser inscritos a solicitud de los interesados.

²⁷² Mensaje N° 075-367 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, Santiago, 19 de junio de 2019.

Debemos mencionar que la inscripción de estos bienes en el Registro Regional no otorga protección legal a estos bienes, sino que únicamente se constituye como un primer paso en el sistema de protección y salvaguardia del patrimonio cultural²⁷³. Lo anterior se traduce en que la inscripción en el Registro Regional de un bien mueble o inmueble, será requisito para la posterior declaración de un bien de interés cultural. Por otro lado, en el caso de aquellos elementos del patrimonio cultural inmaterial la inscripción en el Registro Regional, será un requisito para su incorporación en el Inventario del Patrimonio Cultural en Chile.

De acuerdo al texto del Proyecto, se inscribirán en el Registro Regional los siguientes bienes: i) Los bienes que a prima facie, se estime necesario proteger posteriormente como bienes de interés cultural y; ii) los elementos del patrimonio cultural inmaterial junto con sus bienes inherentes, que sean reconocidos por las comunidades²⁷⁴.

La finalidad última de esta inscripción en el Registro Regional, además de constituirse como un requisito previo para la eventual declaración de un bien de interés cultural y la posterior incorporación de algún elemento del patrimonio cultural inmaterial en el Inventario del Patrimonio Cultural, es el de mantener y administrar estos datos con fines informativos y estadísticos para la institucionalidad creada por el Proyecto y para la gestión local apropiada de los bienes culturales.

4.5.2. Inventario del patrimonio cultural

El Proyecto además de los Registros Regionales, propone la creación de un Inventario del Patrimonio Cultural en Chile, el que será administrado por el CNPC con el apoyo técnico de la Secretaría Técnica Nacional; y de público acceso.

²⁷³ Tal como se establece en el inciso final del artículo 36 Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural:

“(…) La inscripción en el Registro será requisito para la posterior y eventual declaratoria del bien como de interés cultural y, en caso de elementos del patrimonio cultural inmaterial, para su incorporación en el Inventario.”

²⁷⁴ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 36.

Al tenor del texto del Proyecto, se comprenderán en el Inventario del Patrimonio Cultural los siguientes bienes: i) Los bienes de interés cultural inscritos en el Registro Regional; ii) bienes públicos y **monumentos arqueológicos y paleontológicos**²⁷⁵; iii) las zonas de conservación histórica²⁷⁶⁻²⁷⁷ y los bienes de interés cultural en la categoría de inmuebles; iv) los elementos del patrimonio cultural inmaterial junto con sus bienes inherentes previamente inscritos en el Registro Regional y; v) los demás bienes de valor patrimonio y/o artístico que las leyes y reglamentos determinen.

La finalidad del Proyecto con la creación de este Inventario del Patrimonio Cultural es la misma que en el caso de los Registros Regionales, en tanto tienden a mantener y administrar estos datos con fines informativos y estadísticos para ayudar al funcionamiento de la nueva institucionalidad del patrimonio cultural y, para la gestión y salvaguardia apropiada de estos bienes culturales.

En lo que importa para nuestro estudio, podemos hacer presente que el Proyecto dispone que en el Inventario del Patrimonio Cultural se inscribirán por el solo ministerio de la ley los monumentos arqueológicos y paleontológicos.

El Proyecto plantea que respecto de las colecciones y demás material arqueológico o paleontológico que no se encuentren incorporados en el Inventario del Patrimonio Cultural en Chile, éstos deberán ser inscritos en el Inventario en un plazo de cinco años contados desde la fecha de publicación del último reglamento cuya creación ordena el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural. Si transcurrido dicho plazo no se hubiera verificado la inscripción, se establece una sanción consistente en que quienes mantengan en su poder dichos bienes deberán acreditar su procedencia, bajo pena del decomiso de los mismos.

A nuestro parece, respecto de los monumentos arqueológicos y paleontológicos, su incorporación en el Inventario del Patrimonio Cultural reviste de una mayor importancia,

²⁷⁵ Estos son bienes que por el sólo ministerio de la ley tienen el carácter de bienes de interés cultural, por lo que no se establece como requisito que se encuentren previamente inscritos en el Registro Regional del Patrimonio Cultural.

²⁷⁶ Una zona de conservación histórica es un área o sector que es identificado como tal en un Instrumento de Planificación Territorial, conformado por uno o más conjuntos de inmuebles de valor urbanístico o cultural cuya asociación genera condiciones que se quieren preservar.

²⁷⁷ Que se encuentren señalados en los planes reguladores de conformidad a las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

puesto que se constituye como una herramienta en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, y así evitar el detrimento de nuestra herencia cultural.

El Proyecto consagra una serie de disposiciones comunes a ambos registros, a saber:

- i) Para la mantención y actualización del Inventario del Patrimonio Cultural y los Registros Regionales, la Secretaría Técnica Nacional y las Secretarías Técnicas Regionales con los demás órganos de la administración del Estado que corresponda, estarán obligados a proporcionar la información que se requiera en las materias de su competencia que se relacionen con dichos registros y, adicionalmente, cuando lo estimen conveniente podrán hacerse asesorar por expertos, entidades públicas, privadas y de la sociedad civil;
- ii) Las municipalidades deberán informar al CNPC la existencia de los bienes de interés cultural en la categoría de inmuebles y de las zonas de conservación histórica que se encuentren señalados en sus respectivos planes reguladores, a efectos de inscribirlos en el Inventario del Patrimonio Cultural;
- iii) En la administración de los registros, el CNPC y los respectivos CRPC se sujetarán a las disposiciones de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

4.6. Instrumentos de Gestión Patrimonial

Otra de las modificaciones importantes que propone el Proyecto, es la incorporación de instrumentos de gestión patrimonial, estos son los planes de gestión patrimonial y los planes de salvaguardia. Al respecto, el mensaje del Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural hace la siguiente crítica a los instrumentos que se contemplan en la legislación actual:

“...solo consideran su protección legal y normas puntuales que regulan su intervención, sin contemplar su gestión posterior derivada en acciones que garanticen su sostenibilidad en el tiempo”²⁷⁸.

²⁷⁸ Mensaje N° 075-367 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, Santiago, 19 de junio de 2019.

En atención a lo anterior, el Proyecto pretende que con la incorporación de estos instrumentos de gestión patrimonial se pueda alcanzar una mayor protección y gestión del patrimonio cultural, en armonía con las demás normas que resulten aplicables, por ejemplo, con los instrumentos de gestión patrimonial.

El Proyecto establece la obligatoriedad de estos instrumentos respecto de los bienes de interés cultural en la categoría de paisaje de interés cultural; serán exigibles para todas las zonas de interés cultural y; en el caso de los bienes de interés cultural en la categoría de inmuebles serán exigibles respecto de todos aquellos que sean de propiedad pública y, lo será de forma facultativa para los bienes de interés cultural en la categoría de muebles e inmuebles de propiedad privada.

4.6.1. Plan de gestión patrimonial

El plan de gestión patrimonial es aquel que se formula, aprueba y aplica a los bienes de interés cultural declarados en las categorías de mueble, inmueble, sitio de memoria, zona y paisaje, además, de aquellos que lo sean por el solo ministerio de la ley cuando corresponda. Estos serán aprobados por el CRPC respectivo a propuesta de la correspondiente Secretaría Técnica Regional. Cuando el plan de gestión patrimonial sea de aquellos que tendrá claros efectos en las competencias de otro u otros órganos del Estado, el CRPC deberá requerir previamente un informe.

Los planes de gestión patrimonial serán obligatorios cuando se trate de bienes de interés cultural en las categorías de inmueble y sitio de memoria cuando sean de propiedad fiscal. En el caso de los bienes de interés cultural en la categoría de mueble, ya sean fiscales o privados, e inmuebles y sitios de memoria de propiedad privada, los planes de gestión patrimonial sólo se formularán cuando el CRPC lo estime conveniente.

4.6.2. Plan de salvaguardia

El plan de salvaguardia es aquel que se formula, aprueba y aplica a un elemento del patrimonio cultural inmaterial, previamente inscrito en el Registro Regional, que hayan sido seleccionados por el CNPC a partir de la solicitud de las comunidades y las recomendaciones que hubieran surgido de las investigaciones participativas realizadas, una vez dictado el decreto supremo que ordena su incorporación al Inventario del Patrimonio Cultural en Chile.

Se entiende por salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial toda medida encaminada a garantizar la viabilidad y sostenibilidad de este patrimonio, que comprende pero no se limita, a la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión (enseñanza formal y no formal) y revitalización de este patrimonio²⁷⁹.

Será el CNPC el que seleccionará a solicitud de las comunidades y a partir de las recomendaciones de las investigaciones participativas, aquellos elementos que requieran la elaboración de planes de salvaguardia, siendo un requisito para la elaboración de éstos que el elemento del patrimonio cultural inmaterial se encuentre previamente inscrito en el Registro Regional. El CNPC solicitará la colaboración del CRPC en la elaboración de un plan de salvaguardia, con la participación amplia de las comunidades legatarias, expertos y organizaciones de la sociedad civil que tengan competencia en la materia, y será aprobado por el respectivo CRPC.

En el proceso de elaboración del plan de salvaguardia se adoptarán las medidas necesarias para armonizarlo con la normativa, instrumentos de planificación, planes y programas que corresponda.

Por último, el plan de salvaguardia determinará si el elemento del patrimonio cultural inmaterial es susceptible de ser postulado a la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.

²⁷⁹ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 51.

4.7. Procedimientos generales

Una de las deficiencias de la actual ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales de la que se hace cargo el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, es la falta de certeza jurídica en la parte procedimental de este cuerpo normativo; por ello, el Proyecto se propone establecer una serie de procedimientos de carácter general que se relacionan con los registros que propone crear el Proyecto, los procedimientos destinados a declarar los bienes como bienes de interés cultural, los procedimientos para intervenir estos bienes, entre otros.

4.7.1. Procedimientos de inscripción en los registros culturales

Respecto de los bienes materiales de interés cultural, el Proyecto se encarga de establecer un procedimiento para su inscripción en el Registro Regional. Este procedimiento puede iniciarse a solicitud de interesado o de oficio por el CRPC, el que se pronunciará sobre la inscripción de estos bienes en el Registro Regional respectivo.

En caso de iniciarse por solicitud de interesado, dicha solicitud deberá ingresarse al CRPC que corresponda a través de la Secretaría Técnica Regional respectiva, quien hará un control de admisibilidad. Además, podrá acompañarse un expediente que contenga antecedentes técnicos que sustenten la solicitud²⁸⁰.

Una vez admitida la solicitud y expediente, la Secretaría Técnica Regional lo pondrá en conocimiento del CRPC correspondiente para que éste se pronuncie o lo eleve al CNPC según corresponda. Le corresponderá al CRPC pronunciarse sobre la solicitud de inscripción en el Registro Regional respectivo de uno o más elementos del patrimonio cultural inmaterial, junto con sus bienes inherentes, en caso de aceptación, se procederá a su inscripción en el Registro dentro del plazo de diez días contados desde la dictación de la resolución²⁸¹.

²⁸⁰ Cuando no se acompañe expediente o habiéndose acompañado se estime inconsistente y/o insuficiente, la Secretaría Técnica Regional podrá elaborarlo o perfeccionarlo.

²⁸¹ En caso que el elemento se encuentre presente en más de una región, la comunidad podrá solicitar su inscripción en el Registro Regional de cada una de ellas y, en tal caso, el CNPC determinará el CRPC competente.

Las solicitudes y expedientes serán públicos y se mantendrán disponibles en la Secretaría Técnica Regional receptora de la solicitud.

4.7.2. Procedimiento de declaratoria

El Proyecto se encarga de establecer el procedimiento para declarar un bien como bien de interés cultural, el que puede tener origen en una solicitud de un interesado ante el CRPC a través de la Secretaría Técnica Regional respectiva, en una petición de los consejeros regionales al CNPC o en un pronunciamiento de oficio por parte del CNPC en casos calificados. Como requisito previo para su declaración se establece que los bienes se encuentren inscritos en el Registro Regional que corresponda.

El CRPC elevará los antecedentes y acompañará el informe técnico correspondiente para que el CNPC se pronuncie sobre la conveniencia de declarar al bien como de interés cultural, el cual tendrá un plazo de ciento veinte días para pronunciarse. Para resolver el CNPC podrá solicitar tanto al CRPC como a la Secretaría Técnica Nacional mayores antecedentes sobre la materia; además requerirá un informe previo a los diferentes órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia cuando corresponda. No obstante, en ciertos casos el CNPC podrá pronunciarse de oficio sobre conveniencia de declarar como de interés cultural un bien tangible previamente inscrito en los respectivos Registros Regionales en casos calificados²⁸².

4.7.3. Procedimiento de incorporación al inventario del patrimonio cultural

La incorporación de un elemento o elementos al Inventario tendrá su origen sólo en la solicitud expresa que la comunidad que los reconoce como propios, será presentará ante el CRPC. Será requisito para dar inicio a este procedimiento que el elemento del que se trate se encuentre inscrito en el Registro Regional que corresponda.

²⁸² No se especifica en el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural cuáles serían estos casos calificados.

Las solicitudes de las comunidades deberán ser acompañadas de una investigación participativa en donde se den cuenta del diagnóstico del estado y problemáticas actuales del elemento del patrimonio cultural inmaterial, en estos casos las Secretarías Técnicas Regionales podrán orientar técnicamente a las comunidades en los procesos de investigación participativa.

El CRPC respectivo se encargará de elevar el expediente al CNPC y acompañará el informe técnico correspondiente para que el CNPC se pronuncie definitivamente sobre la incorporación del elemento o elementos al Inventario del Patrimonio Cultural en Chile.

4.7.4. Procedimiento de revocación y supresión

El Proyecto contempla un procedimiento de revocación de una declaratoria de bien de interés cultural, y la consecuente supresión del bien del Inventario Nacional del Patrimonio Cultural en Chile, así como la supresión de un elemento del patrimonio cultural inmaterial del mismo Inventario.

Estos procedimientos se inicien por solicitud de un interesado, y en estos casos el CRPC elevará la solicitud del interesado y el informe técnico correspondiente al CNPC para que se pronuncie; el CNPC podrá solicitar a la Secretaría Técnica Nacional y/o al Consejo Regional donde se haya originado la solicitud, mayores antecedentes sobre la materia; además, requerirá un informe previo a los diferentes órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia para resolver el asunto. Con todo, el CNPC podrá pronunciarse de oficio, en casos calificados.

Las solicitudes y expedientes serán públicos y se mantendrán disponibles en la Secretaría Técnica Regional receptora de la solicitud.

Por último, cabe mencionar que la revocación de una declaratoria y la consecuente supresión del bien del Inventario Nacional del Patrimonio Cultural en Chile, así como la supresión de un elemento del patrimonio cultural inmaterial del mismo Inventario, no conlleva la eliminación del Registro Regional en el que conste su inscripción.

4.7.5. Procedimiento de intervención

Cualquier intervención que se pretenda realizar en un bien de interés cultural deberá ser previamente autorizada por el respectivo CRPC, sin perjuicio de los permisos especiales que deban emitir los organismos competentes.

La solicitud del interesado se ingresará al CRPC que corresponda a través de su Secretaría Técnica Regional, la que certificará su admisibilidad. La podrá ser acompañada de un expediente que contenga todos los antecedentes técnicos que guarden directa relación con el motivo de la solicitud.

Cuando no se acompañe expediente o, habiéndose acompañado, este se considere como inconsistente y/o insuficiente, éste podrá ser elaborado o perfeccionado por la Secretaría Técnica Regional.

Admitida la solicitud y expediente y/o elaborado o perfeccionado que sea éste, la Secretaría Técnica Regional lo pondrá en conocimiento del CRPC para que éste se pronuncie o lo eleve al Consejo Nacional, según corresponda. En el ejercicio de esta competencia, los CRPC deberán actuar coordinadamente y en colaboración con los diferentes órganos de la Administración del Estado.

Se excepcionarán de las autorizaciones de intervenciones sobre un bien de interés cultural, las intervenciones que eventualmente se establezcan en los planes de gestión patrimonial²⁸³.

4.7.6. Procedimiento de oposición

En contra del acta del CNPC en el que conste el acuerdo su pronunciamiento sobre las revocaciones de declaratoria y supresión de bienes y elementos del patrimonio cultural inmaterial del Inventario de Patrimonio Cultural, sobre las incorporaciones de elementos del patrimonio cultural inmaterial en el Inventario de Patrimonio Cultural y la declaración de un bien como de interés cultural, así como acta de acuerdo que adopte el respectivo CRPC del

²⁸³ Esta excepción encontraría su fundamento en que al elaborar los planes de gestión patrimonial se regulan distintos aspectos del patrimonio cultural, incluidas las intervenciones que se pudieran desarrollar en un bien de interés cultural.

Patrimonio Cultural pronunciándose sobre la solicitud de intervención sobre un bien de interés cultural, cualquier interesado podrá formular oposición ante el CNPC o el respectivo CRPC, según corresponda a través de su Secretaría Técnica. Deducida una oposición, se dará traslado de ella al solicitante por un plazo de treinta días.

Los interesados tendrán acceso al expediente y podrán acompañar informes técnicos de expertos que estimen necesarios para defender sus intereses.

El CNPC o el respectivo CRPC podrán solicitar a su Secretaría Técnica mayores antecedentes sobre la materia para resolver la oposición.

En caso de no haberse deducido oposición, o habiéndose resuelto y de no mediar impugnación, se llevará a efecto el acuerdo por la autoridad respectiva.

4.7.7. Mecanismos de impugnación

El Proyecto se encarga de establecer que en defensa de sus derechos, cualquier interesado podrá formular oposiciones ante el CNPC para que se pronuncie sobre las solicitudes de declaratorias, revocatorias, incorporaciones de elementos del patrimonio cultural inmaterial al Inventario del Patrimonio Cultural o la supresión de éstos o bien, ante el respectivo CRPC que haya adoptado acuerdo sobre una solicitud de intervención.

El Proyecto se encarga de asegurar la bilateralidad de la audiencia, al considerar plazos para que las partes evacuen traslado y acceso al expediente correspondiente.

Adicionalmente, en contra de los actos administrativos que lleven a efecto los acuerdos adoptados por los CRPC y el CNPC los interesados podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que se establecen en la ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

En el caso de interponerse recurso jerárquico, el órgano superior de los CRPC será el CNPC y el superior jerárquico de este será el Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

4.8. Infracciones, delitos y sus sanciones

Esta es otra de las modificaciones significativas que introduce el Proyecto, dedicando un título completo a los delitos contra el patrimonio cultural, de lo cual carece la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales.

El Proyecto se encarga de señalar que las disposiciones del Título XIII “De los Delitos contra el patrimonio cultural” se aplicarán a quienes incurran en los hechos que se cometan sobre los bienes de interés cultural, sobre los bienes inherentes a los elementos del patrimonio cultural inmaterial incorporados al Inventario del Patrimonio Cultural en Chile y sobre los bienes a los que se refiere la ley 17.236 que Aprueba normas que favorecen el ejercicio y difusión de las artes, o la norma que lo reemplace.

Analizaremos en primer lugar, la sanción que realiza el Proyecto al tráfico ilícito de bienes culturales; en segundo lugar las infracciones por falta de autorización requerida para la realización de intervenciones en los bienes de interés cultural declarados en sus distintas categorías y por último, la propuesta del Proyecto de incrementar la sanción establecida respecto de los delitos que se indicarán.

El Proyecto se encarga de tipificar y sancionar el tráfico ilícito de bienes culturales, en concreto propone una sanción específica de **presidio menor en sus grados medio a máximo** y una multa que oscila entre 100 a 2.000 UTM, al que sin la debida autorización introdujere al territorio nacional objetos que pertenezcan a colecciones o piezas de un museo extranjero.

Se sancionará al que sin la autorización correspondiente, y por un lugar no habilitado, extrajere del territorio nacional objetos que tuvieran el carácter de bien de interés cultural con **presidio menor en sus grados medio a máximo** y multa de 100 a 2.000 UTM.

Con esta misma pena se sancionará al que con el propósito de extraer del territorio nacional los bienes u objetos que pertenezcan a colecciones o piezas de un museo, los sustrajere del control aduanero ocultándolas o valiéndose de engaño.

Además, se sancionará al que con conocimiento de su origen, comercialice los bienes u objetos que pertenezcan a colecciones o piezas de un museo, con **presidio menor en sus**

grados medio a máximo y multa de 100 a 2.000 UTM. Se entenderá que comercializan quienes vendieren, distribuyere o almacenaren dichos objetos.

El Proyecto se encarga de sancionar al que destruyere, deteriorare o inutilizare un bien que tuviera el carácter de bien de interés cultural, con **pena de presidio menor en su grado máximo** y multa de 100 a 2.000 UTM.

Con la misma pena se sancionará al que sin estar debidamente autorizado, alterare la apariencia de una cosa que tuviera el carácter de bien de interés cultural de modo *considerable y permanente*.

La sanción será menor en el caso de que el valor de la cosa o el costo de reparación no excedan de 5 UF, la sanción será de pena de **presidio menor en su grado medio** y multa de 50 a 100 UTM²⁸⁴.

Lo anterior se establece sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 53 y 54 de la ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el artículo 17 de la ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales²⁸⁵.

Por otro lado, el Proyecto señala que al condenado por los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, robo en lugar no habitado, robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, hurto, hurto agravado, robo y hurto agravados y usurpación, se les impondrá adicionalmente la pena de multa de 10 a 2.000 UTM cuando lo sustraído, apropiado o usurpado fuere una cosa que tuviera el carácter de bien de interés cultural²⁸⁶.

En este caso el Proyecto se encarga de sancionar de manera más gravosa los delitos que indica cuando el bien jurídico del que se trata, sea uno que revistiere el carácter de bien de interés cultural.

²⁸⁴ Este es un caso en el cual el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural tomo un criterio económico para establecer las sanciones aplicables en el caso de infracción o destrucción, deterioro o inutilización de un bien de interés cultural.

²⁸⁵ Relativo a la acción de daño ambiental.

²⁸⁶ En relación a los artículos 433, 436, 438, 440, 442, 443, 446, 447, 456 bis A y 457 del Código Penal.

4.9. Acción popular

Uno de los elementos que conserva el Proyecto de la ley 17.288 es la acción popular y recompensa contenida en el artículo 42 de la Ley Sobre Monumentos Nacionales²⁸⁷.

Al respecto el artículo 59 del Proyecto señala lo siguiente:

*“Habrá **acción popular** para denunciar las infracciones a los títulos III y V de la presente ley las que serán de conocimiento del juzgado de policía local competente en la comuna en que se hubiere cometido la infracción. La denuncia no requerirá patrocinio de abogado habilitado y los afectados e interesados podrán comparecer personalmente. **El denunciante recibirá, como premio, el veinte por ciento del producto de la multa que se aplique, lo que se resolverá, a petición de parte, en la misma sentencia que aplique la multa.**”²⁸⁸.*

El objetivo último de mantener la acción popular y recompensa en el Proyecto, es el de fomentar en la sociedad civil que se denuncien de forma activas las infracciones contra el patrimonio cultural, asegurándose de esta forma que exista un control más amplio sobre la protección y conservación del patrimonio cultural que involucre a la sociedad toda.

4.10. Supervigilancia

El Proyecto se encarga de establecer que recaerá en las Secretarías Técnicas Regionales las labores de supervigilancia del estado de conservación del patrimonio cultural, y desarrollo de las intervenciones que se ejecuten en los bienes de interés cultural; además, junto a la Secretaría Técnica Nacional les corresponderá supervigilar el estado de conservación y las intervenciones que sean susceptibles de afectar los valores universales excepcionales de los bienes de interés cultural que sean Sitios de Patrimonio Mundial. También serán las

²⁸⁷ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 42:

“Artículo 42. Se concede acción popular para denunciar toda infracción a la presente ley. El denunciante recibirá, como premio, el 20 por ciento del producto de la multa que se aplique”.

²⁸⁸ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 59. (*Énfasis agregado*).

encargadas de velar por el cumplimiento de los instrumentos de gestión patrimonial, cuando proceda.

El Proyecto se encarga de imponer un deber de colaboración a los propietarios, ocupantes, poseedores o tenedores de los bienes de interés cultural, quienes deberán facilitar el acceso a los funcionarios para inspeccionar el estado de conservación o el desarrollo de las intervenciones, para dar cumplimiento a su deber de supervigilancia.

Por otro lado, en el ejercicio de la labor de supervigilancia, siempre se deberá informar al sujeto supervigilado de la materia específica objeto de la misma, dejar copia íntegra de las actas levantadas y realizar las diligencias estrictamente indispensables y necesarias al objeto de la supervigilancia.

4.11. Sistema de incentivos

El Proyecto crea una serie de incentivos de carácter tributario para aquellos propietarios de bienes de interés cultural, con el objetivo de que con estas medidas se contribuya a la gestión y protección efectiva de los bienes patrimoniales.

El proyecto propone una exención del impuesto territorial. En la ley 17.288 dicha exención territorial existe respecto de los monumentos históricos que no tengan fines comerciales; mientras que el proyecto de ley los extiende a los bienes raíces declarados como bienes de interés cultural en la categoría inmueble (que incluye a la categoría monumental establecida por el la ley 17.288 de monumentos históricos) que estén destinados a actividades comerciales, y a los bienes raíces destinados a museos debidamente inscritos en el Registro Nacional de Museos del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, en ambos casos con una exención del 50% del impuesto territorial.

