



Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Departamento de Derecho Público

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL INTANGIBLE

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

AUTORES: Antonia Ariztía Villaseca
Michelle Bordachar Benoit
PROFESOR GUÍA: Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile
2017

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I. DEFINICIONES.....	11
1. Definición de Patrimonio Cultural Inmaterial.....	11
1.1 Patrimonio.....	13
1.2 Cultura.....	15
1.3 Inmaterial.....	19
2. Características del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	21
2.1 Tradicional, contemporáneo y viviente a un mismo tiempo.....	21
2.2 Integrador.....	22
2.3 Representativo.....	22
2.4 Basado en la comunidad.....	23
3. Ámbitos en los que se manifiesta el Patrimonio Cultural Inmaterial.....	23
3.1 Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial.....	24
3.2 Artes del espectáculo.....	25
3.3 Usos sociales, rituales y actos festivos.....	26
3.4 Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo.....	26
3.5 Técnicas artesanales tradicionales.....	28
4. Definición e importancia de la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	30
4.1 Concepto de Salvaguardia.....	30
4.2 Importancia de la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	33
5. Rol e importancia de la UNESCO en la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	36
6. Breve reseña histórica de la protección del Patrimonio Cultural Inmaterial en Chile.....	40
CAPÍTULO II. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL INTANGIBLE.....	44
1. Generalidades.....	44
2. Tratados Internacionales.....	45
2.1 Definición.....	45
2.2 Incorporación de los Tratados Internacionales al Derecho Interno.....	47
2.3 Análisis particular de los Tratados Internacionales ratificados por Chile.....	51
Sección 1. Tratados Internacionales de carácter general en materia de Derechos Humanos.....	52
- A. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	53
- B. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	53
- C. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	54
- D. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	55
- Catálogo de Derechos Culturales contenidos en estos Pactos.....	56
Sección 2. Convenciones de la UNESCO.....	70

- A. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.....	71
- B. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	72
- C. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.....	74
- Algunas medidas concretas tomadas en Chile en orden a dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia cultural.....	75
3. Legislación Nacional.....	79
3.1 Disposiciones Constitucionales.....	79
3.2 Normas legales e infralegales.....	99
Sección 1. Decreto Ley N° 651 de 1925 y Decreto con Fuerza de Ley N° 5200 de 1929.....	101
- A. Decreto Ley número 651 del año 1925, por medio del cual se creó al Consejo de Monumentos Nacionales.....	101
- B. Decreto con Fuerza de Ley número 5200 del año 1929.....	103
Sección 2. Periodo de 1970 a 1990.....	105
- A. Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales.....	105
- B. Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual.....	108
Sección 3. Legislación nacional en materia cultural posterior a 1990.....	111
- A. Decreto 74, del año 1997, del Ministerio de Educación	114
- B. Decreto 91, del año 1999, del Ministerio de Educación.....	115
- C. Decreto 252, del año 2000, del Ministerio de Educación.....	116
- D. Decreto Ex. N° 124, del año 2001, Ministerio de Educación.....	117
- E. Ley 19.891, crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes (2003).....	119

CAPITULO III. Ley Indígena, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.126

1. Ley N° 19.253 “Establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.....	127
1.1 Generalidades	127
1.2 Reconocimiento, Protección y desarrollo de las tierras indígenas.....	130
1.3 Cultura y Educación Indígena.....	132
1.4 Normas especiales de los procedimientos judiciales (Título VII)	133
2. Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.	135
2.1 Generalidades.....	135
2.2 Derecho a la Participación (Artículo 2.1. del Convenio).....	137
2.3 Derecho a la Consulta	139
3. Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.....	142
3.1 Generalidades.....	142
3.2 Participación Ciudadana de la Ley 19.300 en relación al deber de Consulta y Participación establecido en el Convenio 169 de la OIT.....	145

CONCLUSIONES.....156

BIBLIOGRAFÍA.....	170
ANEXO.....	185

INTRODUCCIÓN

“Hay cosas que nos parece importante preservar para las generaciones futuras.

Su importancia puede deberse a su valor económico actual o potencial,
pero también a que nos provocan una cierta emoción
o nos hacen sentir que pertenecemos a algo,
un país, una tradición o un modo de vida.

Puede tratarse de objetos que poseer o edificios que explorar,
de canciones que cantar o relatos que narrar.

Cualquiera que sea la forma que adopten, estas cosas son parte de un patrimonio y este patrimonio exige que nos empeñemos activamente en salvaguardarlo”.¹

A lo largo de toda la historia el hombre se ha encargado de preservar y transmitir de generación en generación las más variadas expresiones de su cultura, por lo que en este sentido es posible afirmar que la preocupación por la continuación y salvaguarda del Patrimonio Cultural es un fenómeno que tiene lugar de manera espontánea y además es propia del comportamiento humano.

Situación distinta a la anterior es la que se da con respecto al interés por el Patrimonio Cultural como objeto de estudio y protección, el cual exige un proceso previo de reconocimiento y selección de determinados bienes

¹ UNESCO, ¿Qué es el Patrimonio Cultural Inmaterial? [en línea] <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/01851-ES.pdf> [consulta: 01 de agosto 2015]

culturales que se consideran importantes. El proceso mencionado implica una actividad intelectual de valoración de aquellos bienes relevantes y que se erigen como los elementos fundamentales que conforman la cultura de los distintos grupos humanos. Los elementos culturales propios de cada comunidad son los que le dan a éstas un sentido de identidad propia, diferenciándolas del resto de las comunidades que componen una sociedad. Es en estas diferencias culturales donde radica la diversidad y riqueza cultural de las naciones, la cual constituye parte del patrimonio común de la humanidad.

Para poder comprender de mejor manera el valor que tiene la diversidad cultural de las naciones, y con ello hacernos de una herramienta que permita dimensionar la relevancia del Patrimonio Cultural como objeto de estudio y protección, es pertinente citar el artículo primero de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, el cual señala lo siguiente:

“La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la

humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”².

Esta forma de reconocimiento a la trascendencia de los bienes culturales es un primer paso en la correcta valoración y consecuente preservación del Patrimonio Cultural, el cual tiene la característica especial de que los bienes que lo componen no son susceptibles de evaluación pecuniaria. Sin embargo, el mero reconocimiento de su existencia no es suficiente, sino que su protección exige la realización de esfuerzos concretos; inversión de recursos tanto humanos como económicos, que materialicen de forma tangible el resguardo necesario para la efectiva conservación y preservación de los bienes culturales. De este modo, es posible afirmar que el proceso de reconocimiento mencionado se encuentra vacío si no se traduce y converge en acciones específicas que ofrezcan una real y efectiva tutela.

La declaración que materializa el reconocimiento de la importancia del Patrimonio Cultural, tiene su origen en un acuerdo entre distintas naciones, las que llegan al consenso de que es necesario velar por la conservación de este con mayor celo del que hasta en ese entonteces había existido. Recién el año 1945 se vislumbra esta idea en la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en adelante

² UNESCO. 2001. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, noviembre de 2001.

también la “UNESCO”, la que en una primera etapa sólo se enfocará en el aspecto material del patrimonio cultural. El Patrimonio Cultural Inmaterial no despertará real interés de protección sino hasta el 2003, año en que la UNESCO adopta la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y que marca un hito en la comprensión del mismo.

No podemos sostener con certeza cuales son los motivos exactos de esta dilación en la adopción de medidas concretas para la protección del patrimonio cultural intangible, pero sí es posible relacionarlo con la dificultad que comprende su configuración al tratarse de bienes de carácter intangible como lo son las tradiciones, usos sociales, rituales y formas de conocimiento, entre otros.