Por otro lado, en el Proyecto se establece que los contribuyentes de primera categoría podrán deducir como gasto para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, los desembolsos efectivos asociados a un plan de gestión patrimonial para la mantención, rehabilitación, restauración o conservación de inmuebles de su propiedad, declarados de

interés cultural, de conservación histórica o que estén situados en una zona de interés cultural o zona de conservación histórica, o de museos inscritos en el Registro Nacional de Museos del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural.

Respecto de los contribuyentes afectos a los impuestos global complementario y único de segunda categoría el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural propone que tengan derecho a un crédito contra el respectivo impuesto por un cincuenta por ciento de los desembolsos asociados a un plan de gestión patrimonial para iguales fines y respecto de los mismos inmuebles señalados anteriormente.

Respecto de estos beneficios se especifica que su utilización es incompatible con otros beneficios de la misma naturaleza.

Por último, cabe señalar que el Proyecto se propone incentivar el incremento del Fondo del Patrimonio Cultural por fuentes privadas, mediante la aplicación de la franquicia tributaria establecida para las donaciones con fines culturales, toda vez que se podrán efectuar también donaciones al Servicio Nacional del Patrimonio Cultural con la precisa finalidad que se destinen al Fondo, en cuyo caso se aplicará el procedimiento y deberes de información en relación a las donaciones efectuadas al Servicio Nacional del Patrimonio Cultural como beneficiario de la ley de donaciones con fines culturales.

4.12. Consulta indígena

En el Proyecto se establece que toda medida administrativa que pudiere afectar a los pueblos indígenas y/o tribales se someterá a Consulta Indígena:

“Artículo 39. Toda medida administrativa prevista y adoptada por los consejos o las autoridades competentes en materia de patrimonio cultural en el ejercicio de las funciones y atribuciones de la presente ley, cuya ejecución sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y/o tribales, se someterá a lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en el artículo 13 del

decreto supremo N°66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, o la norma que lo reemplace”²⁸⁹.

Esto permitirá que si hay intervenciones o declaratorias que puedan generar una afectación directa a estas comunidades en su calidad de tales, estas sean revisadas caso a caso y sometidas a la procedencia de consulta indígena.

Con todas estas modificaciones, el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural busca modernizar la institucionalidad del patrimonio cultural vigente en nuestro país, para lo cual propone la creación del CNPC como sucesor del CMN, la creación de los CRPC que desconcentrarán territorialmente al CNPC, la creación de la Secretaría Técnica Nacional como sucesora de la Secretaría Técnica del CMN, y las respectivas Secretarías Técnicas Regionales que asistirán a los CRPC.

También se propone tener una mirada más íntegra del patrimonio cultural, mediante la incorporación del patrimonio cultural inmaterial y la creación de nuevas categorías de protección.

Lo anterior se suma a la propuesta de una serie de instrumentos y mecanismos para hacer más efectiva la protección, conservación y salvaguardia del patrimonio cultural nacional, tal como la creación de los instrumentos de gestión patrimonial, la implementación de los registros culturales, el diseño de delitos en contra del patrimonio cultural y el aumento de las sanciones en caso de afectarse un bien de interés cultural o de incumplir las obligaciones que impone el mismo Proyecto.

²⁸⁹ Proyecto de Ley que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, artículo 39.

CAPÍTULO 5: PROPUESTAS REGLAMENTARIAS

En este capítulo se realizará una breve propuesta reglamentaria, la que consistirá esencialmente en una serie de acápites que consideramos debieran complementar y/o modificar ciertas disposiciones del actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas.

El actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas data de la década del noventa, y a pesar de haber entrado en vigencia hace casi tres décadas, su texto no ha sido modificado ni actualizado; aun cuando la normativa ambiental sí ha variado de conformidad a los cambios en las necesidades sociales, ambientales, técnicas y jurídicas.

Nos parece evidente la necesidad de actualizar el principal cuerpo reglamentario que establece las disposiciones que regulan las intervenciones que se realizan en el patrimonio arqueológico y/o paleontológico ubicado en el territorio nacional, con el objetivo de adecuarlo al ordenamiento jurídico vigente, a los lineamientos planteados por los órganos especializados y, a las prácticas arqueológicas y paleontológicas actuales; de forma tal que se asegure la adecuada protección, conservación y difusión de este componente del patrimonio cultural nacional.

La propuesta reglamentaria contenida en este capítulo abordará el objeto y ámbito de aplicación que a nuestro parecer debiera tener el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, definiciones que dicho reglamento debería incorporar y, por último, una propuesta sobre los tipos de permisos que se exijan para realizar intervenciones en el patrimonio arqueológico y/o paleontológico y condiciones para su otorgamiento.

5.1. Objeto y ámbito de aplicación del reglamento

En el título V “De los Monumentos Arqueológicos y Paleontológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes” de la ley 17.288 Sobre

Monumentos Nacionales, se establece el objeto del Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, a saber: el reglamento regulará la forma en que se otorgarán los permisos de excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico²⁹⁰ y regulará la forma en que se deben distribuir los objetos o especies obtenidas de las excavaciones previamente autorizadas por el CMN.

En este sentido la primera propuesta que nos parece relevante que se incorpore en una futura modificación del actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, consiste en que se cambie la terminología utilizada en el actual Reglamento respecto de su objeto de regulación, en especial, sobre las intervenciones que se realicen en el patrimonio arqueológico y paleontológico.

El actual reglamento establece una serie de disposiciones que rigen las prospecciones y/o excavaciones de carácter arqueológico, antropológicas y paleontológicas en terrenos públicos o privados, lo que le da el nombre al reglamento mismo; no obstante ello, las prospecciones y excavaciones no son las únicas acciones o actividades humanas que pueden tener lugar en este componente medioambiental. En este sentido, el objeto del reglamento debieran ser las *intervenciones* en el patrimonio arqueológico y/o paleontológico. En este mismo sentido, el título del reglamento debiera versar de la siguiente manera: “**Reglamento Sobre Intervenciones de Carácter Arqueológicas y Paleontológicas**”.

El artículo 2 del Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas²⁹¹ incorpora una serie de acciones o actividades humanas, al

²⁹⁰ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 22:

“Artículo 22. Ninguna persona natural o jurídica chilena podrá hacer en el territorio nacional excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, **en la forma establecida por el reglamento.**” (Énfasis agregado).

Artículo 23 de la Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, publicada en el Diario Oficial el 04 de febrero de 1970:

“Artículo 23. Las personas naturales o jurídicas extranjeras que deseen efectuar excavaciones de tipo antro-po-arqueológico y paleontológico, deberán solicitar el permiso correspondiente al Consejo de Monumentos Nacionales **en la forma establecida en el Reglamento.**” (Énfasis agregado).

²⁹¹ Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 2:

“Artículo 2. Para los efectos de los permisos y autorizaciones correspondiente, se entenderá por: **Excavación:** Toda alteración o intervención de un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico, incluyendo recolecciones de superficie, pozo de sondeo, excavaciones, tratamiento de estructuras,

tenor de “*toda alteración o intervención*” dentro de la definición reglamentaria de excavación, cuando desde el punto de vista técnico dichas acciones y actividades tienen diferencias en su naturaleza, finalidad y desarrollo, por lo que sería pertinente que el reglamento trate de forma diferenciada los diversos tipos de intervención, utilizando la terminología y definiciones que correspondan.

Por ejemplo, el actual reglamento se encarga de definir excavación de la siguiente manera:

*“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”*²⁹².

De la disposición citada precedentemente se puede observar que el actual reglamento integra dentro del concepto de excavación expresiones tan amplias como toda alteración o intervención y cualquier manejo que altere el patrimonio arqueológico o paleontológico; y términos más específicos como recolecciones, pozos de sondeo, trabajos de conservación, entre otros, demostrando inconsistencia en la definición que se establece en el reglamento dada por su excesiva amplitud.

Para subsanar dicha inconsistencia, proponemos en primer lugar que se instaure un concepto amplio de intervención que rece de la siguiente forma: “Intervención es toda acción, actividad o ejecución de obras que genere una alteración al patrimonio arqueológico y/o paleontológico.”.

En esta propuesta de definición del término *intervención*, la característica esencial consiste en que para que una acción o actividad que tenga lugar en el patrimonio arqueológico y paleontológico sea considerado como intervención, es que dicha acción o actividad produzca una alteración de este componente sociocultural.

trabajos de conservación, restauración y, en general, cualquier manejo que altere un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico”.

²⁹² Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 2.

Dado que las intervenciones esencialmente producen una alteración en el patrimonio arqueológico y paleontológico, todas éstas requerirán de autorización previa otorgada por el CMN, que fije los lineamientos necesarios para asegurar una mínima intervención en este patrimonio, su debida conservación y protección. Al definir intervención en estos términos se consagra un concepto general de intervención que permite ampliar el ámbito de aplicación del reglamento, y de esta forma velar por la debida protección y conservación del patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

Existen variadas actividades del ser humano que pueden alterar este patrimonio, no únicamente las prospecciones o excavaciones, que son las dos intervenciones que se encarga de regular el actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. Es indispensable que una modificación del reglamento considere la amplitud de intervenciones arqueológicas y paleontológicas existentes.

En este sentido las *intervenciones arqueológicas y/o paleontológicas* abarcan las caracterizaciones, prospecciones, excavaciones y rescates, de carácter arqueológico o paleontológico según corresponda.

Ampliando los tipos de intervenciones que pueden realizarse en este componente sociocultural del medio ambiente, en primer lugar, se amplía el ámbito de aplicación del reglamento y, en segundo lugar, permite que se le dé un tratamiento diferenciado según el tipo de intervención, lo que tiene gran importancia al momento de establecer las condiciones y requisitos para el otorgamiento de los permisos según cada tipo de intervención.

5.2. Definiciones reglamentarias

En armonía con el acápite anterior proponemos que en una futura modificación del Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas se amplíe el catálogo de definiciones contenidas en él. En el actual reglamento

únicamente se encuentran definidos los siguientes conceptos: prospección, excavación, sitios de especial relevancia²⁹³ y operaciones de salvataje²⁹⁴.

Consideramos pertinente efectuar la incorporación de siete definiciones reglamentarias con el objetivo de dotar con un mayor contenido técnico al actual reglamento, en especial en lo que se refiere a definir los tipos de intervenciones que pueden realizarse en el patrimonio arqueológico y/o paleontológico, y de esta forma otorgar mayor certeza jurídica para los titulares que requieran llevar a cabo una intervención en este patrimonio sociocultural²⁹⁵.

Proponemos la incorporación de las siguientes definiciones en una eventual modificación del actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas:

- a. **Caracterización arqueológica y/o paleontológica:** excavación realizada en un sitio arqueológico o en un sitio con potencial paleontológico, según corresponda, con el objetivo de delimitar su extensión geográfica y, definir los componentes culturales que lo conforman.

²⁹³ Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 2:

“Artículo 2°: Para los efectos de los permisos y autorizaciones correspondiente, se entenderá 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;*

Excavación: *Toda alteración o intervención de un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico, incluyendo recolecciones de superficie, pozo de sondeo, excavaciones, tratamiento de estructuras, trabajos de conservación, restauración y, en general, cualquier manejo que altere un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico; y*

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

²⁹⁴ Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 20:

“Artículo 20. Se entenderá por operaciones de salvataje, para los efectos de este reglamento, la recuperación urgente de datos o especies arqueológicas, antropológicas o paleontológicas amenazados de pérdida inminente.”.

²⁹⁵ En la elaboración de la propuesta de las definiciones contenidas en este acápite se utilizaron como base los siguientes documentos:

Guía de Procedimiento Arqueológico, elaborada por el CMN, disponible en: https://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/guia_de_procedimiento_arqueologico_0.pdf; Guía de Informes Paleontológicos, elaborada por el CMN, disponible en: https://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/guia_paleo_0.pdf; Guía Para la Elaboración de Informes de Rescate Paleontológico, elaborada por el CMN, disponible en: https://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/articles-39477_documento_01.pdf; y; el Glosario Conceptual Para Protocolos de Excavaciones y Prospección Arqueológica, Elaborada por el CMN, disponible en: http://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/20170927_acta_sesion_env_obs_def.pdf.

- b. Evaluación arqueológica y/o paleontológica:** Consiste en el levantamiento de información en un área o localidad determinada con la potencialidad de que en dicho espacio o en sus proximidades existan uno o más sitios arqueológicos o paleontológicos. Esta evaluación no constituye una intervención en el patrimonio arqueológico ni paleontológico²⁹⁶.
- c. Excavación arqueológica y/o paleontológica:** Consiste en una remoción controlada de sedimentos de un sitio arqueológico o en un área con potencial paleontológico²⁹⁷, realizada por profesionales del área de la arqueología, con fines y metodología propios de la disciplina arqueológica o por profesionales del área de la paleontología, con fines y metodología propios de la disciplina, según corresponda.
- d. Prospección arqueológica y/o paleontológica:** Consiste en el estudio de la superficie de un área geográfica o localidad, con el fin de descubrir uno o más sitios arqueológicos o la identificación de uno o más yacimientos paleontológicos. Esto puede incluir pozos de sondeo y/o recolección de material en superficie.
- e. Rescate arqueológico y/o paleontológico:** Consiste en la excavación realizada con el objetivo de recuperar total o parcialmente, los bienes arqueológicos y/o paleontológicos que pudieran verse afectados por el desarrollo de una obra o actividad. Puede consistir en la extracción material de los bienes o en el registro completo de aquellos bienes que no sean extraídos materialmente.
- f. Sitio arqueológico:** Es una concentración de restos arqueológicos consistentes en evidencias culturales arqueológicas que cuenta con una concentración alta, y que dan cuenta de la actividad humana desarrollada en el pasado, en el espacio o lugar determinado. Son sitios arqueológicos los agrupamientos de materiales, estructuras

²⁹⁶ Al no ser una intervención propiamente tal, no requeriría de la autorización del CMN para llevarse a cabo. No obstante, no descartamos la posibilidad de que los titulares soliciten voluntariamente al CMN su opinión técnica en el caso de estimarse dicha consulta como un paso necesario para asegurar la protección y conservación del patrimonio arqueológico y/o paleontológico nacional.

²⁹⁷ De conformidad a lo señalado en la Guía de Informes Paleontológicos del Área de Patrimonio del CMN, las unidades geológicas pueden tener distinto potencial paleontológico, vale decir, pueden tener distintas concentraciones de bienes paleontológicos. Según su potencial paleontológico pueden ser: **Estéril** (tienen un potencial paleontológico de bajo a nulo), **susceptible** (tienen un potencial paleontológico bajo a medio, es decir, tienen posibilidad de contener fósiles, aun cuando carecen de antecedentes paleontológicos bibliográficos); y **fosilífera** (potencial paleontológico medio a alto, son aquellas en que previamente se ha reportado su contenido fosilífero).

arquitectónicas, aéreas, subterráneas, caminos, huellas, canales, lugares con arte rupestre, etc.

- g. Yacimiento paleontológico:** Corresponde a una localidad o área geográfica en cuyas rocas o medio se conservan de forma natural, una cantidad significativa de fósiles.

Con esta propuesta de definiciones, se busca en primer lugar definir las intervenciones que pueden ejecutarse en el patrimonio arqueológico y/o paleontológico, a saber; caracterización, excavación, prospección y rescate; intervenciones que pueden tener el carácter de arqueológicas o paleontológicas según el patrimonio cultural en el que se pretendan ejecutar. En segundo lugar, al consagrarse en el reglamento los distintos tipos de intervenciones que pueden tener lugar en el patrimonio arqueológico y/o paleontológico, surge la necesidad de actualizar las disposiciones relativas a los permisos exigidos para ejecutar dichas intervenciones en el patrimonio arqueológico y/o paleontológico, en especial en lo relativo a los tipos de permisos, condiciones y requisitos para su otorgamiento y su vigencia; con esto se otorga a los titulares de los proyectos o actividades mayor certeza jurídica respecto de los tipos de intervenciones y los permisos exigidos para su ejecución.

Por otro lado, al definirse sitio arqueológico se viene a subsanar un vacío existente en la legislación monumental, ya que el término de sitio arqueológico no se encuentra definido en la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales ni en el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, a pesar de ser un término ampliamente utilizado en estos cuerpos normativos.

Por último, al definir yacimiento paleontológico se busca complementar la definición consagrada en el artículo 21 de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, que establece que por yacimiento paleontológico o paleoantropológico se debe entender “*todo lugar donde existan restos de fauna o flora fósiles y restos humanos o de la industria humana, de épocas geológicas pretéritas*”²⁹⁸. En nuestra propuesta preferimos utilizar el concepto de fósiles en

²⁹⁸ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo 21 inciso final:

“Artículo 21. Inc. Final. Se entenderá por yacimiento paleontológico o paleoantropológico todo lugar donde existan restos de fauna o flora fósiles y restos humanos o de la industria humana, de épocas geológicas pretéritas.”

consonancia a una terminología más propia de la disciplina de la paleontología²⁹⁹ y además, se establece como característica relevante del yacimiento paleontológico, que se presente una cantidad *significativa* de fósiles, vale decir, no todo lugar donde existan restos fósiles constituye en el sentido técnico un yacimiento, es necesario que exista una presencia que sea significativa de éstos.

Respecto de la definición de operaciones de salvataje que encontramos en el actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas³⁰⁰, consideramos que este es un concepto que no requiere ser modificado, por cuanto permite cumplir con el objeto por el cual fue establecido, esto es, la recuperación urgente de los datos o las especies arqueológicas, antropológicas o paleontológicas amenazados de pérdida inminente y la cual se pretende evitar, por cuanto se encarga de establecer una serie de profesionales capacitados y autorizados para efectuar las operaciones de salvataje, se consagra además, la obligación de informar al CMN de la intervención que deban realizar, y el destino de los objetos o especies; sumado a la obligación de informar inmediatamente al CMN si a raíz de los trabajos de salvataje se pudiera presumir la existencia de un hallazgo de gran importancia. No obstante, respecto de esta última obligación el actual reglamento establece que serán los arqueólogos los profesionales encargados de efectuar dicha comunicación al CMN, nuestra propuesta considera que esta obligación también debe establecerse respecto de los demás profesionales autorizados para realizar las operaciones de salvataje, vale decir, los arqueólogos, antropólogos y paleontólogos. Al ampliar el catálogo de profesionales obligados a informar al CMN, se asegura que aún en aquellos proyectos o

²⁹⁹ Desde la ciencia de la paleontología se define fósil como cualquier resto o evidencia de vida del pasado geológico, que presente una forma o estructura de origen orgánico o biológico.

³⁰⁰ Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 20:

“Artículo 20. Se entenderá por operaciones de salvataje, para los efectos de este reglamento, la recuperación urgente de datos o especies arqueológicas, antropológicas o paleontológicas amenazados de pérdida inminente.

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 estarán autorizados para efectuar trabajos de salvataje. 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.”

actividades que no cuenten con un arqueólogo, existan otros profesionales que deban cumplir con dicha obligación.

Otro punto importante respecto de las operaciones de salvataje consiste en que la pérdida inminente a la que se refiere el artículo 20 del Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, no debe tener su origen en el desarrollo de una obra o ejecución de un proyecto, sino que la pérdida inminente se debe a factores naturales, como eventos naturales (crecidas de causes de aguas, aludes, etc.), o en las condiciones del terreno que sean desfavorables para la conservación del patrimonio arqueológico y/o paleontológico o que dicho patrimonio se encuentre expuesto en un lugar público sin que se den las condiciones necesarias para su resguardo; son estos casos ante los cuales se permite accionar para evitar una pérdida inminente del patrimonio arqueológico o paleontológico.

Por último, respecto del concepto de sitios de especial relevancia³⁰¹, consideramos que esta definición que no resulta beneficiosa ni útil para asegurar la protección y conservación del patrimonio arqueológico y paleontológico; en primer lugar, porque del término mismo se da a entender equívocamente que existen sitios arqueológicos o paleontológicos que merecen de una mayor protección, que son más importantes o más relevantes. Sumado a lo anterior, le entrega completa discrecionalidad al CMN para definir cuáles son estos sitios de especial relevancia según los criterios de singularidad, potencial de información científica y valor patrimonial.

Es parte de nuestra propuesta que se elimine este término, por cuanto todos los objetos y especies del patrimonio arqueológico y paleontológico son únicos; todos los objetos y especies pueden, en mayor o menor medida tener un potencial de información científico alto, lo cual varía caso a caso³⁰². En definitiva, nuestro planteamiento es que se elimine el término de sitios

³⁰¹ Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 2:

“Artículo 2. Para los efectos de los permisos y autorizaciones correspondiente, se entenderá por:
(...)

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

³⁰² Puede darse que una sola especie fragmentaria tenga mayor potencial de información científica que todo un yacimiento paleontológico o sitio arqueológico, según corresponda.

de especial relevancia, y que en caso de existir sitios o yacimientos paleontológicos que requieran de condiciones específicas para su debida conservación, protección y difusión, sea el CMN el que las establezca al momento de otorgar los permisos de intervención que correspondan.

5.3. Permisos de intervención

Atendido que nuestra propuesta considera incorporar al Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas distintos tipos de intervención, nos parece relevante que una eventual revisión del actual reglamento integre una regulación diferenciada para cada tipo de permiso. Por ello proponemos que se regulen los siguientes tipos de permisos: permisos de prospección, permisos de caracterización, permisos de excavación y permisos de rescate.

- a. Permisos de prospección:** corresponde a aquellas autorizaciones que deben solicitarse previamente al CMN en aquellos casos en que se requiera estudiar la superficie de un área geográfica con el objeto de descubrir uno o más sitios arqueológicos o la identificación de uno o más yacimientos paleontológicos.

La prospección puede realizarse en el área del proyecto, no obstante, dado que su objeto es el de descubrir uno o más sitios arqueológicos o la identificación de uno o más yacimientos paleontológicos, consideramos que al efectuar la solicitud al CMN sería conveniente considerar un área más extensa de intervención.

Las prospecciones arqueológicas y paleontológicas no permiten detectar la mayoría de los sitios arqueológicos o yacimientos paleontológicos que se pudieran ver afectados por la ejecución de una obra, actividad o proyecto, por lo que sería útil para velar por la protección de este patrimonio, que se incorpore durante la ejecución de la obra, actividad o proyecto, un seguimiento arqueológico y/o paleontológico, que consiste en la presencia de un profesional de la disciplina arqueológica o paleontológica durante la fase de ejecución. Este seguimiento permitiría detectar la presencia de potenciales yacimientos paleontológicos o sitios arqueológicos que no pudieron ser detectados en fases anteriores, por ejemplo, por hallarse en profundidades que sólo fueron accesibles

durante la ejecución de la obra, proyecto o actividad su protección y eventual recuperación.

- b. Permisos de caracterización:** corresponde a los permisos que deben solicitarse previamente cuando se requiera ejecutar excavaciones en el terreno donde se hubiere detectado la presencia de sitios arqueológicos o sitios con potencial paleontológico con el objeto de delimitar su extensión geográfica y definir los componentes culturales que lo conforman.

Los permisos de caracterización son necesarios en aquellos casos en los sitios arqueológicos o sitios con potencial paleontológico que hubiesen sido detectados, se puedan ver afectados por el desarrollo de obras en dicho terreno. Lo anterior se traduce en que los permisos de caracterización se otorgarán únicamente para el área en que se enmarque el proyecto, aun cuando la extensión del sitio arqueológico o sitios con potencial paleontológico sea o pueda ser mayor al área del proyecto³⁰³.

Los permisos de caracterización son importantes para la conservación y protección del patrimonio arqueológico y paleontológico por cuanto permiten establecer primeramente su extensión, y con esta información, proponer las medidas de protección real de este patrimonio que fueren necesarias.

Una vez realizada la caracterización se deberá analizar si corresponde efectuar el rescate de los objetos o especies encontradas, ya sea mediante recolecciones y/o registro completo de aquellos bienes que no sean extraídos materialmente. En estos casos se deberá solicitar el permiso de rescate al CMN.

- c. Permisos de excavación:** Son aquellas autorizaciones que se deben solicitar previamente al CMN en los casos en que se deba realizar una remoción controlada de sedimentos en sitio arqueológico o en un yacimiento paleontológico. Al tratarse de una intervención de mayor complejidad, que puede afectar en mayor medida al patrimonio arqueológico y paleontológico, es importante que la metodología a utilizar se encuentre previamente autorizada por el CMN.

- d. Permisos de rescate:** Son las autorizaciones que se deben solicitar previamente al CMN para llevar a cabo excavaciones y/o labores de recuperación de información del

³⁰³ Guía de Procedimiento Arqueológico, elaborada por el CMN, disponible en: https://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/guia_de_procedimiento_arqueologico_0.pdf. P. 11.

contexto, recuperación material de bienes arqueológicos o paleontológicos, o registros completos de sitios arqueológicos o yacimientos paleontológicos y sus componentes. Estos permisos deberán solicitarse en aquellos casos en que el desarrollo de una obra o ejecución de un proyecto o actividad pudiera afectar el patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

Respecto de las operaciones o trabajos de rescate es importante señalar que existe un tipo especial de rescate consistente en el **registro de rasgos inmuebles**, que consiste en un registro de aquellos rasgos arqueológicos o paleontológicos mediante instrumentos y metodología propios de estas disciplinas. Tienen lugar cuando no es posible efectuar una extracción de estos bienes, por ejemplo, en el caso de huellas troperas, construcciones inmuebles de gran tamaño, etc. Por regla general, para efectuar este registro no se necesitaría de un permiso del CMN, a no ser que se efectúen excavaciones para la elaboración de los registros o para tomar muestras de los materiales o sedimentos o un eventual traslado³⁰⁴.