Por otra parte, se encuentra la arista económica, que muchas veces implica un desincentivo en la promoción de esta clase de patrimonio, ya que la mayoría de las acciones de protección demandan de la inversión de fondos públicos en un escenario de recursos limitados. Así, queda sujeto tanto a la situación económica de la comunidad como a las políticas públicas adoptadas por sus respectivos gobiernos y que muchas veces van a privilegiar y destinar sus esfuerzos a satisfacer otras necesidades que a diferencia de esta, si reporten consigo una retribución económica directa.

Con todo, los motivos que llaman a su resguardo y los beneficios que ofrece el mismo, aparecen como suficientemente poderosos y evidentes para que un gran número de países hayan destinado su esfuerzo, tiempo y capital a la protección, investigación y promoción del patrimonio cultural intangible, así como en el desarrollo de un sistema jurídico sea un instrumento acorde y eficaz para el cometido de su fin.

La presente investigación se propone familiarizar al lector con los conceptos básicos en la materia, con el objeto de dilucidar y establecer qué implica la Salvaguardia del Patrimonio Cultural, la relevancia de la misma y de este modo justificar su conservación. Hacer un breve recorrido por la historia de la protección jurídica del mismo en nuestro país, hasta llegar a su estado actual, con especial énfasis en su aspecto inmaterial acotando así la investigación al ámbito que consideramos ha sido menos estudiado, y respecto del cual creemos necesario fomentar la discusión e investigación.

En cuanto a lo que el patrimonio cultural intangible se refiere nos enfocaremos en los principales ámbitos en que este se manifiesta según la UNESCO las cuales son, las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; artes del espectáculo; usos sociales, rituales y actos festivos; conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y las técnicas artesanales tradicionales.

En definitiva, esta investigación pretende ser, en lo posible, un instrumento informativo acerca del Patrimonio Cultural Inmaterial, que sea de utilidad para el estudio del mismo, especialmente en lo que se refiere a su protección jurídica.

CAPÍTULO I. DEFINICIONES

El presente capítulo tiene por finalidad definir los conceptos fundamentales que tratará nuestra investigación; delimitar los objetos específicos de estudio de la misma; exponer brevemente la importancia de la UNESCO en la salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible y entregar una breve reseña histórica de la protección jurídica dada a esta materia en nuestro país.

1. Definición de Patrimonio Cultural Inmaterial

Primeramente, es necesario señalar que nuestra legislación no contempla una definición oficial para el concepto de Patrimonio Cultural Inmaterial o Intangible. Este hecho se debe a que la discusión y el tratamiento de este tema es de reciente data, sin embargo es posible encontrar múltiples referencias al concepto de Patrimonio Cultural, entendiéndolo de forma amplia, tanto en la Constitución como en otros cuerpos normativos, dentro de los cuales es posible subsumir el concepto de patrimonio cultural intangible, aunque no se refieran a éste último de forma específica o directa.

Pese a lo anterior, es posible encontrar algunas definiciones (más o menos informales) de Patrimonio Cultural Intangible en la Guía de Apoyo Docente del Programa de Educación Patrimonial (PEPA) del Consejo de Monumentos

Nacionales (en adelante CMN) editado por primera vez en Noviembre de 2013. Esta guía constituye un documento informativo destinado a la comunidad escolar, lo que evidencia una creciente preocupación de parte del Estado por educar a las nuevas generaciones y generar conciencia respecto a este tema. En esta guía se hace referencia a los conceptos básicos referidos al Patrimonio Cultural, abordándose este en sus más variadas manifestaciones, dentro de las cuales se hace mención específica al Patrimonio Cultural Inmaterial.

De acuerdo a la guía señalada, “El Patrimonio Cultural Intangible está formado por expresiones humanas que no dejan huellas materiales. Este tipo de riqueza inmaterial abarca diversas manifestaciones culturales, como las creencias, tradiciones, ritos y modos de vida que caracterizan a una sociedad o grupo humano. Está constituido, entre otros elementos, por la música, la medicina tradicional, la poesía, los ritos, mitos y leyendas, juegos, modos de vida, la religiosidad (danzas, villancicos, etc.) y tecnologías tradicionales de diferentes comunidades.³”

Si bien la definición mencionada es útil para entregar una noción básica de lo que es el Patrimonio Cultural Intangible, nos parece que para los objetos del presente trabajo es insuficiente, siendo necesario profundizar en dicha

³ Programa de Educación Patrimonial “PEPA”, Consejo de Monumentos Nacionales. Guía de Apoyo Docente. Nociones generales sobre Patrimonio en Chile [en línea]
< <http://colorearte.cl/wp-content/uploads/2015/04/pepa.pdf> >
[consulta 12 noviembre 2015]

definición para de este modo otorgar una comprensión acabada del concepto. Para lo anterior, definiremos cada una de las palabras que lo componen, de la manera más armónica posible con nuestro objeto de estudio, para finalmente conciliarlas en un concepto único de patrimonio cultural intangible.

1.1. Patrimonio

Siendo este el concepto matriz de nuestro trabajo, es necesario aclarar qué entendemos por patrimonio, para los fines específicos de nuestra investigación. Si bien este es un documento jurídico, no por ello debemos concluir que la definición de esta naturaleza será la más adecuada a nuestros fines, como pasaremos a ver a continuación.

El origen de la palabra patrimonio proviene del latín “*patrimonium*” que es 'lo que se hereda de los padres'⁴. Este fue un concepto creado y utilizado en el Derecho Romano, que desde ya nos entrega las primeras luces en la definición del concepto.

En la actualidad, el diccionario de la Real Academia Española define Patrimonio de la siguiente forma: “Hacienda que alguien ha heredado de sus

⁴ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIBA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. 1998. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 476p.

ascendientes (del lat. *Patrimonium*)”, en su sentido etimológico, el latín *patrimonium* significa “lo que se heredó de los padres”⁵. De ambas definiciones se desprende el sentido de herencia que trasciende al significado, entendiendo herencia no en su concepción jurídica sino más bien como “Rasgo o rasgos morales, científicos, ideológicos, etc., que, habiendo caracterizado a alguien, continúan advirtiéndose en sus descendientes o continuadores”⁶.

Así, un primer acercamiento a la palabra, nos permite afirmar que el concepto de patrimonio lleva implícitas las ideas de preservación y continuación.

Por otra parte, tenemos el concepto jurídico de patrimonio, el que según la RAE se refiere al “Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”⁷.

Otra definición jurídica del concepto en cuestión dice referencia al “conjunto de derechos y obligaciones de una persona, valuables en dinero”⁸, del que puede ser titular una persona, y que constituye una universalidad jurídica. La palabra se usa a veces para designar una masa de bienes que tiene una afectación especial. Ej.: una fundación.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?w=patrimonio&m=form&o=h>> [consulta 12 noviembre 2015]

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?w=herencia&m=form&o=h>> [consulta 12 noviembre 2015]

⁷ Óp. cit. Diccionario de la Lengua Española. Definición de Patrimonio.

⁸ O. cit. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIBA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. 476p.

Teniendo en cuenta que en la presente tesis abordaremos al patrimonio en su dimensión cultural, no nos parece que las definiciones jurídicas sean las más adecuadas para conceptualizar la idea a que nos referiremos. Como ya mencionábamos en un comienzo, los bienes culturales no son susceptibles de evaluación económica, en el sentido que pretenden las definiciones anteriores, por lo que la noción más apropiada de Patrimonio para comprender el concepto de patrimonio cultural intangible será la siguiente: “el conjunto de bienes, tanto materiales como inmateriales, que se heredan de los ascendientes y que pueden traspasarse de generación en generación”.