El objetivo principal de estas labores o trabajos de rescate es el de compensar la pérdida de información científica del patrimonio arqueológico y/o paleontológico en aquellos sitios que sean afectados parcial o totalmente por el desarrollo de una obra o ejecución de un proyecto o actividad.

Nos parece importante que el CMN al momento de otorgar los diferentes permisos de intervención en el patrimonio arqueológico y paleontológico, tenga a la vista los fines de dichas intervenciones, los cuales pueden ser intervenciones con fines de investigación, puesta en valor, recuperación y conservación.

Así por ejemplo, podemos hablar de aquellas intervenciones arqueológicas y/o paleontológicas con fines de investigación aquellas que se realicen con la finalidad de producir conocimiento científico y/o académico. Por otro lado, serán intervenciones arqueológicas y/o paleontológicas con fines de puesta en valor aquellas intervenciones que tengan por objetivo principal la difusión del patrimonio arqueológico y/o paleontológico, y el acercamiento y acceso a la comunidad, con el propósito de facilitar el conocimiento y disfrute de dicho

³⁰⁴ Guía de Procedimiento Arqueológico, elaborada por el CMN, disponible en: https://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/guia_de_procedimiento_arqueologico_0.pdf. P. 13.

patrimonio. Serán intervenciones arqueológicas y/o paleontológicas con fines de recuperación aquellas que se realicen con el objetivo inmediato de evitar una destrucción, ya sea total o parcial, de este patrimonio como consecuencia de la ejecución de actividades u obras en el área. Por último, serán intervenciones con fines de conservación aquellas que tengan como finalidad su ejecución para la protección, restauración y conservación propiamente tal del patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

Lo anterior tiene relevancia al momento de que el CMN se encargue de establecer las condiciones y medidas que deben cumplir y ejecutar los titulares de los permisos al momento de su otorgamiento y durante la vigencia del mismo, de forma tal que conste en los permisos que entregue el CMN todos los elementos y condiciones necesarias para velar por la debida protección, conservación, difusión y estudio del patrimonio arqueológico y paleontológico.

Proponemos que se actualice la duración de los permisos establecida en el actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, el cual dispone que los permisos tendrán una vigencia de 5 años, pudiendo renovarse por períodos iguales y sucesivos³⁰⁵.

Nuestra propuesta está dirigida a que se distinga entre aquellos permisos que se entregan en el marco de un proyecto o actividad que debe ingresar el SEIA, es decir, un PAS al tenor de lo dispuesto en el artículo 132 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental³⁰⁶, de aquellos se enmarcan en un proyecto o actividad que no debe ingresar al SEIA.

³⁰⁵ Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículo 11:

“Artículo 11. Los permisos tendrán una vigencia de 5 años y podrán renovarse por períodos iguales y sucesivos.”.

³⁰⁶ Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, artículo 132:

“Artículo 132. Permiso para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico. El permiso para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico, será el establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 17.288, sobre monumentos nacionales.

El requisito para su otorgamiento consiste en proteger y/o conservar el patrimonio cultural de la categoría monumento arqueológico, incluidos aquellos con valor antropológico o paleontológico.

Los contenidos técnicos y formales que deben presentarse para acreditar su cumplimiento son los siguientes:

a) Identificación y descripción general de los sitios arqueológicos o de los yacimientos paleontológicos.
b) Descripción de las partes, obras y acciones que puedan afectar los sitios o yacimientos.

En el caso de los primeros, proponemos que la duración de estos permisos se sujete a la duración de los trabajos requeridos y aprobados por el CMN para asegurar la protección y conservación del patrimonio arqueológico y paleontológico; una vez cumplidos estos trabajos, deberá caducar el permiso. Respecto de aquellos proyectos o actividades que no deban ingresar al SEIA, proponemos que la duración de los permisos tenga relación con la duración de los proyectos específicos dentro de los que se enmarquen, estableciéndose un tope de 5 años, siempre manteniéndose la opción de que los titulares soliciten la prórroga del permiso por causas que se encuentren debidamente justificadas.

Una última modificación que consideramos importante se incorpore en una eventual actualización del Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, versa sobre la aplicación de una sanción para aquellos titulares de permisos de intervenciones o PAS concedidos por el CMN, cuando se comprobare que los titulares han dado mal uso a los objetos o especies obtenidos producto de estas intervenciones o se ha dispuesto de éstos de forma diferente a la autorizada de conformidad a la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales y el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas; esta sanción consistiría en primer lugar, en la revocación del permiso por parte del CMN y en segundo lugar, que no se otorgue por el CMN un nuevo permiso de intervención en el patrimonio arqueológico o paleontológico a los investigadores que hubieren dado mal uso o destinado de una forma diferente a la autorizada el patrimonio arqueológico y/o paleontológico³⁰⁷.

En el caso de que los titulares hubieren dado mal uso a los objetos o especies y de ello se haya producido la pérdida o daño en dichas especies u objetos³⁰⁸; o en caso de que el titular haya

-
- c) *Caracterización superficial y estratigráfica de los sitios o de los yacimientos.*
 - d) *Descripción general de los tipos de análisis a realizar a los materiales recuperados.*
 - e) *Propuesta de conservación de los materiales en terreno, laboratorio y depósito.*
 - f) *Plan de traslado y depósito final de los materiales recuperados.*
 - g) *Medidas de conservación de los sitios o yacimientos, si corresponde.”*

³⁰⁷ Esta sanción se encuentra contemplada en el artículo 15 del actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas respecto de la caducidad de los permisos cuando el titular no haga entrega los informes exigidos por el CMN: “...*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.*” (énfasis agregado).

³⁰⁸ En este caso no hablamos de daño ambiental, sino del daño material que se pudiera haber ocasionado a los objetos o especies arqueológicas o paleontológicas, que tengan una relación de causalidad con el mal uso del titular del permiso.

dispuesto de los objetos o especies de una forma diferente a la autorizada por el CMN, proponemos que la sanción tenga una duración de 5 años³⁰⁹.

Esta sanción tiene a nuestro parecer una doble función, por un lado se castiga la conducta negligente o dolosa del titular de un permiso y; además, se establece como una garantía de que los mismos profesionales que incurrieron en una conducta negligente o dolosa, no tendrán nuevos permisos de intervención, por ende no estarán a cargo de estas intervenciones, sino que los permisos se otorgarán a profesionales que aseguren la debida protección y conservación del patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

5.4. Tenencia y custodia

El actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas se encarga de regular la forma en que se distribuirán los objetos y especies obtenidas de las excavaciones y prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas. Al respecto señala que estos objetos y especies pertenecen al Estado; su tenencia será asignada por el CMN a aquellas instituciones que permitan asegurar su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio, dándose prioridad a los Museos regionales. Por último se establece que el CMN deberá entregar al Museo Nacional de Historia Natural una colección representativa de los objetos y especies obtenidas de las excavaciones y prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas³¹⁰. En el actual reglamento se establece una preferencia al Museo Nacional de

³⁰⁹ En el artículo 15 del Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas se establece que la sanción consistente en el no otorgamiento por parte del CMN de un nuevo permiso, se mantendrá mientras el investigador negligente no acredite el cumplimiento de la obligación (entregar los informes al CMN). En nuestra propuesta, en el caso de que el incumplimiento consista en haberse dispuesto de los objetos o especies en forma diferente a la autorizada por el CMN, y de ello no se haya producido la pérdida o daño en dichas objetos o especies, planteamos que si el titular revierte esta situación y da cumplimiento al depósito y destino de los objetos y especies en la forma originalmente autorizada por el CMN, por ende, acreditándose el cumplimiento de dicha obligación, el CMN se encuentre facultado para otorgar los permisos de intervención que correspondan al titular.

³¹⁰ Decreto Supremo N° 484 del Ministerio de Educación, que Aprueba el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, artículos 21 y 22:

“Artículo 21. Los objetos, especies procedentes de excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, pertenecen al Estado. Su tenencia será asignada por el Consejo de

Historia Natural y a los Museos regionales, por cumplir a priori, con los requisitos necesarios para asegurar la conservación, exhibición y estudio del patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

Nuestra propuesta de modificación al actual reglamento postula que se incorpore formalmente a las comunidades indígenas como organizaciones habilitadas para asignarles la tenencia y administración de los objetos o especies que provengan de intervenciones de carácter arqueológicas, por cuanto existe entre las comunidades indígenas y este patrimonio una relación intrínseca, para varias comunidades indígenas los sitios arqueológicos son parte de su presente, de su vida cotidiana y su cosmovisión³¹¹, siendo importante para la resignificación del patrimonio arqueológico mismo y el respeto a la identidad de las comunidades indígenas. A lo anterior se suma que el relato y participación de las propias comunidades es un aporte significativo para la investigación y generación de conocimiento a partir de los restos o sitios arqueológicos³¹², para difusión y acercamiento a la sociedad toda, evitando que se haga un mal uso y abuso de las manifestaciones culturales propias de los pueblos originarios.

Por último, resulta importante señalar que la institucionalidad patrimonial actual se ha visto ampliamente sobrepasada para gestionar efectivamente el patrimonio cultural nacional, en términos burocráticos y económicos³¹³.

Monumentos Nacionales a aquellas instituciones que aseguren su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio.

En todo caso, 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.”.

“Artículo 22. El Museo Nacional de Historia Natural es el centro oficial para las colecciones de la ciencia del hombre en Chile.

En consecuencia y sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, 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.”.

³¹¹ URIBE, Mauricio y ADAN, Leonor. “Arqueología, Patrimonio Cultural y Poblaciones Originarias: Reflexiones desde el Desierto de Atacama”. Chungará (Arica) [online]. 2003, vol.35, n.2. Pp. 295-304. [en línea] [consultado el: 14 de marzo de 2020]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-73562003000200009&lng=es&nrm=iso.

³¹² La disciplina de la arqueología no estudia únicamente los restos, sino además considera el contexto histórico y social, las comunidades indígenas pueden nutrir esta generación de conocimiento y puesta en valor del patrimonio arqueológico.

³¹³ URIBE & ADAN. Op. Cit. 295-304.

Esta tenencia tendría que cumplir al menos, los siguientes requisitos mínimos: que exista entre la comunidad indígena y el sitio u objetos arqueológicos una relación comprobable, que dicha comunidad cumpla con las condiciones para asegurar la debida y efectiva conservación del patrimonio arqueológico del que se trate, su difusión y el fácil acceso a los profesionales para su estudio, debiendo establecerse entre los actores civiles y las comunidades indígenas una relación de respeto y reconocimiento mutuo.

Somos conscientes de que las comunidades indígenas podrían no tener los recursos para cumplir con estos requisitos, por lo que cobra mayor relevancia que se establezca un financiamiento estatal para estos proyectos, y que exista una intervención más activa Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) en coordinación con el CMN.

A modo de ejemplo podemos señalar el caso de la comunidad en San Pedro de Atacama, donde las propias comunidades indígenas, asesoradas por la CONADI y el CMN administran sitios arqueológicos que son de interés turístico, lo que ha significado no sólo una mejor forma de resolver los conflictos entre las comunidades indígenas y la institucionalidad, sino que se ha traducido en una mayor y más efectiva protección del patrimonio arqueológico³¹⁴.

Otra de las modificaciones que nos parece importante se incorpore al actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas consiste en se establezca expresamente que en caso de incumplirse con las medidas de conservación de los objetos y especies de carácter arqueológico y/o paleontológico, y a raíz de ello se produzca un daño o pérdida significativa de dichas especies, el CMN tenga la atribución de decomisar dichos objetos y especies³¹⁵.

5.5. De la competencia

Una de las últimas consideraciones que nos parece importante se aborde en una eventual modificación del actual Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones

³¹⁴ CABEZA MONTEIRA. Op. Cit. P. 9.

³¹⁵ El decomiso es una sanción que se encuentra establecida en los artículos 22 y 23 la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales a propósito de las excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico, que se hubieren realizado sin haber obtenido previamente autorización del CMN.

Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas, radica en la competencia del órgano jurisdiccional para conocer y fallar el asunto sometido a su conocimiento³¹⁶.

El año 2012 se publicó y promulgó la ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales, siendo estos los órganos jurisdiccional especial cuya función es la de resolver las controversias medioambientales y demás asuntos que la ley someta a su conocimiento³¹⁷. En el artículo 17 de dicho cuerpo legal se establece la competencia de los Tribunales Ambientales, en lo que nos importa, en el numeral 9 de dicho artículo se consagra de forma general que la competencia de estos tribunales se extiende para conocer de los demás asuntos que señalen las leyes³¹⁸.

A su vez, el artículo 44 de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales señala que las multas que se establecen en este cuerpo normativo, con excepción de aquellas que se disponen en el artículo 38 (daño a un monumento nacional o afectación de su integridad, materia de competencia penal), serán aplicadas por el Juez de Letras en lo Civil que corresponda según el lugar de la infracción³¹⁹. Es importante señalar que este cuerpo normativo data desde hace mucho antes de la creación de los tribunales ambientales.

Nuestra propuesta atiende a que, habiéndose creado un órgano jurisdiccional especializado para resolver controversias de carácter ambiental y, estando más capacitados para conocer y fallar estos asuntos, es indispensable que se modifique la actual ley sobre Monumentos Nacionales, de forma tal, que este texto legal le entregue a los Tribunales Ambientales la competencia para conocer y resolver los asuntos que versen sobre el

³¹⁶ Desde ya se hace presente, que primeramente debe modificarse el principal cuerpo normativo que se encarga de regular el patrimonio cultural en nuestro país, es decir, la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, y que esta modificación se vea reflejada en una futura actualización del Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas.

³¹⁷ Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales, artículo primero:

“1°. Concepto. Los Tribunales Ambientales son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.”.

³¹⁸ Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales, artículo 17 N° 9:

*“Artículo 17. Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:
9) Conocer de los demás asuntos que señalen las leyes.”.*

³¹⁹ Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, artículo:

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

patrimonio cultural nacional, incluyendo de todas maneras aquellos que versen sobre el patrimonio arqueológico y/o paleontológico, y las infracciones a la ley 17.288 y al Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas.

CAPÍTULO 6: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este capítulo se efectuará un análisis de la jurisprudencia nacional con el objetivo de revisar y/o reconstruir los criterios jurisprudenciales a través de los cuales los órganos jurisdiccionales se han encargado de hacer efectiva la protección del patrimonio arqueológico y/o paleontológico nacional.

La jurisprudencia escogida es aquella que versa principalmente sobre un conflicto jurídico que se refiere esencialmente a la posible afectación, y en algunos casos daño al patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

En este apartado se analizarán las sentencias que resuelven recursos de protección, acciones de daño ambiental, acciones de reparación e indemnización por daño ambiental y reclamaciones que contengan criterios o indiquen ciertos lineamientos sobre la valorización y protección del patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

6.1. ACCIONES DE PROTECCIÓN

En un primer apartado, analizaremos cinco sentencias de las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones y de la Excelentísima Corte Suprema, que resuelven la acción de protección –y su apelación- en aquellos conflictos que han sido sometidos a su conocimiento para dar protección directa o indirectamente al patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

Los criterios esgrimidos por los tribunales superiores de justicia sobre el patrimonio arqueológico al momento de resolver los recursos de protección han sido principalmente dos: el de legitimación activa de los recurrentes y la naturaleza cautelar de la acción de protección.

a. “Caso Rally Dakar” ^{320 321}

En el año 2013 la Fundación Patrimonio Nuestro, interpuso acción de protección en contra del Subsecretario del Ministerio de Deportes, por la realización de la competencia de vehículos motorizados *Rally Dakar* en su versión del año 2014, fundándose en que durante la realización de las versiones anteriores de la competencia de vehículos motorizados *Rally Dakar* en nuestro país, se habrían producido afectaciones al patrimonio arqueológico nacional; alegaron que existe una grave amenaza al patrimonio arqueológico, afectándose con ello su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Solicitaron que se acoja el recurso de protección, declarándose que el recorrido de la competencia *Rally Dakar* en el tramo que atraviesa parte del Desierto de Atacama, se encuentra obligado a cumplir de forma íntegra los requerimientos efectuados por el CMN efectuados con el objetivo de proteger el patrimonio arqueológico nacional, y que se ordene que dicha actividad se someta al SEIA.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, analizó en primer lugar, la legitimación activa de los recurrentes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la CPR. Al respecto señala que para la procedencia de la acción de protección:

*“se exige que sea el titular del derecho o garantía que requiere de protección, quien la deduzca, y en el caso que lo haga un tercero a nombre de otro, es este último el que debe detentar la calidad de personalmente afectado con la acción u omisión arbitraria o ilegal que lo motiva”*³²².

En lo que nos importa la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago establece un claro criterio sobre la legitimación activa en materia de patrimonio arqueológico:

“...es claro que las entidades llamadas a accionar respecto de monumentos nacionales, históricos o arqueológicos son el Consejo de Monumentos Nacional o, en último término, el Consejo de Defensa del Estado. Ello, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1 y 21 de la Ley N° 17.288, de los cuales resulta que los monumentos

³²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 8939-2013, 02 de agosto de 2013.

³²¹ Corte Suprema, Tercera Sala. Rol N° 7677-2013, 03 de enero 2014.

³²² Op. Cit. Considerando tercero, fallo de primera instancia.

nacionales son propiedad del Estado y su tuición y protección corresponde al Consejo de Monumentos Nacionales”³²³.

En consideración de este criterio, la Corte de Apelaciones resolvió que, atendido que los recurrentes no demostraron tener la calidad de personalmente afectados con la acción u omisión arbitraria o ilegal; sumado a que son los organismos del Estado, específicamente el CMN y el CDE a quienes les corresponde la tuición y protección de los monumentos nacionales, los encargados de accionar el aparataje judicial en las materias que versen sobre los monumentos nacionales; la acción de protección en este caso no puede prosperar por carecer los recurrentes de la legitimación activa para que proceda esta acción.

No obstante haberse descartado que los recurrentes detenten de legitimación activa para interponer la acción de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago prosigue con el análisis de los demás requisitos que hacen procedente la acción de protección; en este sentido indica lo siguiente:

“En consecuencia, para la procedencia del recurso interpuesto se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se compruebe la existencia de la acción reprochada; b) Que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa acción; c) Que de la misma se siga directo e inmediato atentado contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía; y, d) Que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección pedida”³²⁴.

Respecto de la existencia de la acción reprochada, la Corte estimó que la acción interpuesta se fundaba sobre la base de algunas conductas futuras e inciertas, por lo que no se configuraba una afectación real al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Lo anterior, sumado a la falta de legitimación activa para interponer la acción de protección, llevó a la Corte de Apelaciones de Santiago a rechazar la acción de protección.

Los recurrentes apelaron el fallo de primera instancia; en esta oportunidad se sumaron como terceros coadyuvantes, el Colegio de Arqueólogos de Chile y la Sociedad Chilena de Arqueología. Fundaron su apelación principalmente en que, con la realización de la

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ *Op. Cit.* Considerando cuarto, fallo de primera instancia.

competencia de vehículos motorizados *Rally Dakar* desde el año 2009, se ha dañado gravemente el patrimonio arqueológico del país, generándose la destrucción de información de carácter invaluable para la reconstrucción, conocimiento y difusión de la prehistoria chilena. Agregan que la realización de esta competencia en su versión del año 2014, constituye una grave amenaza para la integridad del patrimonio arqueológico; lo que a su juicio los privaría del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Solicitan que se declare que el recorrido de dicha competencia está obligado a cumplir íntegramente con los requerimientos del CMN para salvaguardar el patrimonio arqueológico y, que dicha actividad se someta al SEIA.

La Excelentísima Corte Suprema analiza primeramente la legitimación activa de los recurrentes y los terceros coadyuvantes. Señala que el recurso de protección no constituye una acción popular, por lo que debe demostrarse por quien la impetra, un interés jurídico en su resultado. Agrega que, los recurrentes que han invocado como garantía constitucional afectada el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación “*sin que hayan demostrado un interés directo e inmediato en la protección de la garantía que invocan, razón por la cual carecen de legitimación activa para interponer este recurso de protección*”³²⁵.

Respecto de la legitimación activa de los terceros coadyuvantes, atendido su carácter accesorio, al carecer de legitimación activa los recurrentes, tampoco la tienen los que intervinieron como terceros coadyuvantes.

Habiéndose resuelto por la Corte Suprema que no se cumple con el requisito de la legitimación activa, omite el pronunciamiento sobre las demás alegaciones; y resuelve confirmar la sentencia de primera instancia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que rechaza la acción de protección interpuesta.

Del análisis de los fallos de primera y segunda instancia, se desprende el siguiente criterio en materia de protección del patrimonio arqueológico:

- i) **Legitimación activa:** Los llamados a accionar el aparato judicial respecto del patrimonio arqueológico, son en primer lugar, el CMN que es a quien la ley le

³²⁵ Op. Cit. Considerando tercero, fallo de segunda instancia.

otorga la tuición de los monumentos nacionales y; en último término el Consejo de Defensa del Estado, por cuanto es el órgano a quien le corresponde la defensa judicial del Estado, en tanto los monumentos arqueológicos son propiedad de este último. Sumado a que debe demostrarse un interés directo e inmediato en la protección de la garantía que invocan.

b. “Caso Rally Dakar con comunidades indígenas”³²⁶

Comparecen doña A.M., doña A.S. y don A.L., indígenas aimaras y quechuas, miembros de la Mesa Ejecutiva de la Organización de Pueblos Originarios, la Consejera del Área de Desarrollo Indígena Jiwasa Oraje y el Presidente de la Asociación Indígena de Agricultores Lay Lay de Calama y miembro de la Comisión de Resguardos de Sitios Arqueológicos del Consejo Autónomo Ayllu Sin Fronteras, el Colegio de Arqueólogos de Chile y la Fundación Patrimonio Nuestro, e interponen acción de protección en contra del Ministro de Deportes por la realización de la competencia de vehículos motorizados *Rally Dakar*. Se fundan en que durante la realización de las versiones anteriores de esta competencia se ha ocasionado graves daños al patrimonio arqueológico nacional. Agregan que se ha solicitado insistentemente y de forma previa al desarrollo de la competencia *Rally Dakar*, evaluaciones de carácter arqueológico y paleontológico por parte del CMN, las cuales no se han cumplido; como tampoco se habrían implementado las medidas de resguardo tendientes a proteger el patrimonio arqueológico, lo cual constituye una amenaza grave para este componente cultural; lo anterior les ha significado una conculcación de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la igualdad ante la ley (derecho que se estima vulnerado por cuanto no se realizó la consulta indígena) y, por último, el derecho al libre ejercicio y manifestación de todos los cultos.

Los recurrentes solicitan que se declare que el recurrido se encuentra en la obligación de cumplir con los requerimientos del CMN para resguardar el patrimonio arqueológico ante los impactos del *Rally Dakar*, que esta actividad se someta al SEIA y que, previa consulta indígena se ejecuten las medidas especiales de protección a los derechos conculcados.

³²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 538-2014, 17 de junio de 2014.

La Corte de Apelaciones de Santiago analiza en primer lugar, la legitimación activa de los recurrentes, señalando que para la procedencia del recurso de protección se:

“...exige que sea titular del derecho o garantía que requiere de protección, quien lo deduzca, y en el caso que lo haga un tercero a nombre de otro, es este último el que debe detentar la calidad de personalmente afectado con la acción u omisión arbitraria o ilegal que lo motiva”³²⁷.

A juicio de la ilustrísima Corte de Apelaciones, lo anterior no se cumpliría en el caso en concreto, pues *“los actores no han demostrado tener esta calidad dado que no han acreditado un interés directo e inmediato en la protección de la garantía, y ello por cuanto la legitimación se vincula con la titularidad de la situación controvertida en el proceso”³²⁸.*

Agrega que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° y 21° de la Ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales, la tuición y protección de los lugares o sitios arqueológicos que pudieren verse afectados con la realización del *Rally Dakar* corresponde al CMN:

“...la tuición y protección de los lugares o sitios arqueológicos, que según los recurrentes pudieran verse afectados con la carrera, debe ejercerse por el Consejo de Monumentos Nacionales”³²⁹.

Por otro lado, la Corte señala que el petitorio de los recurrentes se aparta diametralmente de la naturaleza cautelar de la acción de protección al solicitar que por esta vía se declare que la competencia ingrese al SEIA:

“... que la acción de que se trata genera un proceso de emergencia, rápido, precisamente para reestablecer prontamente el imperio del derecho, fisonomía que se aparta totalmente al examinar el petitorio planteado por los recurrentes en su libelo, que excede latamente la naturaleza cautelar, al pretender por esta vía se declare que el Rally Dakar ingrese al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”³³⁰.

³²⁷ Op. Cit. Considerando octavo.

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ Op. Cit. Considerando noveno.

³³⁰ Op. Cit. Considerando décimo.

Atendidos los fundamentos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en los párrafos precedentes, resuelve rechazar la acción de protección interpuesta en contra del Ministro de Deportes por la realización de la competencia de vehículos motorizados *Rally Dakar*. Este fallo no tuvo apelación ulterior, encontrándose la sentencia ejecutoriada.

Del análisis de este fallo se desprenden los siguientes criterios en materia de protección del patrimonio arqueológico:

- i) **Legitimación activa:** La tuición y protección del patrimonio arqueológico le corresponde al CMN, es este organismo quien detenta la titularidad de las acciones para poner en movimiento el aparato judicial para la protección de este componente ambiental.
- ii) **Naturaleza cautelar de la acción:** La acción de protección es esencialmente una acción de naturaleza cautelar, por lo que, la solicitud vía acción de protección de que una determinada actividad o proyecto ingrese al SEIA, excede latamente la naturaleza cautelar de la acción de protección, que se caracteriza por ser un proceso de emergencia, rápido y cuya finalidad es reestablecer prontamente el imperio del derecho.

c. “Caso de la Piedra Tacita” ³³¹ - ³³²

Comparecen vecinos del sector Paso Hondo de Quilpué quienes interponen acción de protección en contra de la Inmobiliaria Vista Sol S.p.A. e Inmobiliaria El Mirador S.A., fundando su recurso en que a raíz de la inminente construcción de dos proyectos inmobiliarios a emplazarse en el sector han visto amenazado y perturbado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Señalan como omisiones ilegales parte de las recurridas, el hecho de que éstas últimas no han dado cumplimiento a la normativa ambiental, esto en tanto no se han ingresado los proyectos inmobiliarios al SEIA. Solicitan que se acoja la acción de protección ordenando la suspensión de las obras de construcción de los proyectos inmobiliarios, en tanto no cumplan con las siguientes medidas: ambos proyectos ingresen al

³³¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 6943-2019, 27 de febrero de 2020.

³³² Corte Suprema, Tercera Sala. Rol N° 27564-2020, 15 de mayo de 2020.

SEIA, cuenten con un plan de manejo aprobado por la CONAF y, se adopte cualquier otra medida que se estime necesaria para reestablecer el imperio del derecho.

La argumentación de los recurrentes gira en torno a dos ejes centrales, el primero de ellos versa sobre la tala ilegal de bosque nativo en el sector; el segundo de ellos señala que el emplazamiento de uno de los proyectos inmobiliarios coincide con la ubicación de un sitio de interés arqueológico, donde se encuentra la pieza arqueológica denominada Piedra Tacita Paso Hondo³³³.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso analiza primeramente las omisiones en las que se funda la acción de protección: i) la inobservancia de la legislación ambiental (por no ingresar los proyectos al SEIA) y; ii) el proyecto Condominio de Paso Hondo se emplaza en un sitio de interés arqueológico, en la denominada “*Piedra Tacita Paso Hondo*”.

Respecto del primer punto, la Corte señala que ambos proyectos efectivamente ingresaron al SEIA, por medio de consulta de pertinencia, agrega que este es el instrumento de carácter preventivo que permite a la autoridad ambiental, antes de la ejecución de un proyecto o actividad, determinar si cumple con las obligaciones ambientales; por último, señala que le corresponde al SEA pronunciarse sobre dicha consulta de pertinencia, por lo que la Corte de Apelaciones rechaza este primer punto en que se funda la acción de protección.

Respecto del segundo punto, la Corte de Apelaciones señala que si bien el CMN sostiene que existe una alta probabilidad de presencia de monumentos arqueológicos en el área donde se emplazarían los proyectos, se estima que “*del mérito de los antecedentes incorporados a los autos, no es posible constatar fehacientemente la existencia de un monumento de ese tipo en los proyectos de las recurridas*”³³⁴.

Por último, el tribunal se encarga de señalar que los recurrentes pueden realizar la denuncia correspondiente ante la SMA, quien tiene la competencia exclusiva de la facultad sancionatoria en materia ambiental.

³³³ Sólo nos referiremos a los argumentos esgrimidos sobre este segundo punto, por cuanto el objeto de nuestro trabajo tiene relación con el patrimonio arqueológico.

³³⁴ Op. Cit. Considerando doceavo, fallo de primera instancia. (*Énfasis agregado*).

En consonancia con estos argumentos, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza la acción de protección por encontrarse las omisiones denunciadas como ilegales por los recurrentes, bajo el amparo del derecho.

El fallo pronunciado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Valparaíso fue apelado por los recurrentes. En lo que nos importa respecto del patrimonio arqueológico, en el conocimiento de esta apelación, la Corte Suprema señala que de conformidad a lo informado por el CMN la piedra tácita corresponde a una pieza arqueológica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 17.288 Sobre Monumentos Nacionales; agrega que del análisis realizado en terreno por el CMN, es presumible que dicha pieza arqueológica se encuentre vinculada a otras ocupaciones arqueológicas de carácter similar, o bien a otro tipo de sitios arqueológicos, como áreas de habitación. En este sentido, la *Piedra Tacita* podría dar cuenta de un área de ocupación prehispánica mayor, existiendo alta probabilidad de presencia de Monumentos Arqueológicos en el área en el cual se emplazan los proyectos inmobiliarios referidos en el recurso.

A partir de lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema concluye que:

“...la construcción de los proyectos representa una amenaza al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en su ámbito referido al patrimonio cultural y arqueológico, por cuanto no existe certeza alguna de que su ejecución no afecte un monumento arqueológico en los términos denunciados por la autoridad competente, circunstancia que obliga a esta Corte a adoptar medidas tendientes a evitar la materialización de ese futuro y eventual daño que, considerando las especiales características del bien afectado, puede llegar a ser irreparable”³³⁵.

En esta misma línea, teniendo presente que se otorgaron los permisos de obra nueva por la autoridad correspondiente, sumado a que la obligación de someter los proyectos inmobiliarios al SEIA o no, son temas que se encuentran sometidos al conocimiento de las autoridades ambientales y administrativas competentes, la Excelentísima Corte Suprema resuelve decretar la suspensión de los efectos de aquellos permisos hasta que se resuelvan los procedimientos

³³⁵ Op. Cit. Considerando doceavo, fallo de segunda instancia. (*Énfasis agregado*).

respectivos; agrega que dichas autoridades “*deberán considerar aquello que hasta ahora se ha venido razonando, relativo al posible impacto arqueológico de los proyectos*”³³⁶.

La Corte Suprema resuelve revocar la sentencia apelada, y en su lugar se declara que se acoge la acción de protección interpuesta, sólo en cuanto dispone la suspensión de los permisos de obra nueva hasta que se resuelva la consulta de pertinencia ante el SEA y el procedimiento de invalidación ante la Municipalidad de Quilpé.

En este caso nos encontramos frente a distintos criterios al momento de resolver la acción de protección entre el tribunal de primera y el de segunda instancia; por un lado para la Corte de Apelaciones de Valparaíso es necesario que se constate fehacientemente la existencia de un monumento arqueológico en el área de emplazamiento de los proyectos para poder acoger la acción de protección³³⁷; mientras que para la Corte Suprema, en tanto existe una alta probabilidad de presencia de monumentos arqueológicos en el área de emplazamiento de los proyectos, no es posible descartar certeramente la circunstancia de que la ejecución de dichos proyectos no afecte un monumento arqueológico, lo que la obliga a adoptar de forma preventiva las medidas tendientes a evitar esa posible afectación, teniendo en especial consideración las especiales características del bien que pudiere resultar afectado y/o dañado irreparablemente³³⁸.

A nuestro juicio, lo anterior es especialmente relevante al momento de aplicarse al patrimonio arqueológico, por cuanto se trata de un recurso no renovable (es único, dotado de singularidad) y por su especial naturaleza el daño ocasionado a este patrimonio es de carácter irreparable.

Por otro lado, ambos fallos hacen referencia al rol de la autoridad ambiental, marcándose un principio de deferencia administrativa en materia ambiental; por un lado la Corte de Apelaciones de Valparaíso indica que en caso de incumplimiento de la normativa ambiental, es la SMA la llamada a conocer de dichas infracciones, por cuanto detenta la competencia exclusiva de la facultad sancionatoria en materia ambiental. A su vez, la Corte Suprema, se limita a suspender los permisos de obra nueva, en tanto no sea la autoridad administrativa y la autoridad administrativa ambiental quienes diriman si los proyectos

³³⁶ Op. Cit. Considerando catorceavo, fallo de segunda instancia.

³³⁷ Op. Cit. Considerando doceavo, fallo de primera instancia.

³³⁸ Op. Cit. Considerando doceavo, fallo de segunda instancia. (*Énfasis agregado*).

inmobiliarios deben ingresar al SEIA, y se resuelva el procedimiento de invalidación administrativa.

Del análisis de estos fallos se desprenden los siguientes criterios en materia de protección del patrimonio arqueológico:

- i) **Aplicación del principio preventivo:** En tanto no sea posible descartar que con la ejecución de un proyecto o actividad se afecte el patrimonio arqueológico, es imperativo que se adopten de forma preventiva las medidas necesarias para evitar ese daño o afectación³³⁹, debiendo tomarse en consideración las características especiales del componente del que se trate.
- ii) **Deferencia administrativa ambiental:** Existen ámbitos de aplicación y decisiones que les competen específicamente a los organismos ambientales, no pudiendo los tribunales incidir o infringir la esfera de competencia y/o decisiones de las autoridades ambientales; tales como la facultad sancionatoria, el procedimiento de evaluación de impactos ambientales o los procedimientos de invalidación, entre otros.

d. “Caso Pampa Campanani”³⁴⁰⁻³⁴¹

La Comunidad Indígena Aymará Chucuruma interpuso acción de protección en contra del Ministerio de Bienes Nacionales y el Ministerio de Defensa, señalando que se vulneraron sus garantías constitucionales del derecho a la vida y la integridad física y psíquica, igualdad ante la ley, y el derecho de propiedad a raíz de la dictación del Decreto Exento N° 215 del 05 de julio de 2017 del Ministerio de Bienes Nacionales, en virtud del cual se destinó a favor del Ejército de Chile el inmueble situado en el sector Pampa Campanane, de la comuna y provincia de Arica, región de Arica y Parinacota, de una superficie total de 8.711,36 hectáreas, para el desarrollo de actividades militares.

³³⁹ Op. Cit. Considerando doceavo, fallo de segunda instancia. (*Énfasis agregado*).

³⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 79459-2017, 17 de abril de 2018. Se acumuló el recurso rol de ingreso N° 83280-2017 deducido por don A.B.F. en contra del Ministerio de Bienes Nacionales.

³⁴¹ Corte Suprema, Tercera Sala. Rol N°8134-2018, 09 de julio de 2018.

La comunidad indígena alega que a pesar de que dichos terrenos se encuentran en zonas correspondientes al pueblo Aymará, el acto administrativo no fue puesto en su conocimiento, ni que se habría realizado la consulta indígena consagrada en el Convenio N° 169 de la OIT. Respecto del objeto de nuestro estudio, los recurrentes señalan que en el terreno destinado a favor del Ejército de Chile, existen sitios arqueológicos correspondientes a distintas épocas. Solicitan que se acoja la acción de protección y que, en definitiva se declare que se deja sin efecto el Decreto Exento N° 215 del 05 de julio de 2017 del Ministerio de Bienes Nacionales, como aquellos actos asociados, restableciéndose el imperio del derecho.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago señala que la controversia radica en determinar si el terreno inscrito a nombre del Fisco pertenecía al pueblo Aymará, por encontrarse dentro de sus tierras, de ser así, si efectuó la consulta indígena y, si en ellas existen vestigios restos arqueológicos y zona de cóndores que hagan necesaria su protección y conservación.

Respecto de las controversias mencionadas, la Corte concluye que el dominio del pueblo Aymará sobre los terrenos aludidos no es un hecho público que haya queda establecido suficientemente; por ende, el acto administrativo no adolecería de ilegalidad ni arbitrariedad, pues se efectuó bajo el entendido de que se trataba de un terreno de carácter fiscal; y se habría establecido una mesa de trabajo y de acercamiento con la comunidad indígena³⁴².

Respecto de la aparición de vestigios arqueológicos y de que no se haya procedido a realizar la consulta indígena consagrada en el Convenio N° 169 de la OIT, a juicio de la Corte, si bien hablan de la seriedad del asunto promovido, se hace presente que se estarían adoptando las medidas correspondientes por los distintos organismos estatales y el propio Ejército; sobre este último punto, la Corte señala que “*estos órganos representativos han tomado en sus manos la solución del problema, de manera que éste se encuentra bajo el imperio del derecho, bajo la fórmula de la autocomposición.*”³⁴³.

³⁴² Op. Cit. Considerando décimo cuatro y décimo quinto, fallo de primera instancia.

³⁴³ Op. Cit. Considerando décimo sexto, fallo de primera instancia.

En virtud de los antecedentes expuestos en los párrafos precedentes, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rechaza la acción de protección deducida por la Comunidad Indígena Aymará Chucuruma y don A.B.F., sin costas por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Este fallo fue apelado por los recurrentes; en esta oportunidad la Excelentísima Corte Suprema se limitó a analizar el argumento esgrimido por los recurrentes acerca de la existencia de sitios arqueológicos en el terreno destinado al Ejército de Chile a través del Decreto Exento N° 215 del Ministerio de Bienes Nacionales.

La Corte Suprema concluyó que, el Decreto Exento N° 215 no puede ser calificado como ilegal o arbitrario, pues al momento de su dictación el Ministerio de Bienes Nacionales desconocía la existencia de los restos arqueológicos en el terreno. No obstante ello, señala que el contenido del informe del CMN que da cuenta de la existencia de los restos arqueológicos en los terrenos en cuestión, lo que *“deja en evidencia que la ejecución del acto cuestionado conlleva el inminente acaecimiento de consecuencias contrarias a Derecho”*³⁴⁴.

La Excelentísima Corte Suprema concluye que, no obstante no poder efectuar un reproche al acto administrativo como ilegal o arbitrario, atendida la existencia de restos arqueológicos en el terreno, es una obligación para los órganos del Estado la protección del patrimonio cultural, a saber:

*“...de permitirse el desarrollo de las actividades para las cuales ha sido destinado el inmueble en cuestión -en la especie, el entrenamiento de personal de Ejército en artillería y mortero- se infringiría el deber de protección que, como se ha dicho, es exigible respecto del Estado y sus órganos por expreso mandato de la Ley, por lo que tal desenlace debe ser evitado, circunstancia que amerita la adopción de la medida de resguardo que se dirá en lo resolutivo.”*³⁴⁵.

La Corte Suprema resuelve revocar la sentencia apelada, y en su lugar se declara que se acoge, sin costas, la acción de protección, sólo en cuanto ordenar la suspensión de los efectos del Decreto Exento N° 215 en tanto se determinen, adopten e implementen las medidas que

³⁴⁴ Op. Cit. Considerando sexto, fallo de segunda instancia.

³⁴⁵ Op. Cit. Considerando octavo, fallo de segunda instancia. (*Énfasis agregado*).

resulten necesarias para la eficaz protección de los restos arqueológicos hallados y de aquellos que pudieran hallarse al interior del inmueble.

Del análisis de los fallos de primera y segunda instancia se desprende los siguientes criterios en materia de protección del patrimonio arqueológico:

- i) **Aplicación del principio preventivo:** Que un acto administrativo no sea ilegal o arbitrario, no obsta a que los órganos del Estado, en cumplimiento del mandato legal, adopten las medidas tendientes a prevenir que con la ejecución del acto se produzca un daño o afectación al patrimonio arqueológico.

e. “Comunidad Indígena de Belén con CMN”³⁴⁶ - ³⁴⁷

Comparece la Comunidad Indígena de Belén, e interponen acción de protección en contra del CMN por la autorización de las intervenciones arqueológicas en el pucará de Belén o *Huaihuarani*, situado en la localidad de Belén, comuna de Putre, la que califican como ilegal y arbitraria y; en contra del arqueólogo T.H. por haber por haber ejecutado intervenciones de carácter arqueológicas al amparo de una autorización arbitraria e ilegal. Los recurrentes alegan que dichas acciones afectaron sus derechos fundamentales de integridad psíquica, igualdad ante la ley, ejercicio libre de todos los cultos y el derecho de propiedad.

Los recurrentes señalan que al autorizarse las intervenciones arqueológicas y la extracción de piezas de relevancia arqueológica que pudieren encontrarse en el lugar, sin haberse realizado previamente la consulta indígena consagrada en el Convenio N° 169 de la OIT, se produce una afectación sobre aquellos lugares sagrados para la etnia Aymará, los que indican son de gran importancia para su identidad social, cultural e histórica, para el desarrollo y mantención de sus costumbres y tradiciones; vulnerándose con ello, las garantías fundamentales que se señalaron en el párrafo precedente. Solicitan que se declare ilegal y arbitraria la actuación de los recurridos por no haberse realizado la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT.

La Corte de Apelaciones de Santiago expone que, según consta en el informe del arqueólogo recurrido, la excavación arqueológica se enmarca en un proyecto científico que se

³⁴⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 114303, 08 de abril de 2014.

³⁴⁷ Corte Suprema, Tercera Sala. Rol N° 10572-2014, 15 de mayo de 2014.

encuentra destinado a la producción de conocimientos y puesta en valor del patrimonio arqueológico. En relación a esto, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago expresa que las excavaciones arqueológicas en las que fundan la acción los recurrentes, se enmarcan dentro de un proyecto de investigación netamente académico, *“que no es posible encuadrar en alguna de las hipótesis que hace aplicable la consulta que prevé el Convenio 169 de la OIT”*³⁴⁸; agrega que la consulta indígena que contempla el Convenio N° 169 de la OIT, *“No hace referencias específicas a actividades de investigación académica”*³⁴⁹. A juicio de la Corte, lo anterior, sumado al hecho de que las actividades no afectarían a la comunidad indígena en el caso en concreto (requisito para la realización de la consulta indígena), por cuanto *“las actividades van justamente encaminadas a potenciar el valor patrimonial y la cultura de la comunidad Beleneña”*³⁵⁰; lo llevan a concluir que el CMN otorgó la autorización en conformidad al procedimiento establecido en la ley 17.288 y su Reglamento; y que el arqueólogo recurrido ejecutó las intervenciones estando debidamente autorizado para ello; por lo que no es posible para la Corte calificar dichas actuaciones de ilegales.

Teniendo en cuenta los argumentos mencionados precedentemente, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago resolvió rechazar la acción de protección; con el voto en contra de la Ministra Adelita Ravanales, quien estuvo por acoger la acción de protección, argumentando que el acto administrativo dictado por el CMN consistente en la autorización de excavaciones arqueológicas en el Pucará de Belén, afecta a la Comunidad Indígena de Belén en los siguientes términos:

*“...en tanto pretende reconstruir su historia y plantear hipótesis sobre la misma, resultando entonces aplicable la consulta que prevé el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, Estima la disidente que si la consulta, con arreglo al artículo 27 del referido Convenio, es necesaria para medidas que impliquen programas o servicios de educación destinados a los pueblos interesados, justamente se aplica en el caso de autos, toda vez que el proyecto autorizado lleva implícita tal finalidad”*³⁵¹.

³⁴⁸ Op. Cit. Considerando sexto, fallo de primera instancia.

³⁴⁹ Op. Cit. Considerando séptimo, fallo de primera instancia.

³⁵⁰ Op. Cit. Considerando noveno, fallo de primera instancia.

³⁵¹ Op. Cit. Considerando décimo, fallo de primera instancia.

La ministra concluye que el no haberse realizado la consulta que prevé el Convenio N° 169 de la OIT deviene en un acto ilegal, vulnerándose la garantía de igualdad ante la ley, *“toda vez que no se han tutelado las diferencias que la ley ha pretendido igualar, lo que también importa una discriminación, desde que no equipara en el trato a quienes son distintos”*³⁵².

Esta sentencia fue apelada, y el fallo fue confirmado en segunda instancia por la Tercera Sala Constitucional de la Excelentísima Corte Suprema basándose en el mismo razonamiento del tribunal de primera instancia.

Este fallo nos presenta un análisis relevante al momento de vincular el patrimonio arqueológico con los derechos de las comunidades indígenas. Si bien los monumentos arqueológicos son de propiedad del Estado, en tanto el estudio de dichos restos pretenda reconstruir y/o plantear hipótesis acerca de la historia de las comunidades indígenas, constituye una afectación de dichas comunidades, y como tal, debe ser sometido al proceso de consulta indígena.

Del análisis de los fallos de primera y segunda instancia, se desprenden los siguientes criterios en materia de protección del patrimonio arqueológico:

- i) **Finalidad de las intervenciones arqueológicas:** Según la finalidad que tenga la realización de las excavaciones y/o prospecciones de carácter arqueológicas, sobre dicho patrimonio, se ha razonado acerca de la procedencia de la consulta indígena prevista en el Convenio 169 de la OIT; a saber: En el caso que la intervención en el patrimonio arqueológico tenga por finalidad la producción de conocimientos y puesta en valor del patrimonio, no es procedente la realización de la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la OIT. En cambio, si las intervenciones que se desarrollen en el patrimonio arqueológico pretendan reconstruir la historia de una comunidad indígena, éstas le afectan directamente, por lo que resulta aplicable la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la OIT³⁵³.

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ *Ibíd.*

6.2. ACCIONES DE DAÑO AMBIENTAL

En este apartado analizaremos 3 demandas por daño ambiental, que fueron escogidas por haberse interpuesto a raíz de una lesión directa al patrimonio arqueológico y/o paleontológico nacional.

Del análisis de estas sentencias se vislumbró que los tribunales nacionales, centran su análisis en los elementos que configuran el daño ambiental, con especial relevancia de la existencia del daño ambiental y que éste tenga el carácter de significativo al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 letra e) de la ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

a. “Caso Estado de Chile con Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A.”³⁵⁴

355

El CDE en representación del Estado de Chile, dedujo demanda de reparación por daño ambiental y de indemnización de perjuicios en contra de la Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A., como autora de daño ambiental, consistente en la destrucción de varios sitios arqueológicos emplazados en la Bahía Ilque, a 20 kilómetros de Puerto Montt, específicamente por la afectación de conchales que dan cuenta de asentamientos humanos que se presumen corresponden a la época del arcaico. El CDE solicitó que se condenara a la demandada a la ejecución de diversas medidas de reparación consistentes en restaurar y reparar material e íntegramente el medio ambiente del área afectada, incluyéndose la ejecución de labores de investigación y difusión de los sitios arqueológicos.

El CDE solicitó al tribunal una indemnización de perjuicios ascendente a \$400.000.000 (cuatrocientos millones de pesos). Para la determinación de la indemnización el CDE tomó en consideración la valoración del sitio arqueológico propiamente tal, la irreversibilidad del daño, la alta sensibilidad social respecto del valor e importancia de los bienes ambientales afectados, el beneficio que le reportó a la Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A. su conducta ilegal, y finalmente, los principios de reparación integral y de proporcionalidad.

³⁵⁴ Juzgado de Letras de Puerto Montt. Rol N° 612-99, 19 de diciembre de 2002.

³⁵⁵ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol N° 11652, 02 de abril de 2004.

El Juzgado de Letras de Puerto Montt estableció en primer lugar, que el concepto de medio ambiente comprendido en la Ley 19.300 comprende aquellos “*elementos que dicen relación con el medio ambiente en su sentido sociocultural, es decir, protege también el aspecto urbanístico, los monumentos, el paisaje, las realizaciones de ingeniería y todos aquellos aspectos sociales y culturales en general*”³⁵⁶.

Posteriormente, se encargó de analizar los elementos que constituyen la responsabilidad por daño ambiental, vale decir: i) si efectivamente existió daño ambiental al tenor de lo dispuesto en la ley 19.300; ii) si dicho daño fue resultado de una acción u omisión dolosa o culpable y; (iii) si entre ambos elementos existió una relación de causalidad que produzca la obligación de reparar los daños ocasionados al medio ambiente.

Respecto de la existencia de daño ambiental significativo, de conformidad a lo dispuesto en la ley 19.300, el tribunal señala que para la determinación de la existencia de daño ambiental significativo existen dos posiciones; una que entrega a la jurisprudencia esta tarea y la segunda, que establece que le corresponde a los tribunales decidir sobre elementos objetivos (el quebrantamiento de ciertos parámetros objetivos, como las normas de calidad ambiental, de emisión, etc.)³⁵⁷.

En este caso particular el juez estimó que “*corresponde, precisamente, a la jurisprudencia, en base a las pretensiones que se le presenten, ir creando un concepto dinámico y flexible que pueda ser aplicable a cada caso particular*”³⁵⁸, concluyendo que “*constituye daño ambiental significativo, la pérdida, detrimento o menoscabo de aquellos elementos socioculturales que interactúan con el sujeto como ente individual o colectivo y el ámbito que lo rodea*”³⁵⁹.

Atendido lo anterior, el sentenciador determinó que se produjo un daño ambiental de carácter significativo, consistente en la destrucción de sitios arqueológicos que documentan más de cinco mil años de historia, siendo un hito clave para entender la prehistoria del área. Aquí podemos observar claramente que el criterio esgrimido por el tribunal para determinar la significancia del daño ambiental es uno de carácter científico, vale decir, que a través de los

³⁵⁶ Op. Cit. Considerando décimo octavo, fallo de primera instancia.

³⁵⁷ *Ibíd.*

³⁵⁸ *Ibíd.*

³⁵⁹ *Ibíd.*

sitios arqueológicos se puede obtener información científica de amplio valor académico; lo que en este caso se vio incrementado por la singularidad de los sitios arqueológicos afectados.