Habiendo definido lo que entendemos por Patrimonio, para efectos de este trabajo, pasaremos a conciliar este concepto con el de cultura, a definirse a continuación.

1.2. Cultura

La palabra cultura es definida por la Real Academia Española de la siguiente forma: (1) “Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”; (2) “Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social,

etc.⁹”. Mientras que “cultura popular” se entiende como: “Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.¹⁰”

Por su parte, la UNESCO tiene una definición propia de cultura, la cual es “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”¹¹ .

Respecto al concepto de cultura se está lejos de llegar a un consenso en cuanto a su definición, por el contrario, este presenta la dificultad de ser muy amplio, volviéndose difícil distinguir cuáles creaciones humanas son culturales y cuáles no. Nuestro legislador fue consciente de esta dificultad al momento dictar la ley n° 19.891 que “Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes”, lo que queda de manifiesto en la propia historia de la ley. En este documento se señala que un concepto amplio de cultura abarcaría toda creación del hombre de cualquier tipo, siendo imposible dictar una ley capaz de regularla en su totalidad, por lo que es necesario encontrar un criterio que delimite al concepto a un ámbito más

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=BetrEjX&o=h>> [consulta 12 noviembre 2015]

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales México D.F., 26 de julio - 6 de agosto de 1982. 1p [en línea] - <http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf > [consulta 12 noviembre 2015]

acotado. Resultan ilustrativas de esta afirmación las siguientes palabras extraídas de dicho documento:

“Resulta claro que no es en ese sentido amplio de la palabra “cultura” que se la emplea en el contexto del proyecto de ley en análisis, porque, si así fuera, el proyecto, en cuanto a sus materias de regulación, tendría que dar cuenta de todo lo humano (...)En el contexto del proyecto de ley en comento la palabra “cultura” viene empleada en un sentido más restringido que el anterior, a saber, aquel que la vincula, no a todo lo que el hombre hace, sino únicamente a la participación ciudadana con fines culturales, a la creación y difusión artística, y a la conservación y muestra del patrimonio cultural de la nación.¹²” Esto delimita notablemente el concepto de cultura, lo que permite conciliarlo de mejor manera con la definición ya dada de patrimonio.

Por lo tanto, es posible concluir que, el patrimonio entendido en su dimensión cultural son todas aquellas creaciones humanas que confieren identidad a un grupo determinado, y que son heredadas de las generaciones pasadas a las generaciones futuras. Esta definición nos acerca desde ya al porqué de la importancia de su preservación, tema que será tratado en el subsiguiente apartado (3. Importancia de la Salvaguardia).

¹² CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2003. Historia de la Ley N°19.891: Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, agosto 2003. 34p.

La definición anterior es concordante con el concepto elaborado por la UNESCO de Patrimonio Cultural, entendiéndolo de la siguiente forma: “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 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”.¹³

Habiendo ya definido lo que entendemos por Patrimonio Cultural, podemos pasar a sus clasificaciones, para luego definir que entendemos específicamente por patrimonio cultural intangible.

El concepto de patrimonio cultural, así como su protección, suele dividirse en dos dimensiones: por una parte está el *patrimonio cultural material o tangible*, en adelante también el “PCM”, constituido por todos aquellos bienes culturales físicos, es decir, que tienen una materialidad, y que por lo tanto pueden ser muebles o inmuebles; y por otra parte, tenemos el *patrimonio cultural inmaterial o intangible*, en adelante también el “PCI”, es decir, aquel que no se manifiesta en un soporte material.

¹³ Óp. Cit. Declaración de México sobre las Políticas Culturales. N° 23

Ambas clasificaciones, la de PCM y PCI, merecen un estudio profundo y por separado, en atención a su naturaleza. En ese sentido, un tratamiento conjunto no sería el adecuado, sino que debe implementarse un sistema que los incorpore a ambos como una red en la que se relacionen funcionalmente tomando en cuenta que “esta relación esté siempre presente, pues la objetualidad es la proyección material de los sistemas ideológicos, estéticos y credenciales que estructuran una cultura determinada¹⁴”. Por lo tanto, es posible afirmar que estas dos dimensiones del patrimonio se relacionan entre sí en un continuo, donde uno materializa al otro, pero que en definitiva, son conceptos distintos. Como ya señalábamos en un comienzo, nuestro estudio se acotará al PCI, con el fin de poder realizar un análisis más acabado del mismo.

1.3. Inmaterial

El PCI se encuentra definido en el artículo 2º párrafo 1º de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, en adelante también, la “Convención”, como “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

¹⁴ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Registrar la Identidad. El Patrimonio Cultural Inmaterial en Chile. 2009. Colección Patrimonio. 36p.

en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”¹⁵.

Otro acercamiento al concepto de PCI lo podemos encontrar en el Decreto Exento N° 124, del Ministerio de Educación, del año 2001, por medio del cual se creó la Comisión Nacional Asesora del PCI y Oral, siendo este el primer instrumento legal que se creó con el fin específico y exclusivo de encargarse de los aspectos inmateriales del Patrimonio Cultural. En este Decreto se entrega una definición propia de lo que se considera “Obras maestras del Patrimonio oral e inmaterial de la Humanidad”, esto es, “el conjunto de creaciones emanadas de la comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por uno o varios individuos y reconocidos por su comunidad como expresión de su identidad cultural y social. Estas formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, el quehacer del artesano¹⁶”.

¹⁵ UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. París, octubre 2003. [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

¹⁶ CHILE. Ministerio de Educación. 2001. Decreto Exento N° 124: Crea Comisión Asesora Nacional de Patrimonio Cultural Oral e Intangible. Chile, 2001. [en línea] < <http://app.vlex.com/#vid/243307634> > [consulta 12 de noviembre de 2015]

Al contrastar esta última definición con aquella dada por la UNESCO es posible notar claras coincidencias entre estos dos instrumentos, lo que manifiesta una preocupación por parte del Estado de adaptar la normativa cultural nacional a los estándares internacionales establecidos en la Convención.

2. Características del Patrimonio Cultural Inmaterial¹⁷

Habiendo definido nuestro objeto de estudio, pasaremos a precisarlo y a profundizar en el concepto. Para este objetivo es muy útil la lista de características del PCI confeccionada por la UNESCO, siendo estas las siguientes:

2.1. Tradicional, contemporáneo y viviente a un mismo tiempo

Esta característica dice relación con el sentido dinámico del PCI, al irse creando constantemente por las comunidades a través de las generaciones, avanza y va evolucionando conforme lo hacen los tiempos. Es por esto que constituye un vínculo entre el pasado y el presente, que permite proyectar el desarrollo futuro

¹⁷ UNESCO, ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial? [en línea] <<http://www.unesco.org/culture/ich/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

con un sentido de identidad y continuidad que se arraiga en nuestros antepasados.

2.2. Integrador

El PCI, al ser una creación colectiva de los distintos grupos humanos, contribuye a que los individuos puedan sentirse parte de una determinada comunidad, generando un sentimiento de pertenencia y arraigo. En este sentido el PCI es un factor fundamental en la construcción de la identidad de una comunidad, en la que sus miembros puedan sentirse parte de la misma, al compartir elementos comunes.

2.3. Representativo

El PCI, como ya mencionamos, es una creación colectiva que se va construyendo a través de las generaciones, tomando la historia e idiosincrasia de un determinado grupo humano, y es por ello que se afirma que el PCI lo representa como tal, dándole características propias y distinguiéndolo del resto.

2.4. Basado en la comunidad

El PCI encuentra su valor como tal en la medida que una determinada colectividad lo reconozca como propio. Son los integrantes de las distintas comunidades quienes de forma espontánea irán determinando y dando forma a su Patrimonio Cultural. Por este motivo, de nada sirve el reconocimiento externo de determinadas tradiciones como configurantes del patrimonio cultural de una comunidad si aquellos que conforman dicha comunidad no las reconocen como propias, ya que son ellos los únicos capaces de darle vida, en el sentido de transmitirlo a las siguientes generaciones, y naturalmente lo harán únicamente con aquello que reconozcan y valoren como propio.

3. Ámbitos en los que se manifiesta el Patrimonio Cultural Inmaterial

Ya definido y caracterizado nuestro objeto de estudio, creemos necesario especificar las diversas formas en que este se expresa. En el artículo 2° de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial se enumeran los principales ámbitos en los que se manifiesta el PCI, en una lista no taxativa. Estos son los siguientes:

3.1. Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial

La UNESCO da la siguiente definición de esta categoría: “El ámbito tradiciones y expresiones orales abarca una inmensa variedad de formas habladas, como proverbios, adivinanzas, cuentos, canciones infantiles, leyendas, mitos, cantos y poemas épicos, sortilegios, plegarias, salmodias, canciones, representaciones dramáticas, etc. Las tradiciones y expresiones orales sirven para transmitir conocimientos, valores culturales y sociales, y una memoria colectiva. Son fundamentales para mantener vivas las culturas¹⁸”.

De esta definición se extrae su importancia como patrimonio cultural vivo, pilar fundamental de la memoria. Al ser una tradición de carácter oral tiene un enorme dinamismo, que es capaz de reflejar la identidad de una comunidad en un momento determinado, pero es esta misma característica la que lo hace frágil, pues al no tener un soporte material la amenaza de pérdida es más fuerte y las consecuencias son irreversibles.

Es necesario hacer presente que las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial, no son lo mismo

¹⁸ UNESCO. Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial [en línea] <<http://www.unesco.org/culture/ich/es/tradiciones-y-expresiones-orales-00053>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

que el concepto de “idioma” o “lengua” entendido por la RAE como (2. f.) “Sistema de comunicación verbal y casi siempre escrito, propio de una comunidad humana”.¹⁹ El idioma es protegido por la Convención como el medio por el cual se transmiten las tradiciones y expresiones orales, no siendo objeto de protección directa por parte de este instrumento.

3.2. Artes del espectáculo

Como una primera aproximación, podemos entenderlo como toda manifestación cultural destinada a la diversión o recreación de un público. La UNESCO ha puesto énfasis en la amplitud que tiene este ámbito, y la multiplicidad de formas en que se desarrolla, al respecto ha señalado lo siguiente: “Las artes del espectáculo van desde la música vocal o instrumental, la danza y el teatro hasta la pantomima, la poesía cantada y otras formas de expresión. Abarcan numerosas expresiones culturales que reflejan la creatividad humana y que se encuentran también, en cierto grado, en otros muchos ámbitos del patrimonio cultural inmaterial”²⁰.

Estas manifestaciones culturales dan vida a una comunidad, marcando un sentido de identidad que se manifiesta a través de sus formas de recreación y

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?w=lengua&m=form&o=hh>> [consulta 12 noviembre 2015]

²⁰ UNESCO. Artes del espectáculo (como la música tradicional, la danza y el teatro) [en línea] <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00054hh>> [consulta 12 noviembre 2015]

de sus creaciones artísticas. A través de las distintas artes sus creadores expresan y simbolizan una determinada visión del mundo, por lo que será siempre representativo del contexto, tanto social como histórico en el que se dio lugar a dicha creación. En ese sentido, las artes del espectáculo constituyen un reflejo de la sociedad en un momento y lugar determinado.

3.3. Usos sociales, rituales y actos festivos

Este aspecto del PCI dice relación con las formas en que se manifiestan las creencias de un pueblo. Son el conjunto de celebraciones y manifestaciones, casi siempre ligadas a lo religioso o espiritual, que dan cuenta de los aspectos de la vida que se consideran importantes, y por lo tanto merecedores de dichos actos o rituales.

El valor dado a este aspecto del PCI por una comunidad se demuestra con la práctica de estos, en la medida que las nuevas generaciones aprecien sus valores ancestrales seguirán reproduciendo estas manifestaciones.

3.4. Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo

Este es un ámbito que de acuerdo a la UNESCO “abarca una serie de saberes, técnicas, competencias, prácticas y representaciones que las comunidades han

creado en su interacción con el medio natural. Estos modos de pensar el universo, que se expresan en el lenguaje, la tradición oral, el sentimiento de apego a un lugar, la memoria, la espiritualidad y la visión del mundo, influyen muy considerablemente en los valores y creencias y constituyen el fundamento de muchos usos sociales y tradiciones culturales. A su vez, esos modos de pensamiento son configurados por el entorno natural y el mundo más amplio de la comunidad²¹.”

En su conjunto constituyen el núcleo de la identidad de una comunidad, el alma de esta. Es un patrimonio que se encuentra fuertemente vinculado con el entorno natural en el que habita una comunidad. Es este espacio el que le da a una comunidad la posibilidad de relacionarse con la naturaleza y el universo, pudiendo extraer valiosa sabiduría de ellos.

En directa relación con este ámbito del PCI, podemos mencionar el fallo del Tribunal Constitucional²² referido al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios, respecto de los artículos 7, 10 N° 3, 14 N° 2, 14, 15, 16, 17 y 40 del denominado “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”, de 2 de diciembre de 1961, también conocido como UPOV 91.

21 UNESCO. Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo [en línea] <<http://www.unesco.org/culture/ich/es/conocimientos-relacionados-con-la-naturaleza-00056>> [consulta 12 noviembre 2015]

22 Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 1988-CPT

Al respecto, el Tribunal Constitucional declaró que no sería posible, en virtud del referido Convenio, registrar las variedades de semillas tradicionales y originarias de Chile, toda vez que son de conocimiento inmemorial. A mayor abundamiento, en opinión del Tribunal Constitucional, la salvaguardia y respeto tanto del patrimonio biológico y genético, como de los conocimientos tradicionales nacionales, sería un criterio general del derecho público.

En ese sentido, son ilustrativas las palabras del Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney: “Que el Convenio UPOV 91 no puede ser interpretado en ningún sentido que pudiera afectar tales conocimientos y prácticas tradicionales, los que dan origen a derechos que forman parte de la identidad cultural de las etnias originarias que el Estado de Chile debe respetar y promover por mandato constitucional y por compromisos internacionales derivados, entre otros instrumentos y tratados, del Convenio 169 de la OIT”²³;

3.5. Técnicas artesanales tradicionales

Al hablar de técnicas artesanales tradicionales nos referimos una forma de producción de pequeña escala en que el conocimiento y técnica de fabricación es transmitido entre individuos integrantes de una misma comunidad. La forma

²³ Prevención del Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney. Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 1988-CPT

de expresarse de estas técnicas, que finalmente se materializan en un objeto determinado, es muy diversa. Asimismo, son innumerables las técnicas empleadas en la creación de los mismos, existiendo tantas como el ingenio permita.

Hay que tener presente que este ámbito está referido a la técnica en sí, y no al producto de la misma, el que por su materialidad física no cabe incluirlo dentro de las categorías del PCI; así, la salvaguardia no va orientada a estos objetos, sino a la protección y promoción de la realización de estas técnicas, con la finalidad de preservarlas.