A su vez, la parte demandada descartó la existencia de un daño de carácter significativo en tanto se habría afectado sólo un 2% de la extensión total del conchal, argumento que fue descartado por el sentenciador, aludiendo a que el concepto de daño significativo: *“no dice relación sólo con un aspecto físico o material, sino como resulta en el caso de autos, la alteración de elementos irremplazables y de contexto arqueológico o científico que posibilitan el estudio y análisis de dichos sitios arqueológicos, de esta forma efectivamente ha existido un daño significativo que ha afectado al medio ambiente entendido en el concepto amplio”*³⁶⁰. Sumado a lo anterior, respecto del daño a sitios arqueológicos, el juez agrega que la demandada *“provocó la alteración de manera significativa de los mismos, lo que conlleva a perder parte de los contextos culturales allí presentes, perdiéndose indicadores paleoambientales y restos materiales significativos para el Estudio Científico de los asentamientos preexistentes en la zona”*³⁶¹.

Luego el tribunal se encargó de analizar el elemento del dolo o culpa, señalando que en este caso la demandada actuó con culpa, en tanto con ocasión de la evaluación de impacto ambiental en el SEIA se advirtió la existencia de sitios de valor arqueológico y de los daños que se ocasionarían en caso de ejecutarse el proyecto; en definitiva el tribunal concluye que hubo falta de diligencia o cuidados exigibles puesto que la *“empresa se encontraba en condiciones de haber podido o debido prever el hecho dañoso que se le imputa”*³⁶².

Respecto del tercer elemento de la responsabilidad por daño ambiental, la relación de causalidad, de conformidad al artículo 52 de la ley 19.300, el tribunal resuelve que se configura el elemento de causalidad:

“...la relación de causalidad entre la acción de la empresa demandada y el daño producido a los sitios Bahía Ilque se encuentra amparada por la presunción de responsabilidad de tal norma, pues con su actuar ha infringido normas que dicen relación con la conservación, preservación y protección ambientales. Igualmente, no

³⁶⁰ Op. Cit. Considerando vigésimo séptimo, fallo de primera instancia. (Énfasis agregado).

³⁶¹ Op. Cit. Considerando trigésimo, fallo de primera instancia. (Énfasis agregado).

³⁶² Op. Cit. Considerando vigésimo noveno, fallo de primera instancia.

*ha respetado las normas pertinentes de la Ley 17.288, pues intervino un sitio arqueológico que por sus características socioculturales se encuentra contemplado dentro de la definición que la Ley ha dado de Medio Ambiente*³⁶³.

Luego de haber establecido la existencia del daño ambiental de carácter significativo, y la responsabilidad de la demandada; el tribunal se refiere a la obligación de reparar o indemnizar de acuerdo al artículo 3 de la ley 19.300. Señala el sentenciador que existe una clara diferencia entre la responsabilidad civil y la derivada del daño ambiental, pues en el caso de la primera, la obligación que surge es la de indemnizar; en la segunda en cambio, *“la primera obligación no es la de indemnizar, sino de reparar”*³⁶⁴. En el caso en concreto para la demandada ha nacido la obligación de reparar los daños, sin perjuicio de otras medidas que se pudieren decretar para evitar futuros daños; no obstante lo anterior el daño ambiental ocasionado a los conchales de la Bahía Ilque no es posible de reparar en los términos que consagra el artículo 2 letra s) de la ley 19.300³⁶⁵, estimando el tribunal que surgió para la demandada la obligación de indemnizar los daños.

Los factores que tuvo a la vista para determinar el monto de la indemnización fueron los siguientes: i) la existencia efectiva del daño ambiental a los sitios arqueológicos; ii) que la reparación debe ser íntegra, vale decir, debiendo quedar el patrimonio de la víctima como si el daño no se hubiera producido; iii) el valor arqueológico y patrimonial de los sitios arqueológicos que se hubiere acreditado en el juicio; y iv) la falta de acción de las autoridades competentes para tomar los resguardos necesarios para evitar que el daño provocado por la demandada alcanzare grados tales que los hicieran irreversibles³⁶⁶. El fallo del tribunal consagró lo siguiente:

“...no es posible para este Sentenciador fijar la cuantía de la indemnización en un monto como el solicitado en la demanda, pues igualmente estima que los organismos estatales, llámese Consejo de Monumentos Nacionales y COREMA, tampoco, según

³⁶³ Op. Cit. Considerando trigésimo, fallo de primera instancia.

³⁶⁴ Op. Cit. Considerando trigésimo primero, fallo de primera instancia.

³⁶⁵ El juez se encarga de indicar los aspectos irreparables del daño en cuestión, tales como, la imposibilidad de restituir los sitios al estado anterior a la intervención, imposibilidad de realizar estudios científicos en los sitios destruidos por la pérdida de parte de los contextos culturales de los conchales, pérdidas paleoambientales y restos materiales significativos de fósiles (Considerando trigésimo segundo, fallo de primera instancia).

³⁶⁶ Op. Cit. Considerando trigésimo tercero, fallo de primera instancia.

los datos que arroja el proceso, tomaron en su oportunidad las medidas necesarias tendientes a evitar que el daño provocado por la intervención de la Empresa demandada aumentare a grados tales que hicieran irreversible los efectos causados a los sitios arqueológicos de Bahía Ilque 1 y 2”³⁶⁷.

Finalmente, el tribunal resuelve acoger la demanda de reparación e indemnización por daño ambiental deducida por el Estado de Chile en contra de la Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A., condenando a la demandada a restaurar y reparar material e íntegramente el medio ambiente en el área afectada, es decir, los sitios Bahía Ilque 1 y 2, realizando las actividades solicitadas por la demandante, asimismo, se condena a la empresa a pagar al Estado de Chile, como propietario de los sitios arqueológicos Bahía Ilque 1 y 2 la suma de \$150.000.000 (ciento cincuenta millones de pesos).

El CDE en representación del Estado de Chile apeló la sentencia de primera instancia. En esta oportunidad la Corte de Apelaciones de Puerto Montt tuvo presente la inspección personal del tribunal de primera instancia donde se consignó que en el sitio arqueológico sitio Bahía Ilque 1 se apreciaba una excavación en los conchales; sumado al informe del Secretario Ejecutivo del CMN que indicaba que en el área afectada se han identificado dos sitios arqueológicos, además de Bahía Ilque 1 y 2, siendo estos últimos los que arrojan las evidencias más tempranas de ocupación de la costa en la región. Sumado al análisis de estos antecedentes, la Ilustrísima Corte de Apelaciones estableció para la determinación del monto de la indemnización lo siguiente:

“ha de considerarse no sólo el valor cultural del sitio intervenido, y el hecho que la intervención no fue de gran magnitud en comparación con la superficie total de los Conchales, sino además, en forma especial debe tenerse en consideración lo señalado por el juez a quo en la letra c) del considerando trigésimo tercero”³⁶⁸⁻³⁶⁹.

Atendido los antecedentes expuestos, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt confirma la sentencia de primera instancia, declarándose que se rebaja a treinta millones de pesos la

³⁶⁷ *Ibíd.* (Énfasis agregado).

³⁶⁸ *Op. Cit.* Considerando cuarto, fallo de segunda instancia.

³⁶⁹ El tribunal de alzada se refiere a la consideración que realizó el tribunal de primera instancia respecto a la intervención tardía y poco activa de los organismos públicos competentes para evitar que el daño ambiental se profundizara.

indemnización que la demandada deberá pagar a título de indemnización por daño ambiental a los conchales de Bahía Ilque.

Tanto el tribunal de primera instancia, como la Corte de Apelaciones se refieren a la responsabilidad de los organismos estatales con competencia ambiental para la determinación del monto de la indemnización, en especial la responsabilidad por parte de los órganos del Estado para frenar o accionar oportunamente para minimizar el daño ambiental ocasionado al patrimonio arqueológico; se señala que la falta de acción oportuna conllevó a que el daño alcanzara el grado de irreparable.

Estos fallos son relevantes, por cuanto se trata de las primeras sentencias de reparación ambiental pronunciadas a propósito de daño al patrimonio arqueológico, y además por constituir sentencias favorables en juicios iniciados por el CDE; lo anterior significó un reconocimiento al patrimonio cultural como un bien jurídico digno de protección a través de la interposición de una acción de reparación por daño ambiental.

Lo anterior es sin perjuicio del “Caso Estado de Chile con GASATACAMA”, que es la primera demanda por daño ambiental interpuesta a raíz de una afectación al patrimonio arqueológico, en la cual el CDE en representación del Estado demandó a la empresa GASATACAMA por la destrucción de un sitio arqueológico en el área de San Pedro de Atacama, la que fue ocasionada de forma directa por la demandada mientras se desarrollaba la construcción de un gasoducto. La demanda perseguía reparar los daños ocasionados al patrimonio arqueológico y, en dicha oportunidad el CDE solicitó una indemnización por \$400.000.000 (cuatrocientos millones de pesos). Durante la tramitación de esta causa, las partes acordaron una transacción según la cual la empresa GASATACAMA se comprometió a pagar \$120.000.000 (ciento veinte millones de pesos) al CDE, los que serían destinados a costear un Plan de Reparación integral del área, basado en la reparación de los sitios arqueológicos dañados y en la implementación de un programa de capacitación de las comunidades atacameñas³⁷⁰.

Del análisis las sentencias pronunciadas en el Caso del Estado de Chile con Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A., en especial del razonamiento utilizado por las cortes

³⁷⁰ No se analizará este caso por no haberse dictado una sentencia por un órgano jurisdiccional.

al momento de determinar el monto de indemnización, se desprenden los siguientes criterios en materia de protección del patrimonio arqueológico:

- i) **Valor científico o académico:** Uno de los criterios para determinar la significancia del daño ambiental, y el monto de indemnización, es el del valor científico o académico del patrimonio arqueológico afectado o dañado, vale decir, la cantidad de información que se habría podido recopilar de los sitios o restos arqueológicos y la relevancia que dicha información tuviera para el mundo académico.
- ii) **Singularidad:** Otro de los criterios utilizados para la determinación de daño ambiental significativo es el de singularidad, es decir, que sea único, distinto o especial. La alteración del patrimonio arqueológico implica per se la pérdida de elementos ambientales irremplazables.
- iii) **Actuación de los OAECA:** Otro de los criterios que se tuvo en consideración para determinar el monto de indemnización, fue la actuación de los organismos de la administración del estado con competencia ambiental (OAECA) en forma oportuna para adoptar las medidas necesarias para evitar que el daño ambiental al patrimonio arqueológico se agravara.

b. “Caso Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue con Empresa Eléctrica Caren S.A.” ³⁷¹

La Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue interpuso acción por daño ambiental en contra de la Empresa Eléctrica Carén ante el Tercer Tribunal Ambiental, fundado en que en el marco de la ejecución del proyecto de central hidroeléctrica de la Empresa Eléctrica Carén se habrían realizado obras de excavación en un eltún, cementerio pehuenche, ubicado en el sitio arqueológico Carén Alto 1 en la comuna de Melipeuco. Solicitan al tribunal que se condene a la empresa por haber causado dolosamente daño ambiental grave al *eltún*; que se ordene la suspensión de todas las actividades en el terreno, hasta que las obras consistentes en el reemplazo de tuberías sea evaluado a través de un EIA; y además, se condene a la empresa a adoptar las medidas de mitigación y reparación del daño ambiental.

³⁷¹ Tercer Tribunal Ambiental. Rol D-15-2019, 26 de junio de 2020.

Los demandantes sostuvieron que la empresa causó daño ambiental por realizar, de forma dolosa o negligente, construcciones, excavaciones, extracción de materiales y el hecho de haber depositado desechos en el *eltún* pehuenche; destruyendo restos arqueológicos, humanos y paleontológicos de la cultura pehuenche, incluido el *eltún* donde tal pueblo originario realizaría ceremonias religiosas.

Como antecedente cabe señalar que el proyecto fue ingresado al SEIA vía DIA, que fue calificada favorablemente por la autoridad ambiental por la RCA N° 145 del año 2008. Posteriormente la empresa solicitó al CMN desafectar la zona que comprende la servidumbre de paso de la tubería de carga del Proyecto, solicitud que fue rechazada por la autoridad sectorial, disponiendo el CMN el rescate de al menos el 20% de la superficie total del sitio arqueológico, ante este requerimiento la empresa propuso al CMN prospectar sólo el 20% del área de servidumbre, la cual fue aprobada por el CMN mediante el ORD. N° 003300, acto en el cual además estableció oficialmente los límites del polígono de protección del sitio arqueológico, sus vértices y el área de excavación. Además, el CMN solicitó a la empresa la adopción de diversas medidas tendientes a proteger el patrimonio arqueológico.

El tribunal se encarga de hacer un análisis de la acción de reparación por daño ambiental y de sus presupuestos, vale decir, que exista una acción u omisión, que esa acción u omisión produzca un daño ambiental, que éste pueda ser imputado a dolo o culpa del agente y que exista una relación de causalidad.

Tras el análisis de los antecedentes del presente caso, el tribunal concluye que las obras de cambio de tuberías no se ejecutarían dentro del sitio arqueológico, ni siquiera en su zona de protección. Finalmente el tribunal determina que la empresa, en cumplimiento de las condiciones establecidas en su RCA:

“...efectuó diversas prospecciones arqueológicas que permitieron no solo la detección, sino también el rescate, estudio y protección de una serie de elementos cerámicos, líticos y óseos cuyo análisis permite concluir que se trata de vestigios de una ocupación que podría corresponder al límite entre el período alfarero temprano y el

*tardío. Del análisis de estos antecedentes no es posible concluir que se haya producido destrucción o pérdida de elementos pertenecientes al patrimonio cultural*³⁷².

Concluye que, *“no hay evidencia que acredite la destrucción de restos arqueológicos ni alteración o afectación de algún cementerio indígena, menos aún de un Eltun, ya que el hallazgo funerario encontrado en la fosa A-8 es de carácter aislado y doméstico y, por sí solo, no configura un cementerio”*³⁷³.

Lo anterior se traduce en que al no haberse probado la destrucción de vestigios arqueológicos ni de un cementerio Pehuenche en el lugar de emplazamiento del Proyecto, no es posible concluir que haya existido daño al medio ambiente.

Otro de los puntos centrales que a juicio del tribunal era importante dilucidar, consistía en establecer si entre el sitio arqueológico y/o los restos encontrados y la comunidad indígena existía un vínculo. Sobre este punto el tribunal señala lo siguiente:

*“...consta que la comunidad más cercana identificada en la evaluación del Proyecto es la Comunidad Mapuche Tranuan Alonso, para la cual se consideró un compromiso de cambiar el punto de restitución del derecho de agua en el río Carilafquén (fs. 173), aspecto que no está relacionado de modo alguno con la presencia de cementerios indígenas o sitios ceremoniales”*³⁷⁴.

Sumado a lo anterior indica que durante el proceso de participación ciudadana no se presentaron observaciones hagan referencia a la existencia de un cementerio mapuche, o sitio ceremonial mapuche; en última instancia se agrega que respecto el entierro que los demandantes alegan se configura como un *eltún*, este *“no corresponde a un antepasado mapuche, sino a ocupantes aún más tempranos del territorio; sin que haya evidencia alguna de vínculos ceremoniales entre las comunidades del sector”*³⁷⁵.

³⁷² Op. Cit. Considerando quincuagésimo séptimo.

³⁷³ Op. Cit. Considerando sexagésimo primero.

³⁷⁴ Op. Cit. Considerando quincuagésimo noveno.

³⁷⁵ Op. Cit. Considerando sexagésimo primero.

Por otro lado, el tribunal establece que *“las acciones desarrolladas por la Empresa al interior del Sitio Arqueológico pueden quedar dentro del ámbito de acción sectorial del CMN, ya que no se logró percibir la existencia de afectación alguna al patrimonio cultural”*³⁷⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal se encarga de analizar la legitimación activa de los demandantes a la luz del artículo 54 inciso primero de la Ley 19.300, señalando que de este artículo *“es posible desprender dos criterios copulativos para que exista legitimación: a) que se haya producido daño ambiental; b) que la Demandante demuestre que se ha visto afectada o perjudicada por ese daño ambiental”*³⁷⁷. En este caso en concreto, habiéndose concluido por el tribunal que no hubo acción alguna ejecutada por la demandada que significara destrucción del patrimonio cultural o la generación de daño ambiental, de modo que no se configuran los requisitos establecidos por el artículo 54 de la Ley 19.300, y por ende, carece de legitimación activa.

Dados los argumentos señalados, el tribunal resuelve rechazar la demanda en todas sus partes y condena a la demandante en costos por haber sido totalmente vencida, sin haber demostrado tener motivo plausible para litigar.

El 17 de julio del año 2020 la demandante interpuso recurso de casación en la forma, y en subsidio en la forma, el cual no ha sido resuelto aún³⁷⁸.

Lamentablemente del análisis del fallo de primera instancia no podemos encontrar criterios o parámetros de protección y/o valorización del patrimonio arqueológico, lo que se debe principalmente a que de los antecedentes fácticos se descartó la existencia de daño ambiental ocasionado por las acciones de la demandada; sumado a que no se observó ejecución de obras en el área de protección determinada previamente por el CMN; no obstante ello, sí encontramos una referencia interesante sobre la competencia especial del CMN en lo que respecta al patrimonio arqueológico:

³⁷⁶ Op. Cit. Considerando sexagésimo segundo. (*Énfasis agregado*).

³⁷⁷ Op. Cit. Considerando sexagésimo sexto.

³⁷⁸ Se declaró admisible por la Corte Suprema asignándole el Rol N° 85090-2020. El 21 de septiembre de 2020 la causa quedó en acuerdo.

Señala el Tercer Tribunal Ambiental, que si bien no se logró acreditar el daño ambiental, las acciones que desarrolle la empresa al interior del sitio arqueológico pueden quedar dentro del ámbito de acción sectorial del CMN, organismo que tiene la competencia para accionar ante la existencia de alteraciones de los sitios arqueológicos³⁷⁹. Esto nos lleva a concluir lo siguiente; si bien las acciones de la empresa pueden no constituir daño ambiental, ello no obsta a que el organismo especializado adopte las medidas necesarias para velar por la protección y conservación del patrimonio arqueológico.

c. “Caso Ilustre Municipalidad de Puerto Montt con Servinets Limitada”³⁸⁰

La Ilustre Municipalidad de Puerto Montt interpuso demanda por daño ambiental contra Servinets Ltda., ante el Tercer Tribunal Ambiental. Fundamentó su demanda en que la empresa habría causado daño ambiental sobre las aguas del estero Chinchihuapi y el sitio arqueológico Monte Verde, provocado por el derrame de residuos líquidos industriales (Riles) y aguas lluvias desde piscinas de Servinets que carecían de medidas de contención. Los Riles habrían escurrido y desembocado en el estero Chinchihuapi, que cruza el sitio arqueológico Monte Verde, afectando el suelo, agua, flora, fauna y patrimonio cultural histórico³⁸¹. Solicitaron al tribunal que declare que se ha producido daño ambiental y que se condene a la demandada a su reparación.

Del análisis de la prueba rendida, el tribunal concluye que no hay evidencia suficiente que acredite la existencia de daño ambiental significativo al sitio arqueológico Monte Verde; sumándose que tanto el CMN como la Brigada de Delitos Medioambientales de la PDI concluyeron que no existía certeza acerca de la afectación del componente arqueológico³⁸².

El tribunal hace presente que *“el incumplimiento a una o más disposiciones de una determinada Resolución de Calificación Ambiental, no permite por sí mismo concluir que esos*

³⁷⁹ Op. Cit. Considerando sexagésimo segundo.

³⁸⁰ Tercer Tribunal Ambiental. Rol N° D-19-2016, 11 de julio de 2018.

³⁸¹ Se hace presente que únicamente se analizarán los argumentos del tribunal que versen sobre el patrimonio arqueológico, dejándose de lado los que se refieren al agua y a la flora y fauna.

³⁸² Informes ordenados por el tribunal como medida para mejor resolver.

*incumplimientos constituyan daño ambiental en los términos de la LBGMA*³⁸³. Agrega que el incumplimiento de una o más disposiciones de la RCA son materia del ámbito de competencia de la SMA a través del procedimiento sancionatorio correspondiente; y en este caso en particular el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la RCA constituyó el fundamento de uno de los cargos formulados por la SMA, y que del resultado de este procedimiento sancionatorio (el cual fue ponderado por el Tribunal Ambiental al momento de resolver la acción por daño ambiental) no le permiten arribar a la conclusión de que se haya causado daño ambiental al tenor de lo dispuesto en la ley 19.300.

Si bien el tribunal acepta que del escurrimiento de los Riles provocó una afectación al sitio arqueológico Monte Verde, de la prueba rendida no le permite arribar a la conclusión de que dicha afectación haya tenido un *carácter significativo*, en términos tales que acredite daño ambiental y genere la obligación de proceder a su reparación. Agrega que la aprobación del Programa de Cumplimiento durante el procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la SMA, tuvo el mérito de evitar que el riesgo inminente del escurrimiento de Riles se convirtiera en daño ambiental.

Finalmente, el tribunal dispone que dado que no se acreditó suficientemente la existencia de daño ambiental, no es necesario emitir el pronunciamiento sobre los demás elementos constitutivos de la responsabilidad por daño ambiental.

Atendidos los fundamentos mencionados precedentemente, el Tribunal Ambiental resuelve rechazar la demanda de reparación de daño ambiental en todas sus partes. En contra de esta sentencia no se interpuso recurso posterior, quedando firme y ejecutoriada.

Lamentablemente, dado que de los antecedentes incorporados al expediente, el tribunal descartó de forma tajante la existencia de daño ambiental en los términos consagrados en la Ley 19.300, no encontramos una fundamentación de la cual sea posible desprender criterios de protección y/o valorización del patrimonio arqueológico.

³⁸³ Op. Cit. Considerando quincuagésimo segundo.

6.3. RECLAMACIONES JUDICIALES

En este apartado se analizarán 3 reclamaciones judiciales conocidas por los Tribunales Ambientales, cuya controversia versa principalmente la afectación o evaluación ambiental del patrimonio arqueológico y/o paleontológico.

a. “Caso Mina Invierno”³⁸⁴

Comparecen G.S.G., M.J.S.E., G.S.E., A.S.E. y V.P.B.B. quienes interponen reclamación en virtud de los artículos 17 N° 6 de la ley 20.600 y los artículos 20 y 30 bis de la ley 19.300, en contra de la Resolución Exenta N° 1113 del 24 de septiembre de 2018 dictada por el Director Ejecutivo del SEA.

La resolución reclamada (i) rechazó el recurso de reclamación presentado en sede administrativa por los reclamantes, en contra de la Resolución Exenta N° 6, de 10 de enero de 2018 (en adelante “RCA N° 6/2018”), dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena³⁸⁵ y, que (ii) acogió el recurso de reclamación presentado por Mina Invierno S.A., (iii) declarando ambientalmente favorable la DIA del Proyecto “Incorporación de tronadura como método complementario en la extracción mecánica de material estéril” de la Mina Invierno S.A., en adelante “Proyecto Tronaduras”.

Los reclamantes solicitaron al Tribunal Ambiental que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 1113 del 24 de septiembre de 2018, y que en consecuencia se mantenga la decisión de calificar desfavorablemente el Proyecto Tronaduras, fundándose en que dicha resolución contuvo decisiones ilegales sobre la evaluación del proyecto en relación a la información esencial sobre el componente ambiental de carácter paleobotánico, el cambio climático, la falta de evaluación íntegra del proyecto, la infracción al principio preventivo, la subestimación de emisiones de ruido y el fraccionamiento de proyectos.

³⁸⁴ Tercer Tribunal Ambiental, ROL R-77-2018, 20 de agosto de 2019.

³⁸⁵ Esta resolución de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena resolvió calificar desfavorablemente la DIA del Proyecto Tronaduras.

Si bien son varias las controversias en el presente caso, nos referiremos únicamente a la que versa sobre el patrimonio arqueológico, en definitiva, la determinación de si faltó información esencial para descartar la existencia de efectos negativos del Proyecto Tronaduras en el componente paleobotánico. Sobre este punto, los reclamantes alegaron que hubo falta de información esencial para evaluar el componente paleontológico, y en consecuencia, se debió haber calificado desfavorablemente la DIA del proyecto.

En este caso el tribunal señala que dicha controversia tiene relación con “*la observancia del Director Ejecutivo del SEA de los límites de su discrecionalidad al dictar la Resolución Reclamada*”³⁸⁶, sumado a si la actuación del SEA fue contraria al principio de imparcialidad, vale decir, que la resolución reclamada haya arribado a la conclusión de que el Proyecto Tronaduras no iba a generar los efectos descritos en el artículo 11 de la ley 19.300, a pesar de que, según los reclamantes, no contara con información esencial para concluir aquello.

El tribunal observa que en el considerando 10.2 de la RCA N° 25/2011 (que autoriza el desarrollo del proyecto), si bien se establece la inexistencia de elementos pertenecientes al patrimonio paleontológico, se le impuso a la titular la obligación de realizar un informe paleontológico del área del de influencia del Proyecto Mina Invierno, previo al inicio de la faena.

Durante el año 2012 el CMN se dirigió al SEA Magallanes señalando que en el área de influencia del Proyecto Mina Invierno existirían elementos paleontológicos, solicitando al titular que en las futuras etapas del proyecto se realizara un monitoreo del componente paleontológico, y que en caso de realizarse el rescate de material paleontológico éste se remitiera al Museo de Historia Nacional o un museo o institución de carácter regional.