En palabras de la propia UNESCO, “El objetivo de la salvaguardia consiste en garantizar que los conocimientos y técnicas inherentes a la artesanía tradicional se transmitan a las generaciones venideras, de modo que ésta se siga practicando en las comunidades, como medio de subsistencia y como expresión de creatividad e identidad cultural.”²⁴

²⁴ UNESCO. Técnicas artesanales tradicionales [en línea] <<http://www.unesco.org/culture/ich/es/tecnicas-artesanales-tradicionales-00057>> [consulta 12 noviembre 2015]

4. Definición e importancia de la Salvaguardia del PCI

4.1. Concepto de Salvaguardia

En primer lugar es menester precisar que “salvaguardia” no significa lo mismo que “protección”, aunque muchas veces ambos conceptos son erróneamente utilizados como sinónimos. La propia UNESCO se ha encargado distinguir de manera enfática ambos conceptos y precisar el contenido de cada uno a fin de evitar confusiones y ambigüedades.

En palabras de la Directora de esta entidad, “la *protección* supone erigir barreras en torno a una expresión determinada, aislándola de su contexto y su pasado y reduciendo su función o su valor social. *Salvaguardarla* significa mantenerla viva, conservando su valor y su función”²⁵. En ese sentido, la idea de protección es más acotada que la de salvaguardia, y como concepto se hace insuficiente para resguardar el PCI, que implica constantes modificaciones dadas sus características dinámicas.

El artículo 3º número 3 de la Convención, entrega un concepto específico de *salvaguardia*, definiéndola como “las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación,

²⁵ BOKOVA, Irina. Prólogo Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Edición 2010 [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión – básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.²⁶”

Esta definición resulta suficiente, en el sentido que logra hacerse cargo de uno de los elementos más difíciles de abordar en la tarea de velar por la pervivencia del PCI; esta dificultad la constituye su estructura dinámica, sometida a constantes vaivenes y que demanda cierta laxitud a fin de no distorsionar o perder el contenido del mismo. Esta exigencia nace del hecho de que el PCI se encuentra en un proceso de constante evolución ya que esta intrínsecamente ligado a los cambios sociales que tienen lugar dentro de determinada comunidad. Así el objeto mismo de salvaguardia no es estático sino cambiante lo que implica tener la capacidad de reconocer, distinguir y adaptar los esfuerzos avocándose a los objetos correctos y no aquellos que se encuentren obsoletos, pues de lo contrario sería un ejercicio en vano.

Lo que hace que una determinada práctica, expresión, técnica o conocimiento típico de una determinada cultura deba ser considerado patrimonio no es sólo su valor histórico *per se*, sino más bien su potencialidad para proporcionarle y formar la identidad a un grupo humano, y más aún el reconocimiento del mismo como algo característico y fundamental para ellos. De este modo, en la medida

26 Óp. Cit. UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Art 3 nº3

en que se presenten ambos factores, será necesario velar y adoptar medidas para cautelar que ese patrimonio siga siendo una parte viva y elemento enriquecedor dentro de la sociedad que integra.

Este desafío de constante cambio y evolución es lo que caracteriza a la salvaguardia en comparación al concepto de protección; el objeto de protección por definición será siempre estático, no susceptible de cambios. La naturaleza esencialmente dinámica del PCI, impone una necesidad de salvaguardia que excede la de una labor de mera protección.

Esta característica del PCI como algo dinámico, se relaciona directamente con otro inconveniente que existe en torno a la salvaguardia del mismo y que se encuentra dada por su condición de frágil e irremplazable. De este modo que se hace indispensable tener especial atención en la celeridad necesaria para resguardarlo, ya que de no realizarse en el momento oportuno, su pérdida constituye un hecho irreparable.

Dicho esto, podemos concluir de este apartado que entender y conocer los conceptos de PCI y salvaguardia es fundamental y determinante en el desarrollo de la presente investigación, toda vez que delimitan lo que será el objeto y finalidad de su protección jurídica y además de las medidas concretas que se tomen al respecto.

Finalmente, es necesario precisar que cuando se utilice el concepto protección en la presente tesis, nos referimos a su protección jurídica, pero siempre en armonía y concordancia con la idea de salvaguardia.

4.2. Importancia de la Salvaguardia del PCI

Probablemente esta sea una de las preguntas más difíciles de responder, y a la vez quizás la más importante, toda vez que todos los esfuerzos, tanto económicos como humanos, que destinan los Estados a la salvaguardia del PCI han de justificarse precisamente en la respuesta a esta interrogante.

Para dar una idea al lector de la importancia de la salvaguardia de este patrimonio, creemos pertinente citar las palabras pronunciadas en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales que tuvo lugar en México entre los días 26 de julio y 6 de agosto de 1982: “La cultura da al hombre la capacidad de reflexión sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. Por ella es como discernimos los valores y realizamos nuestras opciones. Por ella es como el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce

como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevos significados y crea obras que lo trascienden.”²⁷

Creemos que en nuestro país existe conciencia de lo anterior, lo que se puede ver reflejado en el Mensaje del Presidente de la República plasmado en la Historia de la Ley 19.891: “La cultura es, por lo tanto, una dimensión que involucra a todos y a cada uno de los miembros de nuestra sociedad; nos otorga identidad y sentido de pertenencia, y nos hace sentirnos parte de una determinada comunidad.”²⁸

En síntesis, la importancia de la cultura, y con ello la del Patrimonio Cultural, viene dada por el sentido de identidad que entrega a las distintas comunidades humanas, diferenciándolas entre si y promoviendo la diversidad cultural en un mundo cada vez más globalizado, donde los usos y costumbres tienden a unificarse y las diferencias a diluirse. A su vez, permite el cambio y la evolución de la sociedad sin necesidad de disociarse de los valores adquiridos a través de las generaciones, permitiendo la adaptación a los nuevos tiempos sin un sentimiento de desarraigo de las tradiciones y costumbres que constituyen la identidad, promoviendo un sentimiento de pertenencia desde los individuos hacia el grupo humano del que forman parte.

²⁷ Óp. Cit. Declaración de México sobre las Políticas Culturales

²⁸ Óp. Cit. Historia de la Ley N°19.891. 6p.

A pesar de su importancia, todo aquello que forma parte de lo que hoy conocemos como “Patrimonio Cultural Intangible” no fue considerado formalmente parte del Patrimonio Cultural sino hasta 1982, año en que se integra el concepto de Patrimonio Cultural Inmaterial en una nueva definición de cultura y patrimonio cultural en la Conferencia Mundial Sobre Políticas Culturales, celebrada en México.

Adelantábamos al final del apartado anterior, que uno de los principales obstáculos para la debida protección del Patrimonio Cultural, y especialmente del PCI, está dado por la imposibilidad de apreciar pecuniariamente y cuantificar el valor de todas aquellas expresiones y creaciones humanas que lo componen y la falta de una retribución económica directa. Lo anterior se transforma en un desincentivo a la hora de destinar recursos humanos y económicos para la protección del PCI.

Con todo, pareciera que al poner en una balanza los motivos que hacen que su protección sea deseable son mayores que la dificultad que implica su costo. Esta afirmación es correcta al menos para los Estados que han decidido llevar a cabo políticas especiales para salvaguardar el PCI, desarrollando tanto mecanismos concretos que apuntan a su protección y promoción, como además generando legislación al respecto.

En este aspecto, la UNESCO ha jugado un rol fundamental en cuanto incentivo para que los Estados se comprometan con la protección del PCI, y así, desde el punto de vista jurídico, su Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial ha sido en muchos casos el antecedente que han tenido los países al momento de legislar al respecto. De este tema precisamente hablaremos en el siguiente apartado.

5. Rol e Importancia de la UNESCO en la salvaguardia del PCI

La UNESCO es un organismo especializado de las Naciones Unidas fundado el año 1945, con el fin específico de contribuir a la paz y a la seguridad mundial, mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones como herramientas de cooperación internacional. En palabras de la misma institución: “La UNESCO obra por crear condiciones propicias para un diálogo entre las civilizaciones, las culturas y los pueblos fundado en el respeto de los valores comunes. Es por medio de este diálogo como el mundo podrá forjar concepciones de un desarrollo sostenible que suponga la observancia de los derechos humanos, el respeto mutuo y la reducción de la pobreza, objetivos que

se encuentran en el centro mismo de la misión y las actividades de la UNESCO”²⁹.

Para el cumplimiento de sus fines, la UNESCO ha elaborado una serie de normas internacionales o Convenciones a lo largo de su trayectoria. En lo que a la cultura se refiere existen 8 convenciones, las que si bien tratan sobre distintos temas culturales, se complementan entre sí, al ser cada una de ellas reflejo del avance en las exigencias internacionales en esta temática. Estas normas internacionales o Convenciones han definido la evolución de las políticas culturales de los Estados que las han suscrito.

La UNESCO ha jugado un rol fundamental en la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial a nivel global, principalmente incentivando a los estados miembros a desarrollarse en armonía con su identidad, fomentando el progreso en un contexto de diversidad cultural. Sin embargo, este es más bien un rol reciente, toda vez que esta organización internacional surge el año 1945 en un contexto de posguerra y descolonización, por lo que en sus primeros años de funcionamiento el énfasis estuvo puesto en la preservación del patrimonio cultural tangible, principalmente inmueble, lo que se explica como una necesidad de preservar todos aquellos bienes de importancia cultural cuya

²⁹ UNESCO. ¿Qué es la Unesco? [en línea] <<http://www.unesco.org/new/es/unesco/about-us/who-we-are/introducing-unesco>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

existencia se había visto amenazada por la guerra. Esta preocupación encuentra su expresión normativa en la “Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”, en la que se hace uso por primera vez de la noción de bienes culturales, los que se consideran objeto de protección por su valor cultural único e irrepetible.

Años más tarde, se aprueba la “Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Natural y Cultural” (1972), esta constituye tal vez el instrumento más completo en materia de Patrimonio Cultural. En él se identifican los conceptos de patrimonio cultural con los bienes culturales materiales, limitándose el alcance de esta expresión. Si bien aún no se hace alusión a nuestro objeto de estudio, esta Convención será de radical importancia, ya que en primer lugar introduce por primera vez la noción de “patrimonio de la humanidad”, como también se sientan los lineamientos en políticas de conservación de patrimonio cultural.

Fue recién a fines de la década de los 70 cuando empieza a instalarse en la discusión la idea de que el concepto de cultura debía ampliarse, ya no solo acotándola a todo aquello que tuviera una expresión material, sino que reformulando el concepto de modo que fuese capaz de abarcar expresiones de carácter inmaterial. Esta idea es recogida oficialmente en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT) celebrada en México

el año 1982. Uno de los grandes avances alcanzados en dicha Conferencia fue entregar una nueva definición de cultura, que englobara expresiones materiales e inmateriales.

Pese al logro anterior, no se redactó una Convención que recogiera las ideas ahí planteadas sino hasta el 2003, año en que se elaboró la “Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”, instrumento normativo que será fundamental en el desarrollo de la presente investigación, por ser el único documento que se encarga de regular exclusivamente al PCI. Esta Convención tuvo una rápida acogida en los Estados miembros, lo que demuestra la conciencia que ya se había despertado en torno a este tema, y el interés existente por preservar este tipo de patrimonio.

Finalmente, el año 2005 se dictó la “Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las expresiones culturales”, la cual viene a complementar el trabajo iniciado por los instrumentos anteriores.

Así, podemos decir que para que la UNESCO pudiera formular un concepto de PCI y promover su salvaguardia debieron transcurrir varios años desde su fundación, en los que se fue desarrollando el concepto de cultura que conocemos hoy.

6. Breve reseña histórica de la protección del PCI en Chile

En este apartado haremos un breve recorrido por la historia de la protección del PCI en Chile, sin perjuicio de que en los siguientes capítulos se profundizará en las leyes que aquí se mencionan.

Hasta la promulgación de la Ley 19.891 que Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes en el año 2003, el concepto predominante de Patrimonio Cultural fue restringido, entendiéndose a este únicamente en su dimensión material, así lo demuestran las primeras leyes en materia de Patrimonio Cultural, encargadas de protegerlo únicamente en su faceta tangible.

La historia legislativa en relación al Patrimonio Cultural se remonta a 1925, año en que se crea el Consejo de Monumentos Nacionales y se dicta el primer Decreto Ley en la materia. Esta fue la primera línea legislativa y que se siguió en Chile a lo largo de todo el siglo XX, como es el caso de la Ley 17.288 de Monumentos Nacionales del año 1970, cuyo objeto protegido se encuentra definido en su artículo 1 como: “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.”

Dicha ley fue creada con el propósito de proteger el legado histórico-cultural del país, entendiéndose a este como un conjunto de bienes tangibles lo que quedaría plasmado en la Historia de esta ley: “Este conjunto tangible de bienes que conforman y configuran la trayectoria histórica de una nación, constituye su patrimonio cultural.”³⁰

El tratamiento legislativo del Patrimonio Cultural Inmaterial presenta en Chile un incipiente desarrollo. Nuestra legislación recoge este concepto recién a partir del año 2003 con la promulgación de la Ley 19.891 que “Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes”. Así lo demuestra el Mensaje Presidencial que por primera vez en

³⁰ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 1970. Historia de la Ley N°17.288, “Monumentos Nacionales”, febrero 1970. 4p.

nuestra historia legislativa hace uso de un concepto amplio e inclusivo de Patrimonio Cultural, entendiéndolo como:

“Por todo ello, entendemos la cultura en un sentido amplio, no restringida sólo a las expresiones creativas o artísticas, sino que abarcando también las costumbres y tradiciones de los distintos grupos que componen nuestra sociedad, así como el patrimonio espiritual, artístico, arquitectónico y material que nos han legado nuestros antepasados. En esta concepción de cultura, conviven la tradición, la memoria histórica, la diversidad, la creatividad y la utopía”.³¹

La promulgación de dicha ley fue de la mano con los avances en la legislación internacional, la UNESCO aprobó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial el 2003, mismo año en que fue promulgada la Ley 19.891 Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes.

La Convención fue promulgada en Chile el año 2009, pese a que las influencias de los lineamientos de la UNESCO pueden apreciarse desde antes. Chile en materia legislativa se encuentra dentro de los estándares internacionales. Pese a ello todavía quedan múltiples desafíos que superar en la materia, tales como,

³¹ Óp. Historia de la Ley N°19.891. 6p.

la existencia de una ley especializada, la coordinación y cooperación entre las instituciones ya existentes, entre otros.

CAPÍTULO II. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL INTANGIBLE.