El tribunal observó que la empresa Minera Invierno sólo analizó el componente del patrimonio arqueológico, y no incluyó en su presentación de DIA para el Proyecto Tronaduras ninguna mención sobre al patrimonio paleontológico, al respecto señala lo siguiente:

“Este es un hecho relevante en la causa, puesto que, a pesar de que ambos patrimonios son parte del concepto de monumentos arqueológicos y que son siempre monumentos

³⁸⁶ Op. Cit. Considerando undécimo.

*nacionales, ambos conceptos no son intercambiables, como queda de manifiesto en la Guía sobre Monumentos Nacionales, y en el art. 21 de la Ley N° 17.288, de Monumentos Nacionales*³⁸⁷.

Desde la presentación del Proyecto Tronaduras en el SEIA el CMN se encargó de requerir a la empresa Minera Invierno toda la información necesaria para el otorgamiento del PAS 132, a lo que la empresa respondió que ello no sería necesario por cuanto el área de influencia en la que se emplazaría el proyecto que ya habría sido evaluada ambientalmente a través de la RCA N° 25/2011. Respecto de este punto, atendido los hallazgos paleontológicos producidos con posterioridad a la RCA que calificó favorablemente el Proyecto Mina Invierno, el Tribunal Ambiental es claro al señalar que la Minera Invierno debió declarar dichos hallazgos en su DIA.

El CMN reiteró que Mina Invierno debía entregar información para descartar la existencia de efectos del proyecto, pues la entregada era insuficiente; e hizo presente que en la RCA N° 25/2011 no contaba con línea de base paleontológica del área del proyecto, por lo cual el CMN no había tenido oportunidad de evaluar este componente. No obstante ello, el tribunal consideró que los requerimiento de información del CMF a la empresa durante la evaluación del proyecto, eran propios de un EIA y no de una DIA.

Los sentenciadores indican que para la identificación y evaluación del componente paleontológico, se debe considerar el potencial fosilífero del área, y en caso de existir un alto potencial fosilífero, se debe realizar una prospección paleontológica. En esta misma línea, de los antecedentes incorporados a la causa, el tribunal arriba a que en el área de influencia del proyecto existe un alto potencial fosilífero.

Resulta relevante señalar que la RCA N° 6/2018 del 10 de enero de 2018, calificó desfavorablemente la DIA del Proyecto Tronaduras, por cuanto no fue posible asegurar la afectación o alteración del patrimonio paleontológico existente en el área de influencia del proyecto³⁸⁸.

³⁸⁷ Op. Cit. Considerando décimo quinto.

³⁸⁸ Entre los antecedentes que se tuvieron en consideración para la calificación desfavorable, podemos mencionar la existencia de antecedentes que daban cuenta de registros fosilíferos de carácter singular que se encontraría en

Por otro lado, de los informes incorporados a la causa por el titular, a juicio del tribunal ninguno de ellos es suficiente para evaluar, descartar o confirmar la generación de los efectos adversos, ya no se es posible determinar la magnitud en que se removerán, deteriorarán o intervendrán las piezas fósiles en el área de ejecución del proyecto.

El Tribunal Ambiental se encarga de señalar que uno de los criterios para evaluar el nivel de alteración de los monumentos paleontológicos, es la singularidad de los mismos³⁸⁹. En esta misma línea el año 2018 el CMN informó que *“los afloramientos de la formación Loreto no tendrían las características de singularidad requeridas para calificar sus alteraciones como significativas, ya que en otros yacimientos de esta misma unidad se habría descrito flora de idéntica composición.”*³⁹⁰.

Respecto de la resolución reclamada, el tribunal observa que el Director Ejecutivo del SEA rechazó el recurso de reclamación presentado en sede administrativa por los reclamantes en contra de la Resolución Exenta N° 6 dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, basado en un oficio del CMN presentado durante dicho proceso de reclamación administrativa, el que contradice los tres oficios previos del CMN que requerían del titular de Mina Invierno un informe paleontológico, lo que no fue cumplido por la empresa. En razón de ello, surge para el Tribunal Ambiental la duda de acerca de cómo pudo el CMN descartar la singularidad del sitio en el último oficio que el Director Ejecutivo tuvo en consideración para rechazar el recurso de reclamación incoado en sede administrativa, sin contar con un informe paleontológico y estando en conocimiento de los informes presentados por el titular en la Nueva Adenda 2, donde el análisis de los fósiles arrojó hallazgos relevantes sobre la diversidad paleoflorística.

las formaciones geológicas que se pretender intervenir con el Proyecto Tronaduras, que el elemento paleobotánico no habría sido debidamente identificado durante el proceso de evaluación, lo cual conlleva a que no se pueda evaluar adecuadamente los efectos del proyecto en los sitios y elementos paleontológicos, existiendo un grave riesgo de alteración de monumentos y sitios con valor arqueológico, lo que requiere ser evaluado mediante un EIA.

³⁸⁹ La singularidad del patrimonio paleontológico, en términos generales, se refiere a que en otros yacimientos paleontológicos de la misma unidad no se encuentren elementos, flora, etc., de idéntica composición.

³⁹⁰ Op. Cit. Considerando trigésimo quinto.

Del análisis de la totalidad de los informes de seguimiento de paleoflora realizados por Mina Invierno, los que fueron incorporados al expediente judicial, el Tribunal Ambiental arriba a las siguientes conclusiones:

*“1. La composición paleoflorística en el área de influencia de Mina Invierno reviste **Singularidad por su diversidad**, la cual se hizo más evidente tras el reporte de junio de 2016, con un total de 22 grupos taxonómicos relevantes en comparación con los reportes de la literatura especializada, en que se reportan 13 grupos taxonómicos relevantes.*

2. No se sostiene la hipótesis de que los hallazgos de Mina Invierno serían idénticos a los ya reportados por los científicos especializados.”³⁹¹.

El tribunal adelanta que la resolución reclamada resolvió que la RCA N° 6/2018 (que calificó desfavorablemente el Proyecto Tronaduras) interpretó erradamente el artículo 11 letra f) de la ley 19.300, pues según a juicio del Director Ejecutivo del SEA dicha RCA sólo debió evaluar la *alteración* del componente paleontológico, y no el riesgo o impacto, lo que lo llevó a descartar tanto la magnitud como la singularidad de los hallazgos paleontológicos, y en consecuencia, rechazó las reclamaciones administrativas de los reclamantes de este caso, y acogió la reclamación de Minera Invierno, declarando ambientalmente favorable el Proyecto Tronaduras.

La controversia a juicio del tribunal ambiental versa de la siguiente manera:

“se refiere al ejercicio de la potestad discrecional por parte del Director Ejecutivo del SEA, al resolver el recurso de reclamación de las Reclamantes. En particular, si la motivación de la Resolución Reclamada respondió al principio de imparcialidad”³⁹².

En esta línea, señala que la motivación del acto administrativo debe hacerse cargo de los antecedentes incorporados al expediente administrativo, tanto aquellos que avalan su decisión

³⁹¹ *Ibídem.* (Énfasis agregado).

³⁹² *Op. Cit.* Considerando cuadragésimo quinto.

como aquellos que podrían contradecirla³⁹³; además, la administración tiene la obligación de motivar de forma razonable, vale decir, mediante la expresión suficiente y necesaria de los criterios por los cuales adopta determinada decisión.

Este estándar se construye a partir del principio de imparcialidad, del cual se desprende además, el estándar de motivación del acto administrativo, pues a través de este se ejerce un control del acto administrativo. En definitiva, para resolución de la reclamación interpuesta el tribunal se encarga de determinar si la resolución reclamada respetó el principio de imparcialidad, encontrándose debidamente motivada.

El tribunal concluye que en el razonamiento del Director Ejecutivo al momento de dictar la resolución reclamada, existieron errores lógicos, a saber: i) se fundó en la premisa de que en la evaluación ambiental del proyecto, ya se había evaluado el componente paleontológico, lo que no ocurrió; ii) asumió que el CMN se encargaría de resguardar el componente paleontológico, cuando ni siquiera contaba con un informe paleontológico para hacerlo; iii) que no le fue posible evaluar el efecto de la ejecución del proyecto sobre el componente fosilífero en tanto el titular no presentó el estudio paleontológico requerido y; por último, iv) que la conclusión del Director Ejecutivo respecto a que las tronaduras no tendrían un impacto en los fósiles no se encuentra sustentada en informes de carácter técnico, transformándose en una mera opinión³⁹⁴.

Un análisis que resulta relevante para nuestro estudio, es el que realiza el tribunal acerca de la significancia del impacto de las tronaduras sobre el componente paleontológico, el cual fue descartado por el Director Ejecutivo del SEA fundándose en que “*su magnitud (proporcional) representaba solo un 1,34% de la formación Loreto*”³⁹⁵. Lo anterior se relaciona con lo dispuesto en el artículo 10 literal a) RSEIA que señala que a efectos de evaluar la necesidad de presentar un EIA se debe considerar “*a) La magnitud en que se remueva, destruya, excave,*

³⁹³ A juicio del tribunal esto permite asegurar que las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas son el resultado del ejercicio ponderado y racional del poder público con el que se encuentran investidas (Considerando cuadragésimo quinto).

³⁹⁴ El tribunal deja de manifiesto que la evaluación de impacto ambiental es un proceso técnico, por ende las decisiones de las autoridades administrativas ambientales en el marco del SEIA deben respaldar su decisión en informes técnicos (Considerando quincuagésimo octavo).

³⁹⁵ Op. Cit. Considerando sexagésimo segundo.

*traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288.”*³⁹⁶.

Una de las interpretaciones que realiza el Tribunal Ambiental respecto del patrimonio paleontológico y que nos parece relevante para nuestro estudio es el que realiza al analizar el artículo primero de la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, al respecto señala que el cuerpo normativo al hacer referencia a las *piezas u objetos* paleontológicos, “*no cabía sino interpretar que cada una de las piezas fósiles presentes en los estratos fosilíferos de la formación Loreto se encontraban protegidos*”³⁹⁷. Vale decir, la ley otorga protección a cada una de las piezas que son parte del patrimonio paleontológico.

Continuando con el análisis del tribunal, este señala que para entender la magnitud con que un proyecto o actividad afecta a este patrimonio es necesario comprender cómo éste se encontraba presente en la zona a intervenir³⁹⁸. En el caso en concreto, de los informes aportados en el proceso, se infirió que la formación Loreto es una unidad fosilífera, cuyo potencial fosilífero podría clasificarse como medio a alto, que el rajo del Proyecto Tronaduras se encuentra incluido en la formación Loreto, ocupando un 1,34% de la superficie de dicha unidad fosilífera; no obstante de los todos los informes que el órgano jurisdiccional tuvo conocimiento no se pudo determinar en qué magnitud se removerían, destruirían, afectarían o intervendrían los restos fósiles de la formación Loreto, siendo este uno de los aspectos que debió ser zanjado en la evaluación ambiental del Proyecto Tronaduras a objeto de establecer si el impacto sobre el patrimonio cultural sería o no significativo, lo cual no se dio en el caso en concreto.

En síntesis, al no realizarse por parte de Minera Invierno ni por parte del SEA una estimación de la magnitud de afectación de las piezas fósiles ubicadas en el rajo de Mina Invierno, se concluye que el SEA no contaba con la información suficiente como para evaluar la magnitud del impacto del Proyecto Tronaduras sobre el componente paleontológico como para descartar una posible afectación de dicho componente.

³⁹⁶ Artículo 10 RSEIA

³⁹⁷ Op. Cit. Considerando sexagésimo tercero.

³⁹⁸ *Ibíd.*

El tribunal ambiental pasa a analizar si a la luz de los antecedentes obtenidos con posterioridad a la calificación del Proyecto Tronaduras es posible evaluar la magnitud en que se podrían afectar el componente paleontológico.

El tribunal señala que para interpretar el concepto de magnitud que señala el artículo 10 literal a) RSEIA, este no puede “*estar orientada a determinar el tamaño relativo de la parte afectada*”³⁹⁹ en relación con el todo, que en este caso constituye la formación Loreto, “*ya que no es la formación geológica el objeto protegido en su calidad de monumento nacional, sino que los fósiles presentes en algunos sustratos de esta formación.*”⁴⁰⁰.

De los informes y datos obtenidos, el tribunal concluye que no es posible determinar la forma acabada y razonablemente la magnitud en que las tronaduras del proyecto afectarían los fósiles en el área de influencia del proyecto.

Otro de los criterios analizados por el tribunal sobre el componente paleontológico versa sobre la **singularidad**. Sobre este punto deja en claro que no es relevante el tamaño del sitio sobre el que se emplaza el área de influencia del Proyecto Tronaduras en proporción a la formación Loreto, “*sino que lo es su potencial como fuente de nuevos descubrimientos*”⁴⁰¹, sobre el caso en concreto de los informes paleontológicos (que dan cuenta que los hallazgos superarían en un 300% la diversidad de fósiles vegetales) se concluye que las piezas encontradas en la zona del proyecto se tratarían de objetos de valor único dentro de la formación Loreto, de lo que a juicio del tribunal “*se desprende la importancia de su conservación y análisis*”⁴⁰².

En virtud de los antecedentes incorporados al expediente el tribunal concluyó que el Director Ejecutivo del SEA no contaba con la información suficiente para descartar los efectos del artículo 11 literal f) de la ley 19.300, como tampoco contaba con antecedentes suficientes para arribar a la conclusión de que no se cumplían los requisitos del artículo 10 inciso tercero del RSEIA, lo que se traduce en que dicha autoridad no podía determinar la magnitud en que se podrían destruir o deteriorar los hallazgos fósiles con la ejecución del Proyecto Tronaduras, lo que significó una vulneración al derecho de los administrados a una actuación imparcial de la

³⁹⁹ Op. Cit. Considerando sexagésimo noveno.

⁴⁰⁰ Ibídem.

⁴⁰¹ Op. Cit. Considerando septuagésimo. (*Énfasis agregado*).

⁴⁰² Ibídem.

autoridad administrativa. En efecto, el tribunal señala que en aplicación del principio de imparcialidad el Director Ejecutivo del SEA debió analizar todos los antecedentes referidos al componente paleontológico y fundamentar su decisión a la luz de todos los antecedentes.

La falta de motivación de los actos administrativos es una cuestión de fondo, que genera un vicio de fondo del mismo cuya consecuencia es la anulación del acto administrativo en cuestión. La nulidad declarada genera la pérdida de los efectos jurídicos de la resolución reclamada, subsistiendo por tanto, la RCA N° 6/2018 que calificó desfavorablemente la DIA del Proyecto Tronaduras.

En definitiva, el tribunal resuelve acoger la acción de reclamación judicial y en consecuencia, declara que la Resolución Exenta N° 1113 de 24 de septiembre de 2018 dictada por el Director Ejecutivo del SEA no se ajusta a la normativa vigente, por lo que procede a anular totalmente el acto recurrido.

El fallo fue acordado con el voto en contra del Ministro Ampuero quien estuvo por rechazar la reclamación interpuesta, señalando que la controversia del caso versa sobre si el Proyecto Tronaduras debió o no ingresar al SEIA vía EIA atendida la posible afectación del componente paleontológico. En lo que importa para nuestro estudio, en el voto en contra el ministro afirma que *“la discusión acerca de la singularidad o no de los hallazgos paleobotánicos carece de relevancia a efectos de determinar si los impactos son o no significativos”*⁴⁰³ siendo el criterio de significancia de los efectos de la ejecución del proyecto sobre el componente paleontológico el único que resulta relevante para decir la cuestión.

Al analizar el criterio de singularidad el disidente señala que:

*“...la singularidad no es un criterio que permita definir magnitud; la singularidad sirve de nexa para entender que el sitio, lugar o construcción pertenece al patrimonio cultural, y por tal razón, al medio ambiente, convirtiéndolo en un objeto de protección que limita, restringe o condiciona el ejercicio de una actividad o proyecto”*⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Op. Cit. Voto en contra, Considerando décimo octavo.

⁴⁰⁴ Op. Cit. Voto en contra, considerando vigésimo primero.

En el caso en concreto atendido a que el componente paleontológico ya pertenece al patrimonio cultural por el solo ministerio de la ley, a juicio del ministro disidente no resulta aplicable el criterio de singularidad que establece el artículo 10 letra b) del RSEIA. Señala que para definir la alteración significativa se debe aplicar el criterio de magnitud; lo que se traduce en que aunque los hallazgos paleontológicos sean singulares, de igual forma se debe analizar minuciosamente la magnitud.

A continuación el ministro procede a analizar la magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente el componente paleobotánico presente en el área de influencia del Proyecto Tronaduras, sin hacer referencia al criterio de singularidad.

Para determinar si el proyecto genera, presenta o produce un impacto significativo en el componente paleontológico, el ministro señala en primer lugar, que al no encontrarse definido este concepto por el legislador, se trataría de una norma de contenido discrecional, lo que se traduce en que la administración gozaría de *“un margen de apreciación, limitado por el cumplimiento de los fines regulatorios y el contexto jurídico en que se integra la norma aplicada”*⁴⁰⁵. Agrega que el tribunal ambiental puede controlar la justificación y proporcionalidad de las decisiones administrativas especialmente en el cumplimiento de los fines ambientales.

Menciona que en el caso en concreto en la resolución reclamada el Director Ejecutivo descartó la magnitud basado en la comparación que realizó en el área de intervención de la mina área de influencia de 487 hectáreas, con la Formación Loreto de 36.230 hectáreas, arribando a la conclusión que representa un 1,34%, por lo que los impactos sobre el componente paleontológico no serían significativos.

Acerca de la magnitud el ministro disidente señala que:

“la ‘magnitud’ hace referencia a una propiedad de los cuerpos que puede ser medida, para lo cual se utiliza una determinada unidad de medida. Se trata de un concepto relativo. La magnitud no es una propiedad que pueda predicarse de una cosa o lugar

⁴⁰⁵ Op. Cit. Voto en contra, Considerando cuarenta y segundo.

sin referencia a algo. Nada tiene escasa o gran magnitud por sí sola, sin que se utilice un rango o parámetro de comparación”⁴⁰⁶.

El ministro concluye que no advierte arbitrariedad en la resolución reclamada, por cuanto el Director Ejecutivo del SEA utilizó como criterio para definir la magnitud de intervención o afectación del componente paleobotánico, el área del yacimiento paleontológico Loreto. Agrega que existen antecedentes que permiten determinar que se trata de una misma área paleobotánica, existiendo una distribución más o menos homogénea del material paleobotánico, por lo que podrían encontrarse mismos elementos del material en un área distinta a donde se pueda ejecutar el proyecto.

Además, el ministro Ampuero desecha la posibilidad de que el área de influencia sea un criterio que permita determinar la magnitud, ya existe una diferencia entre el espacio físico en que se pueda producir impacto y el parámetro a utilizar para determinar si dicho impacto es significativo. No obstante, sí aplica un criterio espacial para determinar si el impacto es significativo o no, comparando el impacto que se pueda producir en el área de influencia, cuya extensión es de 2 hectáreas, con el resto de la superficie del área protegida, que se extiende a más de 3.000 hectáreas, concluye que, teniendo en cuenta que el porcentaje de espacio intervenido versus la extensión total de la superficie protegida es menor al 2% no puede concluirse que constituye impacto significativo.

También se refiere al porcentaje de material fosilífero que se vería destruido por efecto de las tronaduras, el que de los informes incorporados al expediente, se desprende que alcanzaría el 10% de todo el material tronado, porcentaje que a su juicio no puede ser considerado como significativo. Lo anterior sumado a que la evaluación de impacto ambiental de un proyecto no busca que se elimine todo riesgo de destrucción, pérdida o deterioro, sino que busca evitar que estos sean *significativos*. Por todos estos argumentos, el ministro Ampuero estuvo por rechazar la reclamación incoada.

En contra del fallo de primera instancia, Minera Invierno interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal ambiental, solicitando su invalidación. A su vez el Director Ejecutivo del SEA interpuso recurso de

⁴⁰⁶ Op. Cit. Voto en contra, Considerando cuadragésimo cuarto.

casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia invalidando la sentencia recurrida y dictando una sentencia de reemplazo que rechace la reclamación interpuesta el cual no ha sido fallado a la fecha⁴⁰⁷.

Del análisis de la sentencia pronunciada por el Tribunal Ambiental en primera instancia podemos mencionar los siguientes criterios del tribunal que versan sobre el patrimonio paleontológico:

- i) **Singularidad:** La singularidad del patrimonio paleontológico es un criterio para evaluar la magnitud de la afectación sobre este componente. La singularidad del patrimonio paleontológico, en términos generales, se refiere a que en otros yacimientos paleontológicos de la misma unidad no se encuentren elementos, flora, etc., de idéntica composición⁴⁰⁸. Este es uno de los criterios utilizados para efectuar una valorización del patrimonio paleontológico, a saber; tendrá mayor valor y/o su alteración será más significativa, si se trata de un ejemplar único o de única composición.

Otro de los factores que pueden otorgar un carácter de singularidad al patrimonio paleontológico, es la diversidad de un yacimiento paleontológico, lo que se traduce en la cantidad de diversidad biológica o grupos taxonómicos existentes. A priori podría indicarse que se trata de un elemento cuantitativo, pero esto no obsta que según el grupo taxonómico del que se trate, pueda primar un factor cualitativo.

- ii) **Valor científico:** Para determinar el impacto de un proyecto o actividad sobre el componente paleontológico se debe tener en cuenta el potencial que el yacimiento o piezas paleontológicas pudieran tener como fuentes de nuevos descubrimientos. La cantidad de información que puedan proporcionar permite efectuar una valorización sobre este patrimonio, a modo de ejemplo, mientras mayor sea el potencial científico de un yacimiento, mayor será la importancia de su conservación y estudio.

⁴⁰⁷ Corte Suprema Rol: 27033-2019. Se encuentra en relación desde diciembre del año 2019.

⁴⁰⁸ En sentido contrario se pronunció el ministro Ampuero:

“...la singularidad no es un criterio que permita definir magnitud; la singularidad sirve de nexa para entender que el sitio, lugar o construcción pertenece al patrimonio cultural, y por tal razón, al medio ambiente, convirtiéndolo en un objeto de protección que limita, restringe o condiciona el ejercicio de una actividad o proyecto”. (Op. Cit. Voto en contra, considerando vigésimo primero).

- iii) **Potencial fosilífero:** Para determinar la significancia del impacto de un proyecto en un yacimiento paleontológico, es necesario considerar el potencial fosilífero del mismo⁴⁰⁹. Lo anterior se traduce en que a mayor potencial fosilífero de un área determinada, mayor será la presencia de piezas fosilíferas y en consecuencia, su afectación será más significativa por cuanto afectaría cada uno de los objetos de protección que consagra la ley 17.288.

b. “Caso Minera Los Pelambres en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente”⁴¹⁰

En el año 2014 Minera Los Pelambres (en adelante MPL) interpuso reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 90 del 12 de febrero del año 2014 dictada por la SMA; la resolución reclamada impuso a MPL una multa de 2.595 UTA por el incumplimiento de las condiciones contenidas en la RCA N° 38 del 07 de abril de 2004 de la COREMA de la IV región, que calificó favorablemente el Proyecto Integral de Desarrollo, principalmente por el incumplimiento de las medidas establecidas para resguardar el patrimonio arqueológico y cultural del área de influencia del proyecto.

En la RCA N° 38/2004 MPL se comprometió a implementar una serie de medidas de mitigación y compensación, incluyendo aquellas destinadas al rescate, conservación y puesta en valor de los sitios arqueológicos y el patrimonio cultural encontrados en su área de influencia, principalmente en el área denominada de El Mauro. Entre las medidas que se establecieron, se encontraba la construcción de un Parque Rupestre y una Sala de Exhibición en el fundo Monte Aranda; respecto de esta última medida en el año 2011 el titular del proyecto realizó una consulta de pertinencia sobre la modificación de la medida, que principalmente comprendía la construcción y habilitación del “Centro de Difusión del Patrimonio Cultural del Choapa”, la consulta de pertinencia fue resuelta por la autoridad

⁴⁰⁹ El tribunal recurre a este criterio luego de concluir que, de lo dispuesto en el artículo primero de la ley 17.288 se desprende que cada una de las piezas fósiles se encuentran protegidas como monumento nacional al tenor de dicho cuerpo normativo.

⁴¹⁰ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-33-2014, 30 de julio de 2015.

ambiental señalando que este no constituía un cambio de consideración y por ende no debía ser evaluado ambientalmente.

El Comité de Defensa Personal del Pueblo de Caimanes denunció ante la SMA el incumplimiento de la RCA N° 38 de 2004, en relación a los compromisos ligados a la construcción del Parque Rupestre y demás medidas asociadas al patrimonio cultural del área de influencia del proyecto. A raíz de estas denuncias, la SMA formuló cargos por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el considerando 10 de la RCA N° 38 de 2004 (referidas a las medidas de mitigación y compensación asociadas al proyecto), y otros cargos vinculados al incumplimiento de la Resolución Exenta N° 65 de 2013 que instruye la forma y el modo de presentación de los antecedentes solicitados por la SMA.