1. Generalidades

La consideración del Patrimonio Cultural Intangible como bien jurídico delimitado y protegido de forma específica, es un tema que recién se instala en la discusión internacional en la década de los 80, cuestión que forzosamente ha repercutido en nuestra realidad legislativa. Hasta el año 2001 nuestro ordenamiento jurídico sólo hizo referencia al Patrimonio Cultural de forma genérica, situación que se mantuvo hasta la dictación del Decreto Exento N° 124, del Ministerio de Educación, del año 2001, que “Crea la Comisión nacional Asesora de Patrimonio Cultural Oral e Intangible”, convirtiéndose en la primera instancia oficial que reconocería el aspecto inmaterial del Patrimonio Cultural en Chile.

Actualmente a nivel nacional, el Patrimonio Cultural Intangible se encuentra protegido expresamente mediante diversas disposiciones, sin embargo no existe un cuerpo normativo único que lo regule específicamente y de forma sistematizada. Por el contrario, la legislación aplicable se encuentra dispersa en diversos instrumentos legales: leyes, decretos, disposiciones constitucionales y principalmente por vía de Tratados Internacionales.

Para subsanar el inconveniente originado en la dispersión normativa, este capítulo abordará la legislación existente, recorriendo tanto la regulación nacional e internacional que resulte aplicable en nuestro país y tenga relación, directa o indirecta, con nuestro objeto de estudio. Es un esfuerzo por lograr una sistematización cohesionada de las normas que se encuentran repartidas, a fin que sirva al lector para integrarlas de manera lógica y alcanzar de este modo una comprensión más acabada de la materia. Asimismo se expondrán ciertas interpretaciones de conceptos amplios y preexistentes en nuestras leyes que permiten armonizar una visión acorde a las exigencias para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Intangible.

2. Tratados Internacionales

2.1. Definición

En primer lugar, es pertinente definir qué entendemos por Tratado Internacional; para este objetivo resulta ilustrativa la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, la cual fue suscrita por Chile en el año 1969 y que pasó a entrar en vigor años más tarde, en 1981. En ella se codifica por primera vez el derecho internacional de los Tratados, que hasta ese entonces tenían carácter consuetudinario, por lo que contiene los conceptos y principios fundamentales en esta materia.

En su artículo 2° letra a, la Convención nos entrega una definición oficial de “Tratado”, esta es: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

A su vez, podemos entregar otra definición de tipo doctrinaria: “La expresión “tratado” es usada para abarcar un sinnúmero de acuerdos internacionales celebrados generalmente entre Estados. Estos acuerdos reciben denominaciones diversas: tratados, convenciones, pactos, declaraciones, cartas, concordatos, protocolos, *modus vivendi* o convenios. Algunos tienen un carácter cuasi-legislativo y otros puramente contractual, pudiendo establecer obligaciones referidas a nuevas áreas del Derecho Internacional o codificando, clarificando o complementando obligaciones de carácter consuetudinario”³².

La eficacia de los Tratados Internacionales o Convenciones radica en el compromiso de aplicarlos que adquieren los Estados al suscribirlos, estos se obligan a respetar sus disposiciones, así como también a ir adaptando en lo sucesivo la legislación interna de modo que sea coherente con la norma internacional. El organismo de las Naciones Unidas ha sido enfático en cuanto

³² DETTLEFF Beros, Carlos. Apunte Derecho de los Tratados. Marzo 2010. Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

al carácter vinculante que deben tener estos instrumentos, y al respecto menciona la siguiente: “Un tratado o acuerdo internacional deberá imponer a las partes obligaciones jurídicas vinculantes con arreglo al derecho internacional, a diferencia de meros compromisos políticos. Deberá deducirse claramente del texto del instrumento, cualquiera que sea su forma, la intención de las partes de obligarse jurídicamente con arreglo al derecho internacional”³³.

En razón de lo anterior es que en la presente tesis se ha preferido analizar en primer lugar los Tratados Internacionales y luego la legislación interna; ya que es precisamente en estos donde tuvo origen el tratamiento y la regulación de la materia en estudio.

2.2. Incorporación de los Tratados Internacionales al Derecho Interno

Dicho esto, es necesario pasar a revisar de qué forma se incorporan a nuestro ordenamiento interno los Tratados Internacionales, es decir, de qué modo estas normas pasan a tener aplicación y eficacia al interior de nuestro país.

Nuestra Constitución se encarga de regular los trámites necesarios para que un Tratado celebrado pase a ser vinculante, pero no contempla un mandato expreso que incorpore estas normas internacionales de forma automática a nuestro

³³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAD. Manual de Tratados, Preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. 32p [en línea] <<https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>> [consulta 25 de noviembre de 2015]

derecho interno. No obstante lo anterior, la doctrina y jurisprudencia han reconocido que en Chile existe un sistema de incorporación de Tratados Internacionales de tipo monista, lo que significa que una vez que un Tratado se encuentra debidamente ratificado, pasa a formar directamente parte del derecho interno, manteniéndose de esta forma la unidad del ordenamiento jurídico.

Esta interpretación que ha tenido lugar en nuestro país se deduce en parte del Artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, que señala lo siguiente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

La importancia y comprensión de este artículo será fundamental en nuestra investigación, ya que la gran mayoría de las disposiciones relativas a la protección y salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible se encuentran reguladas en Tratados Internacionales y no directamente en nuestra legislación interna. El rango de estas normas, y por lo tanto su eficacia práctica, dependerá de la interpretación que le demos a esta disposición constitucional.

Si bien no cabe duda de que nuestro país adhiere a la teoría monista, aún existe una amplia discusión respecto a la interpretación de esta norma, en el sentido de qué es lo que efectivamente se incorpora al derecho interno, si los Tratados en su totalidad o únicamente los derechos establecidos en ellos. Por otro lado tampoco se encuentra zanjado con qué jerarquía se incorporan estos Tratados al ordenamiento jurídico, pudiendo ser supraconstitucional, constitucional o legal.

La opinión mayoritaria, defendida por el Tribunal Constitucional, señala que se incorporan con rango constitucional sólo los Derechos Fundamentales referidos a materia de Derechos Humanos contenidos en los Tratados, no los Tratados comprendidos en su totalidad, llegando a afirmar que estos últimos “son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa³⁴”. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha sido cauteloso, subordinando siempre los Tratados a la norma constitucional, considerada por ellos como la cúspide de nuestro ordenamiento.

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Pesca (Roles número 2387-12 y 2388-12 acumulados), en ejercicio del control previo y facultativo de constitucionalidad, es ilustrativa al respecto. En dicha ocasión el proyecto

³⁴ NASH Rojas, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. 2012. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 20p.

de ley fue cuestionado por omitir en su tramitación el trámite de la consulta previa contemplado en el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, siendo este un Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional negó el rango constitucional a los Tratados Internacionales, en razón de los siguientes motivos:

“Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma³⁵”.

Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido una opinión contraria, afirmando en sus fallos que los Tratados Internacionales se incorporan directamente a nuestra legislación. En cuanto a su jerarquía “ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales³⁶”

35 Tribunal Constitucional, sentencias rol número 2387-12 y 2388-12 acumulados

36 NASH Rojas, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. 2012. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 20p

Pese a esta discrepancia, existe un punto de encuentro importante entre estas opiniones, ambas aceptan la idea de la constitucionalización de los Derechos Fundamentales contenidos en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Conforme a esta teoría, es posible ampliar y complementar el catálogo de Derechos contenidos en el texto constitucional.

Es ilustrativo de esta afirmación la siguiente frase: “se ha planteado por la doctrina que la relación existente entre los sistemas constitucional e internacional debe ser entendida como de carácter complementaria (...) Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante³⁷”.