La SMA emitió la Resolución Exenta N° 90 del 12 de febrero de 2014, que en su considerando primero resuelve:

*“...que los incumplimientos imputados a la Minera Los Pelambres, el titular del ‘Proyecto Integral de Desarrollo’, se encuentran acreditados en el procedimiento administrativo sancionatorio incoado por esta Superintendencia, por lo que procede sancionarle de la siguiente forma: a) Las infracciones a las normas, condiciones y/o medidas establecidas en los considerandos 10.3 y 10.4 de la RCA 38 de 2004, constituyen una infracción a la letra a) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, que se clasifica como grave según lo dispuesto en el numeral 2 letra e) del artículo 36 de la misma ley, por lo cual se impone al regulado **una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales**. b) Por su parte, con respecto a la infracción a la Resolución N° 574, se **absuelve a MPL del cargo**”⁴¹¹.*

La reclamación interpuesta por MPL en contra de dicha resolución se funda en los siguientes argumentos: i) la naturaleza de las obligaciones de mitigación y compensación; ii) diligencia en el cumplimiento de las medidas; iii) inexistencia de extemporaneidad en el cumplimiento; iv) vulneración de la confianza legítima; v) errada calificación de la gravedad de la infracción;

⁴¹¹ Resolución Exenta N° 90 de la Superintendencia del Medio ambiente, del 12 de febrero de 2014, considerando primero.

e vi) incorrecta imposición de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA⁴¹².

En lo que nos importa, uno de los argumentos esgrimidos por MPL para eximirse de su responsabilidad administrativa, es sostener que la naturaleza del proceso de ejecución de las medidas asociadas al patrimonio arqueológico, hace imposible la existencia de un plazo determinado, ya que la verificación de dichas medidas responden a un proceso de gran complejidad y envergadura. El tribunal es categórico al momento de rechazar este argumento, por cuanto las condiciones establecidas en la RCA para mitigar, reparar o compensar los impactos de la actividad en el patrimonio arqueológico, exige necesariamente precisar el momento u oportunidad en que dichas medidas deban ejecutarse⁴¹³.

Uno de los puntos que nos parece relevante revisar versa sobre la calificación de la infracción. La resolución sancionatoria de la SMA calificó la infracción consistente en el incumplimiento de las medidas comprometidas en la RCA N° 38/2004 como grave de conformidad al artículo 36 numeral 2 letra e) de la LOSMA, los fundamentos contenidos en la resolución fueron los siguientes: i) la pérdida de piezas arqueológicas, ii) el presunto mal estado de otras por haber permanecido durante muchos años en acopios temporales no autorizados por la RCA N° 38 de 2004, y iii) que la comunidad no haya podido tener acceso al valioso patrimonio cultural retenido por el titular.

Para dilucidar si la calificación de la infracción corresponde, el tribunal consideró el hecho de que el titular dio inicio a la operación del proyecto sin implementar las medidas comprometidas en la oportunidad precisada para ello, vale decir, antes de dar inicio a la etapa de operación del proyecto, ya que en la evaluación ambiental se estimó que los impactos al patrimonio arqueológico serían debidamente mitigados, reparados o compensados si se cumplían previo el inicio de la fase operativa y no después. Lo anterior, sumado al mínimo estado de avance en que se encontraban las medidas al momento de finalizar la fase de construcción del proyecto. Por último, el tribunal se refiere a la relevancia de la construcción del Parque Rupestre, el cual a juicio del tribunal consiste por sí mismo, en una relevante

⁴¹² Únicamente nos referiremos al análisis que realiza el tribunal acerca de la afectación, protección y valorización del patrimonio arqueológico, omitiendo el pronunciamiento sobre los demás argumentos esgrimidos en este caso.

⁴¹³ Op. Cit. Considerando vigésimo.

entidad para la protección del patrimonio arqueológico, lo que se ve incrementado teniendo en consideración que la ejecución de otras de las medidas comprometidas dependían de la construcción del Parque Rupestre.

Otro de los puntos que revisaremos es el análisis que realiza el tribunal de la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA por parte de la SMA. En primer lugar, respecto de la circunstancia del artículo 40 letra a) “importancia del daño causado o del peligro ocasionado”, el tribunal se encarga de delimitar el alcance de esta circunstancia, haciendo presente que de acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40 se dan dos hipótesis que permiten su configuración: i) concurrencia de un daño y; ii) hipótesis de peligro concreto que requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma.

El tribunal explica que el alcance de estos conceptos debe entenderse como referencia a la simple afectación o peligro ocasionado con la infracción; mientras que la importancia o significancia del daño o peligro, no es un requisito de procedencia de la circunstancia, sino que justamente el criterio que debe utilizar la SMA para graduar el efecto que tendrá en la determinación de la sanción específica a aplicar⁴¹⁴.

En este caso en concreto que la aplicación del artículo 40 letra a) se realiza de acuerdo a la hipótesis de peligro, la que la SMA funda principalmente en la falta de información y/o diligencia asociada al manejo, cuidado y seguimiento del patrimonio arqueológico, argumentos que al juicio del tribunal son insuficientes para acreditar un peligro ocasionado, la SMA ni desarrolló de manera exhaustiva cómo estas situaciones generaron un peligro concreto para el patrimonio arqueológico, sobre todo si el proceso fue supervisado por el CMN.

Agrega que el CMN autorizó el depósito temporal de las piezas arqueológicas en un lugar distinto al autorizado inicialmente en la RCA, que si bien no es el lugar donde se encuentran actualmente, “*se desprende que dicho traslado habría contado al menos con el conocimiento del CMN*”⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Op. Cit. Considerando sexagésimo segundo.

⁴¹⁵ Op. Cit. Considerando sexagésimo quinto.

Uno de los criterios que utilizó el tribunal respecto a lo señalado por la SMA, se refiere al hecho de que la comunidad no haya podido tener acceso al patrimonio arqueológico, señala que es interesante cómo la autoridad administrativa no precisó lo siguiente:

“...cómo dentro del horizonte de tiempo relevante, tanto cultural como generacionalmente, el atraso en poner en valor un patrimonio que nunca antes estuvo disponible pueda representar una pérdida de significancia para las generaciones que sí dispondrán de éste hacia el futuro”⁴¹⁶.

Vale decir, el tribunal descarta que pueda existir un atraso en poner en valor el patrimonio arqueológico, por cuanto nunca antes estuvo disponible para la comunidad.

Respecto de la hipótesis de daño el tribunal señala que la SMA sí logró acreditarlo, de los antecedentes se acreditó la pérdida de una pieza arqueológica, no obstante, si bien estima que procede la aplicación de la circunstancia del art. 40 letra a), esta adolece de suficiente fundamentación tanto de la determinación del daño, como de su ponderación a afectos de determinar la sanción. Lo anterior porque a juicio del tribunal, la entidad del daño no se encuentra determinada, señala lo siguiente:

“Que, a juicio de este Tribunal, la entidad del daño no se encuentra determinada, debido a que la resolución impugnada no señala cuál es la importancia que la pérdida del Bloque N° 25 del sitio MAU26 representa para el patrimonio arqueológico intervenido... no se puede deducir cuál es el valor intrínseco de la pieza, bajo qué parámetros se definió su trascendencia, unicidad y representatividad, y qué incidencia tiene su pérdida en términos de capacidad para comprender el sitio... En definitiva en ninguna parte se hace referencia a la singularidad y características de la pieza arqueológica para el patrimonio”⁴¹⁷.

Lo que a juicio del tribunal es fundamental al momento de establecer la importancia del daño, y su relevancia en la determinación de la sanción. Agrega que de conformidad a la documentación acompañada al proceso, la pieza perdida sería una de 254 piezas de arte rupestre.

⁴¹⁶ Op. Cit. Considerando sexagésimo quinto.

⁴¹⁷ Op. Cit. Considerando sexagésimo octavo.

En definitiva, el tribunal señala que no existen antecedentes que le permitan hacerse una idea acerca de la singularidad de la pieza, ni de su valor arqueológico, por lo tanto tampoco se puede determinar la significancia del daño ocasionado a efectos de determinar la sanción. Lo anterior, a juicio del tribunal generó un vicio en la resolución reclamada que se enmienda por el tribunal.

El tribunal concluye que la SMA no fundamentó suficientemente la aplicación de las circunstancias del art. 40 LOSMA, no se comprende de qué forma arribó a la multa de 2.595 UTA, por lo que no se puede analizar si existió proporcionalidad en la sanción impuesta.

El tribunal resuelve acoger la reclamación de autos, solo en cuanto a la aplicación y fundamentación de las circunstancias del artículo 40, debiendo el Superintendente dictar una nueva resolución fundamentando suficientemente la determinación de la multa que corresponda imponer al titular⁴¹⁸.

⁴¹⁸ En la Resolución Exenta la SMA se encarga de analizar la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para la determinación de la sanción aplicable, dejando en claro que para la aplicación de las sanciones pecuniarias se analizará el beneficio económico derivado de la infracción y el nivel de lesividad asociado a la infracción. Respecto de la ponderación de la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LOSMA respecto de la pérdida de la pieza arqueológica bloque N° 25 del sitio MAU26, al respecto la SMA ofició al CMN para que este informara sobre la unicidad, trascendencia, representatividad o valor arqueológico y/o la incidencia o significancia que implicó la pérdida de dicha pieza arqueológica. El CMN remitió Ordinario N° 831/2017 donde señaló que la pérdida del bloque N° 25 del sitio MAU 26 constituyó un daño de alto impacto considerando en primer lugar, que cada bien patrimonial tiene un valor intrínseco en sí mismo y por ende la pérdida de la pieza arqueológica es un daño patrimonial irreparable, que el bloque perdido no es solamente un bien patrimonial sino que constituía un bien patrimonial protegido oficialmente por el estado. Los criterios que se utilizan para determinar de forma objetivo el impacto del daño son: Criterio espacial (hace referencia a si el bien perdido es un bloque aislado o forma parte de un conjunto más amplio, se considera que la pérdida de un bloque aislado tiene una mayor incidencia que la de un bloque de un sitio con varias rocas marcadas, debido a que en el primer caso se pierde completamente la indicación de una acción humana en un punto del espacio); Criterio visual (se refiere a los diseños presentes en el bloque, se considera un impacto diferencial si el diseño es o no frecuente en el sitio o sector, siendo de mayor impacto según la menor frecuencia del diseño); Estado de conservación (considera el estado en que se encuentran los grabados, y por ende si es posible extraer información en la actualidad y de perduración en el tiempo a largo plazo); Registro digital (en este caso específico respecto de un bloque de arte rupestre es posible recuperar cierta información desde fotografías digitales, por lo tanto, para evaluar el daño a partir del respaldo digital que se tenga).

No obstante, la SMA difiere tanto de la metodología como de los criterios antes señalados, en tanto es sólo una de las perspectivas que se pueden considerar para el análisis. La SMA considera los criterios de valor arqueológico del bien como la extensión. Además, se deben considerar todo el espectro de circunstancias negativas que se desprenden de la infracción, lo que implica considerar la alta complejidad del patrimonio cultural como bien jurídico, el carácter de la pieza como monumento arqueológico, y la prioridad de su conservación.

Del análisis y ponderación de la circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, SMA establece una sanción pecuniaria que asciende a la suma de 2.326 UTA en contra de MPL por el incumplimiento de las condiciones establecidas en la RCA N° 38/2004.

Del análisis de la sentencia se pueden rescatar varios criterios que aplica el tribunal para la determinación de la magnitud del daño sobre el patrimonio arqueológico, a saber: valor intrínseco, trascendencia, unicidad, representatividad y singularidad. Lamentablemente el tribunal se profundiza sobre el sentido y alcance de estos criterios.

Lo que sí se puede desprender es que existen ciertos factores propios de los restos o sitios arqueológicos que permitirían a los tribunales efectuar una apreciación de la entidad del daño o afectación de estos, lo que se encuentra intrínsecamente vinculado a una valorización que realicen los tribunales de los elementos de este componente cultural. A modo de ejemplificar lo anterior, la destrucción de una pieza arqueológica podría ser más o menos relevante según se trate de una pieza única que sea el único vestigio de un período determinado y además tenga un alto potencial informativo, o por el contrario se trate de un resto arqueológico que forma parte de un conjunto mayor cuyo potencial informativo sea mínimo.

c. “Caso Pampa Camarones en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente”

419_420

En el año 2014 la empresa Pampa Camarones S.A. interpuso reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 1.272 dictada por la SMA con fecha 02 de octubre de 2014, en el procedimiento sancionatorio incoado bajo el Rol D-017-2013, la cual resolvió rechazar el recurso de reposición interpuesto por Pampa Camarones y que tuvo por extemporáneo el traslado evacuado por Pampa Camarones; posteriormente la empresa interpuso una segunda reclamación, esta vez en contra de la Resolución Exenta N° 1582 también de la SMA pronunciada el 18 de noviembre de 2014, que tuvo por cerrada la investigación del procedimiento sancionatorio y lo suspendió hasta la resolución de la primera reclamación judicial (acumuladas). En el año 2015 Pampa Camarones interpuso una tercera reclamación, que también se acumuló a la primera, asignándole el Rol N° R-71-2015, la reclamación se dedujo en contra de la Resolución Exenta N° 80 del 04 de febrero de 2015 de la SMA,

⁴¹⁹ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-51-2014 de 08 de junio de 2018.

⁴²⁰ Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 41.815-2016, 01 de marzo de 2017.

correspondiente a la resolución sancionatoria (la cual fue enmendada por la Resolución Exenta N° 455 del 08 de junio de 2015 de la SMA).

Respecto de la ejecución de estos proyectos, la SMA inició en el año 2013 un procedimiento administrativo sancionatorio, formulándose distintos cargos en contra del titular, los cargos versaban sobre el manejo de residuos, la alteración del hábitat de la fauna y la afectación del patrimonio arqueológico, hacemos presente que a la luz de nuevos antecedentes sobre la superficie intervenida por la empresa, la SMA reformuló los cargos. Únicamente nos referiremos al razonamiento del tribunal que se relacione con el patrimonio arqueológico.

En la reformulación de cargos, la SMA formuló cargos por el incumplimiento las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA N° 33/2011 y RCA N° 29/2012, e incumplimiento de la Res. Ex. N° 574 de la SMA, relativo al requerimiento de información por parte de la SMA. Los cargos por los que finalmente se sancionó a Pampa Camarones S.A. que versan sobre el patrimonio arqueológico fueron los siguientes: Inadecuada señalización y demarcación de monumentos arqueológicos en el sitio Salamanqueja 1-11; inexistencia de señalética en las zonas de resguardo arqueológico norte, sur, este u oeste; intervención y afectación de monumentos arqueológicos sin cumplir con la Ley N° 17.288 y sin autorización del CMN; incumplimiento del compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en las hectáreas irregularmente intervenidas, de manera previa a la instalación de las obras del proyecto; entrega de los planes de monitoreo y contingencia arqueológica después del inicio de la ejecución del proyecto y la afectación de sitios arqueológicos.

Luego de la reformulación de cargos el titular presentó un programa de cumplimiento, el cual fue rechazado por la SMA por no cumplir con los criterios de integridad y verificabilidad.

En enero del año 2015 la SMA reinició el procedimiento sancionatorio en virtud de los principios de eficiencia, celeridad y conclusión.

El 04 de febrero de 2015 la SMA dictó la Resolución Exenta N° 80, , que sancionó con multa 12 hechos infraccionales; el monto total de la multa ascendió a 4.308,3 UTA; dicha resolución fue enmendada luego por la Resolución Exenta N° 455 del 08 de junio de 2015, que rebajó la

multa de 54 a 49 UTA respecto del primer hecho infraccional (que versaba sobre el manejo de residuos), mantuvo el monto respecto de los demás, y aplicó un ajuste por capacidad de pago, reduciéndose en un 17% el monto total de la multa, rebajándose a 3.575,9 UTA; en contra de estas resoluciones la empresa presentó un tercer reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental.

En síntesis Pampa Camarones S.A. interpuso tres reclamaciones ante el Tribunal Ambiental, a las que se les asignaron respectivamente los roles R-51-2014, R-55-2014 y R-71-2015. De acuerdo a lo establecido en el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal dispuso la acumulación de la segunda y tercera reclamación a la primera. El reclamante se desistió de la reclamación rol R-55-2014.

Respecto de los argumentos esgrimidos en la reclamación rol R-51-2014 se aborda la competencia de la Fiscal Instructora para resolver el recurso de reposición y la extemporaneidad del recurso de reposición y del traslado evacuado por el titular del proyecto, por ser discusiones que se alejan de la materia que nos importa, no se abordarán.

Sí nos interesan los argumentos esgrimidos en la reclamación rol R-71-2015, que en términos generales versan sobre la errónea calificación de los infracciones en relación a la intervención de los sitios arqueológicos Salamanqueja 12-13; errónea clasificación de las infracciones en relación a la intervención de los sitios arqueológicos Salamanqueja 12-13 y los planes de monitoreo y de contingencia arqueológica y; errónea aplicación de las reglas del artículo 40 de la LOSMA, en especial respecto de nuestro estudio, lo que se refiere a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado respecto de la intervención del sitio arqueológico Salamanqueja 12-13, de la inadecuada señalización y demarcación de los monumentos arqueológicos en los sitios arqueológicos Salamanqueja 1 al 11 y; la entrega de los planes de monitoreo y de contingencia arqueológica al CMN de manera posterior al inicio de la ejecución del proyecto y a la afectación de sitios arqueológicos.

El primer análisis que realiza el Tribunal Ambiental se refiere a la errónea calificación de las infracciones que el reclamante alega errores de hecho y de derecho por parte de la SMA al tipificar la infracción N° 7, consistente en la intervención irregular de un área aproximada de 15 hectáreas del sitio Salamanqueja 12-13, sin cumplir con el compromiso de recolección

superficial de al menos 20% de los eventos líticos emplazados en el área, de manera previa a la instalación de las obras del proyecto, infringiendo a juicio del reclamante el principio de tipicidad. Lo anterior debido a que la SMA habría interpretado el alcance de las obligaciones de la RCA considerando que el criterio de representatividad de la muestra se cumple en la medida que el 20% de la muestra provenga de toda el área a intervenir, requisito que según la reclamante es inexistente. Según lo reconoció Pampa Camarones, la muestra se habría realizado sobre el universo disponible y no sobre la totalidad del área a intervenir, lo que a juicio del tribunal significó que se incumpliera el criterio de representatividad exigido.

Otro de los argumentos planteados por los reclamantes que nos parece conveniente revisar, es la errónea clasificación de las infracciones por parte de la SMA durante el procedimiento sancionatorio, en especial sobre la infracción consistente en la intervención de los sitios arqueológicos Salamanqueja 12-13, la cual fue calificada por la SMA como gravísima, el titular señala que su calificación correspondería a leve por no concurrir los requisitos de los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LOSMA. Lo anterior en atención a que la SMA estimó que con la intervención irregular de los sitios arqueológicos se habría producido daño ambiental irreparable.

La reclamante alega que no se habría producido daño arqueológico y menos daño ambiental, en tanto la recolección superficial del 20% de los eventos líticos constituía una de las acciones comprometidas para profundizar en la investigación del sitio arqueológico; y agrega que subsisten eventos líticos ubicados en áreas de resguardo y no de intervención, encontrándose en un buen estado de conservación.

A su vez la SMA señaló que existían antecedentes suficientes para clasificar la infracción gravísima, en tanto se tuvo por acreditado el daño ambiental irreparable en el procedimiento sancionatorio. Agrega que tomó en consideración lo señalado por la perito arqueóloga Nuriluz Hermosilla, quien habría indicado que se afectó el corazón del sitio Salamanqueja 12-13, que constituía su área más densa y que se hacía necesaria una recolección de eventos de esa zona, donde no se efectuó recolección alguna. Del informe pericial de la arqueóloga, la SMA agrega que la centralidad del área intervenida respecto de todo el sitio generaba que el daño arqueológico fuera más significativo y que constituyera daño ambiental. Además la SMA señala, respecto del daño ambiental, *“que lo relevante no es la magnitud o extensión de la*

*superficie donde se encuentran los eventos líticos, sino su importancia a nivel científico e histórico*⁴²¹, agrega que a raíz del daño ambiental irreparable se generó la imposibilidad de generar una investigación completa respecto de las condiciones de vida de los habitantes primitivos del sector.

Sobre este punto el tribunal se encarga de aclarar que está llamado a efectuar un control de legalidad de lo resuelto por la SMA, lo que no implica reproducir las exigencias propias del procedimiento por daño ambiental regulado en la ley 20.600, lo anterior se traduce en que será el Superintendente en sede contenciosa administrativa el que determine si resulta aplicable el régimen de responsabilidad por daño ambiental a la luz de la definición del artículo 2 literal e) de la ley 19.300, el tribunal ambiental únicamente debe controlar la legalidad de dicha actuación, debiendo determinar para ello si dicha decisión se encuentra debidamente fundamentada.

Respecto del daño, la resolución sancionatoria fundamenta la calificación de la infracción en el hecho de que ningún evento lítico fue recolectado en una superficie aproximada de 15 hectáreas en la zona de intervención del sitio arqueológico Salamanqueja 12-13, siendo ésta el área más densa de eventos líticos en comparación con el resto del sitio. Respecto de la irrecuperabilidad del daño ambiental, la resolución sancionatoria precisa que es irreparable debido a que es imposible reponer sus componentes al estado original, afectándose no sólo la información que cada objeto pudiera afectar, sino que el conjunto de relaciones que estos objetos presentaban en su depósito original.

La SMA estima que la importancia de una afectación que termine traduciéndose como daño ambiental no debe necesariamente poner el foco en la magnitud o extensión de la superficie intervenida, sino que también su importancia a nivel científico e histórico, lo que se traduce en que respecto del criterio de significancia, se debe considerar no únicamente los criterios cuantitativos, sino que además, los cualitativos.

El tribunal concluye que, de acuerdo a lo señalado anteriormente, la SMA fundamentó suficientemente la concurrencia del requisito de la letra a) N° 1 del artículo 36 de la LOSMA, por cuanto se desarrollaron con claridad los motivos que llevaron a la autoridad a calificar la

⁴²¹ Op. Cit. Considerando septuagésimo tercero.

infracción como gravísima. Lamentablemente el tribunal no desarrolla los criterios, sino que simplemente señala que la SMA desarrollo los fundamentos para considerar que concurre el requisito de la letra a) del N° 1 del art. 36.

Otro de los argumentos que nos interesa analizar a efectos de nuestro estudio, versa sobre las alegaciones de la reclamante sobre la errónea aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, específicamente la importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

Sobre este punto la reclamante señala que hubo una errónea aplicación por parte de la SMA de esta circunstancia, lo anterior por cuanto se habría infringido el principio non bis in ídem, dado que la SMA al efectuar la clasificación de la infracción intervención del sitio arqueológico Salamanqueja 12-13 y al realizar la aplicación de la circunstancia contenida en la letra a) artículo 40 de la LOSMA, habría fundamentado en los mismos hechos.

El tribunal se encarga de marcar enfáticamente que no se puede sostener la existencia de una infracción al principio non bis in ídem, por cuanto para clasificar la infracción como gravísima se utilizó el requisito de daño ambiental irreparable, mientras que para efectuar la aplicación de la circunstancia del artículo 40 letra a) de la LOSMA se consideró la importancia o magnitud del daño como circunstancia para determinar el monto específico de la multa.

En lo que nos importa, a juicio del tribunal respecto de la aplicación de la circunstancia del artículo 40 letra a) el incumplimiento de la ley 17.288 y su Reglamento, supone a lo menos una situación de peligro para el patrimonio arqueológico⁴²². Lo anterior, se sumado a lo señalado por la SMA acerca del carácter preventivo de las medidas contenidas en la RCA para evitar la afectación de los monumentos arqueológicos, permiten concluir al tribunal que la resolución sancionatoria de la SMA acerca de la circunstancia de peligro ocasionado, se encuentra suficientemente motivada.

El tribunal resuelve rechazar la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 1.272 del 02 de octubre de 2014, de la SMA y, rechazar la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 80 del 04 de febrero de 2014, enmendada por la Resolución

⁴²² Op. Cit. Considerando centésimo trigésimo sexto.

Exenta N° 455 del 09 de junio de 2015, ambas de la SMA. El fallo fue acordado con el voto en contra del Ministro Valdés quien estuvo por acoger la reclamación sólo respecto de la falta de fundamentación en la aplicación del artículo 40 letra f) de la LOSMA en lo que se refiere a la capacidad económica del reclamante.

En contra del fallo de primera instancia Pampa Camarones S.A. entabló los recursos de casación en la forma y en el fondo que se limitó sólo a lo resuelto por el tribunal ambiental respecto del hecho infraccional consistente en la intervención del sitio arqueológico Salamanqueja 12-13 y el incumplimiento de la obligación contenida en la RCA consiste en la recolección del 20% de los eventos líticos en el área donde serán instaladas las obras del proyecto, sancionado con una multa de 2.911 UTA.

El punto principal que se presentó como controversia por el titular radica en la tipicidad; para ello la Ilustrísima Corte Suprema se encarga de realizar un análisis sobre la obligación impuesta a Pampa Camarones S.A. en la RCA consistente en la recolección del 20% de los eventos líticos en el área donde fuesen instaladas las obras del proyecto, concluyendo que del texto de la RCA sólo cabe entender que “*en el área donde serán instaladas las obras del proyecto*”, sólo cabe entender que se refiere a la totalidad del suelo en que se llevarían a cabo los trabajos del proyecto. Respecto de la oportunidad en que debían realizarse la recolección, la Corte Suprema señala que en materia ambiental, rige el principio preventivo, cuyo objetivo es el de evitar o a lo menos reducir los efectos negativos que pueda generar las intervenciones en el medio ambiente; en esta misma línea, la Corte menciona la importancia de tener presente que la RCA y las condiciones impuestas en ella, se establecen como instrumentos destinados a velar por la protección del medio ambiente, y a su vez, la sanción se establece como un mecanismo tendiente a asegurar el cumplimiento de las condiciones contenidas en la RCA y no como un fin en sí misma; para la ilustrísima Corte Suprema, la obligación de recolectar el 20% de los eventos líticos debía cumplirse antes de ejecutar las faenas en el terreno, pues el objetivo de esta medida, a juicio de la Corte Suprema, consistía en “*conocer los antecedentes de interés arqueológico que se pudieran extraer de tal retazo del yacimiento Salamanqueja 12-13*”⁴²³.

⁴²³ Op. Cit. Considerando cuadragésimo primero, fallo de segunda instancia (*Énfasis agregado*).

La Corte agrega que de los antecedentes de la causa se demostró que Pampa Camarones S.A. actuó de forma contraria a la establecida en la RCA; más aún intervino una zona de 15 hectáreas con trabajos de construcción e instalación propias del proyecto, que ocasionaron la pérdida de los eventos líticos que se emplazaban en el área.

Respecto de la capacidad de pago de Pampa Camarones S.A. la Corte señala que con el propósito de no facilitar el incumplimiento de la normativa ambiental por parte de los titulares se debe tener en consideración la existencia, significancia y reparabilidad del daño ambiental ocasionado, lo que en el caso concreto se traduce en que la multa establecida se erige como un instrumento eficiente que busca disuadir los incumplimientos de Pampa Camarones S.A.

La Corte Suprema resuelve rechazar los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por Pampa Camarones S.A. en contra de la sentencia de primera instancia del Segundo Tribunal Ambiental, la que en consecuencia no es nula.

Del análisis de estas sentencias, nos fue posible rescatar un criterio que nos parece interesante respecto del patrimonio arqueológico:

- i) **Valor científico:** Para determinar el valor o magnitud en que se hubiera afectado el patrimonio arqueológico, es necesario atender a la importancia que éste tuviera a nivel investigativo. Este es un criterio cualitativo que omite la consideración de factores como la extensión del área donde se encontraran los restos arqueológicos o la cantidad misma de éstos, sino que atiende a la relevancia que determinadas piezas arqueológicas habrían podido tener al momento de llevar a cabo una investigación de carácter científica, antropológica y/o histórica.

Conclusiones

El patrimonio arqueológico tiene un rol esencial al momento de construir la identidad de una sociedad, en nuestra memoria histórica radica la construcción de quiénes somos en el presente y quiénes seremos en el futuro; este componente ambiental es el patrimonio tangible de un grupo humano que nos precedió, y es a su vez la huella cultural que nos dejan como legado a través del tiempo. Su acceso a las generaciones presentes y futuras incrementa la riqueza cultural de la nación, por ello su protección, conservación, difusión y valorización son esenciales para su preservación.

En este trabajo se pudo revisar el marco de protección del patrimonio arqueológico en todo el ordenamiento jurídico nacional, desde su protección más amplia como un elemento sociocultural que forma parte del medio ambiente en la Constitución Política de la República, protección de carácter indirecto a través de las diversas disposiciones de la carta fundamental al abordar el patrimonio cultural, en la consagración de las garantías fundamentales, en especial el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y por último a través de la acción de protección ambiental.

En esta misma línea, podemos recalcar la importancia de la normativa ambiental general, en particular la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y su reglamento, a través del cual se concreta la protección del patrimonio arqueológico, principalmente mediante el sistema de evaluación de impacto ambiental y los permisos ambientales sectoriales, mediante los cuales se materializa el principio preventivo consagrado en nuestro derecho ambiental, lo que se traduce en que se deben evaluar los posibles impactos negativos que pudiera provocar una actividad o ejecución de un proyecto en el patrimonio arqueológico, y en este sentido, el establecimiento de una serie de medidas disminuyan el riesgo de afectación o destrucción de esta valioso componente medioambiental, previo a otorgar la autorización para su ejecución.

Sin dejar de lado la importancia de la ley 19.300 en la protección del patrimonio arqueológico, el principal cuerpo normativo encargado de regular este patrimonio es la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, texto que se encarga de establecer una categoría de protección del patrimonio cultural de carácter general, los denominados monumentos nacionales, dentro de la cual se encuentra el patrimonio arqueológico, al que esta ley denomina monumentos

arqueológicos y/o paleontológicos. Como ya se abordó en este trabajo, resulta complejo desde las disciplinas de la arqueología y la paleontología que la ley los enmarque dentro de la misma categoría de protección, estableciendo con ello iguales parámetros y mecanismos de protección a dos categorías que son diametralmente distintas, en tanto una tiene su origen en formaciones naturales, y la otra es una creación artificial de seres humanos que habitaron en el pasado.

Sumado a ello, la ley 17.288 data de 1970 y su reglamento de 1991, sin haber sido modificados sustancialmente desde su promulgación, hemos visto sus deficiencias tanto en la conceptualización de los términos como en los mecanismos y procedimientos de protección y conservación del patrimonio arqueológico. En esta línea consideramos importante que exista una actualización de la ley 17.288 con el objetivo de armonizar sus disposiciones con el resto de la normativa ambiental, adecuarse a las nuevas técnicas de la ciencia de la arqueología y paleontología y, en especial para efectuar una valorización del patrimonio arqueológico, que permita implementar acciones tendientes a asegurar una debida protección, y conservación del patrimonio arqueológico.

En este sentido, en el mes de junio del año 2019 ingresó mediante mensaje presidencial el Proyecto de Ley que “Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural”, actualmente en tramitación. Este proyecto busca actualizar la normativa cultural vigente y junto con ello, modernizar la institucionalidad ambiental. A nuestro parecer, si bien este proyecto propone modificaciones significativas a la actual regulación del patrimonio cultural nacional, tales como la incorporación del patrimonio cultural inmaterial como objeto de protección, la actualización de las definiciones contenidas en el proyecto, la creación de registros culturales que permitan un mayor control del patrimonio cultural, la actualización de la institucionalidad vigente, la promoción de la educación formal y no formal sobre el patrimonio cultural y, la incorporación de los delitos contra el patrimonio cultural; consideramos que existen ciertas modificaciones que podrían resultar negativas para velar por la protección del patrimonio cultural, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

En primer lugar, la integración del Consejo Nacional del Patrimonio Cultural, organismo que busca reemplazar al actual CMN, es esencialmente de carácter gubernamental, lo que podría

llevar a que las decisiones sean más políticas que técnicas, sumando a que deja de lado a los profesionales de la ciencia de la paleontología, quienes son los expertos respecto del patrimonio paleontológico (actualmente incorporado como parte del patrimonio cultural nacional); a nuestro parecer debería primar una integración de profesionales expertos en las diversas materias del patrimonio cultural nacional, tanto del mundo civil como del público, sumado a la representación de los pueblos originarios en la composición de los órganos que busca crear el proyecto de ley.

Otro de los principales problemas que presenta al proyecto de ley es que para la determinación de todas las sanciones que contempla, indica que se deberá considerar el *daño producido al bien patrimonial protegido*, esto nos plantea dos problemas, el primero de ellos radica en la utilización del término “daño”, ya que podría pensarse que se alude al daño ambiental definido en la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, lo que no sería así en realidad, ya que el proyecto de ley no hace una remisión expresa a la definición contemplada en el artículo 2 letra e) de la ley 19.300, sino que, a nuestro parecer, utiliza la expresión en el sentido natural de la palabra, vale decir, detrimento, perjuicio o menoscabo al bien patrimonial del que se trate, el principal problema que conlleva aparejado el uso de esta expresión es la dificultad probatoria que podría significar la interpretación de la expresión como daño ambiental producido, probar un daño ambiental de carácter significativo podría traducirse en que la sanción no refleje el reproche jurídico establecido en contra de la conducta que hubiese provocado la afectación del bien protegido. El segundo problema que presenta esta fórmula para la determinación de las sanciones, consiste en que se deja de lado otras afectaciones al patrimonio cultural, tal como la afectación o alteración del patrimonio, que en sí mismas podrían no constituir un daño en tanto no implique la destrucción del bien, pero sí que se traduzca en un impacto negativo en su integridad y conservación.

Por otro lado, nos parece que el proyecto de ley comete una transgresión a los derechos de los pueblos originarios y comunidades indígenas al no someter el proyecto a consulta indígena previa, en tanto estas son materias que sin duda les podrían afectar y al tenor de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT debiese someterse al procedimiento de consulta. Adicionalmente el proyecto no reconoce la vinculación que podría existir entre una comunidad

y el patrimonio cultural de carácter tangible, que como ya se ha dicho, es parte de su identidad como colectividad y de un alto valor simbólico.

Por último, nos parece sumamente perjudicial para la protección no solo del patrimonio arqueológico, sino del patrimonio cultural nacional, que se otorgue competencia a los Juzgados de Policía Local para conocer de las infracciones al proyecto de ley de patrimonio cultural, más aun considerando que en nuestro país existe una institucionalidad judicial especializada para resolver las controversias que surjan en materia ambiental, nos referimos a los Tribunales Ambientales. Los Juzgados de Policía Local no dependen ni orgánica ni funcionalmente del poder judicial; no cuentan con la capacidad técnica idónea para resolver asuntos de esta naturaleza, y económicamente se encuentran supeditados a los recursos que entregue cada Municipio, lo que a la larga podría traducirse en mayores desigualdades según la comuna donde se cometa la infracción. Según nuestra perspectiva, son los Tribunales Ambientales los órganos jurisdiccionales los llamados a conocer y resolver los conflictos que surjan en materia de patrimonio cultural, en tanto cuentan con los recursos y la idoneidad técnica para asegurar una debida protección y conservación del patrimonio cultural nacional.

Ante la tramitación del actual proyecto de ley, nos parece indispensable que se modifique también el reglamento de la ley 17.288, por ello propusimos una modernización de las definiciones contenidas en el reglamento, con el objeto de dotarlas de mayor contenido técnico, una clasificación de los permisos de intervención, entendiendo que la excavación y la prospección no son las únicas intervenciones que se realizan en el patrimonio arqueológico, proponemos que en la tenencia y custodia de los restos y/o sitios arqueológicos intervengan los pueblos originarios, con la asistencia y colaboración del CMN y la CONADI; y por último, que la competencia para conocer de las infracciones al reglamento, se radique en los Tribunales Ambientales, como órganos especializados creados para el conocimiento y resolución de conflictos en materia ambiental.

Como se ha dejado entrever a lo largo de todo este trabajo, la protección del patrimonio arqueológico es esencial para una nación, puesto que éste es un patrimonio irremplazable, cuya pérdida se traduce en una pérdida no sólo significativa sino que además irremediable de nuestro pasado, de nuestra memoria y de nuestra identidad. Por ello, analizamos los criterios que ha adoptado la jurisprudencia nacional al momento de resolver las causas cuando versan

sobre el patrimonio arqueológico. Del análisis de las acciones de protección pudimos observar dos ejes centrales, el primero de ellos consistente en el análisis de la legitimación activa para incoar la acción de protección, la cual tendría el CMN y en subsidio el CDE, por cuanto el patrimonio arqueológico es propiedad del estado y el CMN es el encargado de velar por su protección, es interesante que la protección del patrimonio arqueológico, que a priori es de interés de la nación toda, recaiga únicamente en estos organismos, lo que se traduce en que la sociedad civil debe limitarse a comunicar la situación de emergencia que requiere del restablecimiento del imperio del derecho al CMN, y que en caso de interponer una acción de protección, esta será rechazada por carecer de legitimación activa. Otro de los aspectos relevantes al analizar estos fallos, versó sobre la utilización de la acción de protección como vía para proteger el patrimonio arqueológico ante una situación que podría no ser calificado como urgente para impetrar la acción de naturaleza cautelar, lo anterior sumado, a que según el razonamiento de las Cortes de Apelaciones, existen mecanismos en los procedimientos administrativos de carácter ambiental para alcanzar dichos fines, y en última instancia, son los organismos con competencia ambiental los llamados a dirimir dichas controversias.

Del análisis de las acciones por daño ambiental ocasionado al patrimonio arqueológico y/o paleontológico, destacamos que los tribunales nacionales utilizaron una serie de criterios de valorización de este componente, en algunos casos para determinar la “significancia” del daño ambiental, y en otros, directamente para determinar el monto de indemnización, entre estos criterios podemos mencionar el valor científico, la singularidad de resto o sitio del que se trate. Nos resultó relevante, que se tuviera en consideración la actuación de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental para determinar la responsabilidad en materia de daño ambiental, así se deja en evidencia que es responsabilidad del Estado a través de sus órganos el accionar de forma oportuna para evitar el daño al patrimonio arqueológico, o al menos, para evitar que este se incremente.

De la revisión de las reclamaciones interpuestas ante los Tribunales Ambientales, pudimos observar una aplicación de criterios de valorización al momento de resolver las reclamaciones, tales como la singularidad, criterio utilizado para determinar la magnitud de la afectación al patrimonio arqueológico y/o paleontológico, criterio que se encuentra estrechamente relacionado con la irrecuperabilidad del mismo, al singular o único, su pérdida es irreparable.

Otro de los criterios de valorización del patrimonio arqueológico y/o paleontológico utilizado por los tribunales ambientales se refiere al valor científico o académico de estos, vale decir, la cantidad de información que se puede obtener a través de su estudio.

Si bien la jurisprudencia nacional ha implementado ciertos criterios de valorización del patrimonio arqueológico para la resolución de los casos sometidos a su conocimiento, consideramos que existen otros que deberían ser considerados para lograr una protección integral de este patrimonio. Para nosotros, la valorización del patrimonio arqueológico se refiere precisamente al valor que como sociedad le otorgamos a este componente, consideramos que el establecimiento de ciertos criterios de valorización de carácter amplio resultarían útiles al momento de implementar acciones tendientes a su protección, conservación y difusión. Este valor está lejos de ser un elemento pecuniario que se pueda establecer a priori, hablamos de los significados y el valor simbólico que les otorgan las comunidades a las que pertenecen. En este sentido, nos parece relevante que se incorpore a las comunidades indígenas que puedan tener un vínculo sagrado o espiritual con el patrimonio arqueológico, en especial con el acceso de estas comunidades a los restos y/o sitios arqueológicos.

Finalmente, esperamos que el análisis del ordenamiento jurídico que regula el patrimonio arqueológico, el proyecto de ley de patrimonio cultural, las propuestas de modificación del actual reglamento de la ley 17.288 y el análisis jurisprudencial realizado en este trabajo, contribuya a las futuras discusiones acerca de la protección, conservación y difusión del patrimonio arqueológico, incorporando criterios de valorización del mismo que no se limiten a una valorización pecuniaria o a su potencial científico, sino que abarquen además, la valorización de sociedad toda de este patrimonio, de las comunidades y los pueblos originarios, sólo así se podrá asegurar la debida protección y puesta en valor de nuestro patrimonio arqueológico, sólo así podremos conservar nuestra herencia cultural para las generaciones futuras.

Anexos de jurisprudencia

Tabla de la jurisprudencia revisada en este trabajo, caratulado, rol fecha y tribunal.

Caratulado	Rol	Fecha	Tribunal
L.M.R.E. y R.C.A. con Subsecretario de Deportes, don G.R.T	8939-2013	02 de agosto 2013	Corte de Apelaciones de Santiago
A.M.C. y Otros con Ministro de Deportes don G.R.T.	538-2014	17 de junio de 2014	Corte de Apelaciones de Santiago
Comunidad Indígena Aymara Chucuruma con Ministerio de Bienes Nacionales y Otros	79459-2017	17 de abril de 2018	Corte de Apelaciones de Santiago
Comunidad Indígena de Belén con Consejo de Monumentos Nacionales	114303-2014	08 de abril de 2014	Corte de Apelaciones de Santiago
P.C.G. y Otros con Inmobiliaria Vista Sol SpA e Inmobiliaria El Mirador S.A	6943-2019	27 de febrero de 2020	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Estado de Chile con Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A.	11652-2004	02 de abril de 2004	Corte de Apelaciones de Puerto Montt
Comunidad Indígena de Belén con CMN	10572-2014	15 de mayo de 2014	Corte Suprema, Tercera Sala
Comunidad Indígena Aymara Chucuruma con Ministerio	8134-2018	09 de julio de 2018	Corte Suprema, Tercera Sala

de Bienes Nacionales y Otros			
L.M.R. y R.C.A. con Subsecretario de Deportes, G.R.T.	7677-2013	03 de enero 2014	Corte Suprema, Tercera Sala
Larrea con Inmobiliaria El Mirador S.A.	27564-2020	15 de mayo de 2020	Corte Suprema, Tercera Sala
Pampa Camarones S.A. en con SMA	41815-2016	01 de marzo de 2017	Corte Suprema, Tercera Sala
Pampa Camarones S.A. contra SMA	R-51-2014	08 de junio de 2018	Segundo Tribunal Ambiental
Minera Los Pelambres contra SMA	R-33-2014	30 de julio de 2015	Segundo Tribunal Ambiental
Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue con Empresa Eléctrica Carén S.A.	D-15-2019	26 de junio de 2020	Tercer Tribunal Ambiental
Ilustre Municipalidad de Puerto Montt con Servinet Limitada	D-19-2016	11 de julio de 2018	Tercer Tribunal Ambiental
Gabriela Simonetti Grez y Otros con SEA	R-77-2018	20 de agosto de 2019	Tercer Tribunal Ambiental

Bibliografía

LIBROS

ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. “*Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general*”. Santiago, 1998. Editorial Jurídica de Chile.

BARRAZA LLERENA, José. “*Manual de Patrimonio Cultural y Natural: Arica y Parinacota*”. Santiago, 2003. Consejo de Monumentos Nacionales.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “*Fundamentos de Derecho Ambiental*”. Valparaíso, 2015. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

CASTILLO, Marcelo. “*Régimen Jurídico de Protección del Medio Ambiente: Aspectos Generales y Penales*”. Santiago, 1994. Ediciones Bloc.

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. “*Memoria 2006-2010*”. Chile, 2010. Consejo de Monumentos Nacionales.

GARCÍA, María Pilar. “*El patrimonio cultural. Conceptos básicos*”. Zaragoza, 2011. Prensas Universitarias de Zaragoza.

LE GOFF, Jacques. “*El Orden de la Memoria*”. España, 1991. Ediciones Paidós.

MATEOS, Antonio. “*Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*”. Madrid, 1992.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales*”. Santiago de Chile, 2008. Ediciones Librotecnia.

ZAPATA, Juan Francisco. “*Hacia una protección amplia del Patrimonio Cultural en el ordenamiento jurídico chileno*”. Concepción, 2017. Universidad de Concepción.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

BERMÚDEZ, Jorge. “*El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 2000. Vol. 21: 9-25

CORRAL, Hernán. “*Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del medio ambiente*”. Revista Chilena de Derecho. 1996. Vol. 23 (1): 143-177.

CORTÉS, Silvia. “*Patrimonio y educación*”. Contextos, estudios de humanidades y ciencias sociales. 2008. N° 20: 205-212.

DOUGNAC, Fernando. “*Análisis del Derecho Constitucional a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación*”. [en línea]. s.f. <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/DERECHO-A-VIVIR-LIBRE-DE-CONTMINACION-f-dougnac.pdf>> [consulta: 19 de junio 2020]

FERNANDOIS, Arturo. “*El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia en postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)*”. Revista Chilena de Derecho. 2016. Vol. 43, N°1. [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100004 [fecha de consulta: 23 de mayo de 2020]

MENDOZA, Tomás. “*Recurso de protección ambiental: Jurisprudencia reciente (2017)*”. Latin American Legal Studies. 2019. Volumen 4: 107-142. [en línea] <http://lals.uai.cl/index.php/rld/article/view/48> [fecha de consulta: 23 de mayo de 2020]

RIQUELME, Paulina. “*Permisos ambientales sectoriales en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*”. Revista de Derecho Administrativo Económico. 1999. Vol. I, N° 1.

ROPERT, Rodrigo. “*La conservación del patrimonio cultural urbano en el ordenamiento jurídico chileno*”. Revista de Derecho Ambiental. 2002. N° 1. P. 120.

RUIZ-TAGLE, Pablo. “*La propiedad en Chile y sus dilemas*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2018. N° 51. [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000200199#fn68 fecha de consulta: 22 de mayo de 2020]

URIBE RODRIGUEZ, Mauricio y ADAN ALFARO, Leonor. “Arqueología, patrimonio cultural y poblaciones originarias: Reflexiones desde el desierto de Atacama”. Revista Chungará. 2003. Vol. 35, N° 2: Pp.295-304.

OTROS

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 186°, celebrada el martes 9 de marzo de 1976. En Actas Oficiales de la Comisión Constituyente Sesión 182 a 214. P. 134. [en línea] https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 31 de mayo de 2020]

ASOCIACIÓN PALEONTOLÓGICA DE CHILE. “Desde el norte al sur: Un rico patrimonio paleontológico que debe ser protegido por la ley nacional”. Valdivia, 2020. P. 4. [en línea] <https://www.achp.cl/manejador/resources/memoria-achp-2020-desde-el-norte-al-sur4.pdf> [fecha de consulta: 15 de julio 2020]

CABEZA MONTEIRA, Ángel. “El patrimonio arqueológico y los Pueblos Indígenas: Reflexiones acerca de América Latina y Chile.” s/f. [en línea] https://www.cedem.cl/C03_lineas/05_lin05/El%20Patrimonio%20Arqueol%C3%B3gico%20y%20los%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas%20ESP.pdf [fecha de consulta: 15 de julio de 2020]

CONAF 2017. Manual para la planificación del manejo de las áreas protegidas del SNASPE. Santiago de Chile, Chile. [en línea] https://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1515526054CONAF_2017_MANUALPARALAPLANIFICACI%C3%93N_DELASAREASPROTEGIDASDELSNASPE_BajaResoluci%C3%B3n.pdf [fecha de consulta: 24 de agosto 2020]

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. “Programa de Educación Patrimonial: Guía de Apoyo Docente. Nociones generales sobre Patrimonio en Chile” [en línea] <http://colorearte.cl/wp-content/uploads/2015/04/pepa.pdf> [fecha de consulta: 19 de junio de 2020]

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. Definición de Categoría Monumentos Arqueológicos. s/f [en línea] <https://www.monumentos.gob.cl/monumentos/definicion/monumentos-arqueologicos> [fecha de consulta: 09 de julio 2020]

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. “*Guía de Procedimiento Arqueológico*”. Santiago, 2020.

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. “*Guía de Informes Paleontológicos*”. [en línea] https://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/guia_paleo_0.pdf [fecha de consulta: 18 de diciembre 2020]

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. “*Guía Para la Elaboración de Informes de Rescate Paleontológico*”. [en línea] https://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/articles-39477_documento_01.pdf [fecha de consulta: 18 de diciembre 2020]

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. “*Glosario Conceptual Para Protocolos de Excavaciones y Prospección Arqueológica*”. [en línea] http://www.monumentos.gob.cl/sites/default/files/20170927_acta_sesion_env_obs_def.pdf [fecha de consulta: 18 de diciembre 2020]

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 4000, del 15 de enero de 2016.

GONZÁLEZ, Paola. “*Régimen 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. Universidad de Chile, Santiago. 2001.

Mensaje N° 075-367 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, Santiago, 19 de junio de 2019. [en línea] <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13243&prmBL=712712-24> [fecha de consulta 05 de marzo de 2021]

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. “*Guía de orientación para incorporar la dimensión ambiental en procesos de ordenamiento territorial sustentable*”. [en línea] https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/Guia-OTS-final_04-09-2015.pdf [fecha de consulta: 20 de junio de 2020]

OJEDA, Giovannina y VELOSO, Carla. “*Derecho ambiental: Problemas Para La Conservación Del Patrimonio Cultural En Chile*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. 2006.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la Organización de las Naciones Unidas del 2008.

PROYECTO DE LEY que Establece una nueva institucionalidad y perfecciona los mecanismos de protección del patrimonio cultural, Chile, 19 de junio de 2019. [en línea] <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13243&prmBL=712712-24> [fecha de consulta: 05 de abril 2021]

TRAMÓN, Gabriela. “*Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: Nuevo Contencioso Administrativo Ambiental*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, Chile. 2014.

SALINAS, Andrés. “*Constitucionalización de la protección del patrimonio cultural en Chile*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Santiago, 2018.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, Decreto Exento N° 130.844, del 22 de mayo del año 2013.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, Guía trámite PAS artículo 132 Reglamento SEIA, para hacer excavaciones de tipo arqueológico, antropológico y paleontológico. [en línea] https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2018/03/02/pas_132.pdf [fecha de consulta: 18 de junio del 2020]

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, Oficio Ordinario N° 161.081, Punto 7, párrafo segundo, del 17 de agosto del año 2016.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL. [en línea] <https://sinia.mma.gob.cl/temas-ambientales/instrumentos-para-la-gestion-ambiental/> [fecha de consulta: 28 de mayo 2020]

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

UNESCO. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, 1972. Ratificada mediante Decreto Supremo N° 259 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga la Convención Sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, Publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1980.

UNESCO. Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, ratificada por nuestro país mediante el Decreto N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el Diario Oficial el 04 de octubre de 1967.

UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Paris, 17 de octubre de 2003. Ratificada mediante Decreto Supremo N° 11 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, publicado en el Diario Oficial el 13 de marzo de 2009.

UNESCO. Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F. 1982.