2.3. Análisis particular de los Tratados Internacionales ratificados por Chile

Dicho esto, pasaremos a analizar los Tratados relacionados con nuestro objeto de estudio en particular. Antes de revisar las Convenciones referidas directamente al Patrimonio Cultural, es necesario mencionar aquellos Tratados que reconocieron por primera vez los Derechos culturales de los individuos;

³⁷ Ibíd. 14p

estos constituyen un primer avance en materia cultural, por lo que serán determinantes en su desarrollo posterior.

Por estos motivos dividiremos el análisis de los Tratados en dos secciones distintas. La primera se encargará de aquellas Convenciones Universales en materia de Derechos Humanos, que reconocen por primera vez los Derechos culturales de las personas, y que son por lo tanto un medio de protección y promoción indirecta del PCI. La segunda sección se encargará de las Convenciones que realizan expresa mención al Patrimonio Cultural, es decir, las de la UNESCO.

Sección 1. Tratados Internacionales de carácter general en materia de Derechos Humanos

La mayoría de estos Derechos culturales se encuentran consagrados en más de una Convención, así como también en nuestra Constitución. Para realizar el análisis de ellos en primer lugar haremos una enumeración de los principales instrumentos internacionales en que se encuentran reconocidos, y a continuación pasaremos a enunciar el catálogo de derechos fundamentales relacionados con nuestra materia de estudio. En cuanto a su reconocimiento constitucional, creemos pertinente realizarlo en el capítulo siguiente, dedicado exclusivamente a ese fin.

A. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

Este documento fue aprobado y proclamado por la Asamblea General de la ONU en París el año 1948. Si bien no es un Tratado propiamente tal, es un instrumento declarativo de enorme importancia en materia de Derechos Humanos, ya que por primera vez se recogen y reconocen en un solo documento todos aquellos derechos considerados como esenciales, será por lo tanto, la fuente inspiradora de todos los Tratados posteriores en materia de Derechos Humanos.

B. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

El año 1969 se celebró en la ciudad de San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. En esta Conferencia participaron varios Estados americanos, dentro de los cuales estaba Chile, en ella se suscribió este Pacto cuyo objetivo era materializar en un instrumento todos aquellos Derechos considerados como fundamentales, reiterándose en gran medida la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Sin embargo, esta Convención empezó a regir en nuestro país a partir del año 1991, mediante el Decreto n° 873 del entonces Presidente Patricio Aylwin, luego de haber sido ratificada por él mismo gobierno en el año 1990.

C. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó este pacto en el año 1966, con el objeto de hacer efectivos los principios y Derechos enunciados en la DUDH de 1948. Este instrumento consiste en un tratado multilateral de carácter vinculante y obligatorio para los Estados suscriptores.

En él se recogen aquellos derechos también denominados como de “primera generación”, orientados a proteger a los individuos de los abusos del Estado, consagrando de esta forma sus derechos civiles y políticos. Se ha entendido tradicionalmente que este tipo de derechos impondrían obligaciones negativas al Estado, es decir, de abstenerse de realizar determinadas acciones que pudieran vulnerar estos derechos.

Este pacto fue suscrito por Chile en 1966, sin embargo pasó a tener vigencia al interior de nuestro territorio nacional recién a partir del año 1989, mediante el Decreto n° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, firmado por Augusto Pinochet a pocos meses de terminar su mandato.

D. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la ONU al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta división en dos instrumentos distintos encuentra su fundamento en la naturaleza de los derechos que consagran. En esta Convención se abordan aquellos derechos también denominados de “segunda generación”, cuyo objetivo está enfocado en promover la igualdad de los individuos.

“La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad”³⁸.

En conjunto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus respectivos protocolos facultativos pasan a conformar la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos.

³⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2002. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotto S.A. [en línea] <<https://es.scribd.com/doc/155159492/Los-Derechos-Sociales-Como-Derechos-Exigibles-Victor-Abramovich-y-Christian-Courtis>> [Consulta: 26 de noviembre 2015]

Este Pacto fue suscrito por el Gobierno de Chile en el año 1969, sin embargo, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comenzó a tener vigencia en nuestro país recién a partir del año 1989, mediante el Decreto n° 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Catálogo de Derechos Culturales contenidos en estos Pactos

A continuación pasaremos a revisar el listado de Derechos Culturales establecidos en estos pactos:

1. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia³⁹”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto de San José de Costa Rica	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
---	---------------------------------	---	---

³⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos, diciembre 1940. Artículo 18.

Artículo 18 “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.	Artículo 19 Libertad de Conciencia y de Religión	Artículo 18 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión	No hace expreso reconocimiento a este Derecho
---	--	--	---

Este Derecho, se encuentra indisolublemente unido a la libertad de manifestar la propia religión, así como los cultos y creencias propios de cada individuo o colectividad. El primer reconocimiento a este Derecho se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin embargo, las Convenciones posteriores vienen a ampliarlo y complementarlo.

En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica añaden: “Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”, así como también establecen ciertas limitaciones al ejercicio de dicho derecho en función de la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Se considera que el PCI se encuentra íntimamente ligado con el sistema de creencias y la cosmovisión de una comunidad, es decir, con su aspecto más espiritual. Gran parte de las manifestaciones culturales que existen en nuestro

país encuentran sus raíces en la religión, por lo que es fundamental el establecimiento de esta libertad en la salvaguardia del PCI.

2. Libertad de Expresión

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión⁴⁰”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto de San José de Costa Rica	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Artículo 19 Libertad de opinión y de expresión	Artículo 13 Libertad de Pensamiento y de Expresión	Artículo 19 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión	No hace expreso reconocimiento a este Derecho.

⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos, diciembre 1940. Artículo 19.

Al igual que la libertad de conciencia y de religión, este Derecho encuentra su primera consagración oficial en la Declaración Universal de Derechos Humanos, viniendo los pactos posteriores a complementarlo y regularlo, estableciendo la prohibición a la censura previa, y a toda otra forma de restricción a este Derecho por medios indirectos.

El Pacto de San José de Costa Rica en su Artículo 19 n° 5 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 establecen el límite a este Derecho, señalando lo siguiente: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional⁴¹” De esta forma se resguardan intereses superiores que eventualmente podrían vulnerarse en el ejercicio abusivo de este Derecho.

Esta libertad es la idea matriz que hace posible el desarrollo y la diversidad cultural. Si entendemos al PCI como un conjunto de manifestaciones y expresiones culturales de las comunidades, podemos comprender la estrecha

⁴¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 19 número 5.

relación que existe entre nuestro objeto de estudio y la libertad consagrada en este artículo.

En esta misma línea, el preámbulo de la Convención para la Salvaguardia del PCI señala: “Las comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana”. Lo que en este instrumento se declara no puede hacerse efectivo si no se reconoce la libertad de expresión, como se ha visto demostrado a lo largo de la historia, periodos en que esta libertad se ha visto restringida se han asociado a “apagones culturales”, que conllevan inevitablemente al desuso y la pérdida del PCI.

3. Libertad de asociación

“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.⁴²”.

⁴² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 20.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto de San José de Costa Rica	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Artículo 20 Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.	Artículo 15. Derecho de Reunión Artículo 16 Libertad de Asociación	Artículo 21 Derecho de reunión pacífica Artículo 22 Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras	No hace expreso reconocimiento a este Derecho

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala este Derecho en forma genérica, por lo que al igual que los anteriores Derechos viene a ser complementado por los demás instrumentos internacionales. El Pacto de San José de Costa Rica señala expresamente los fines con los que puede ejercerse dicha libertad, estos son “fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”. Lo que viene a completar la idea original de la Declaración, estableciéndose en este artículo una vinculación directa con los Derechos culturales.

En atención a nuestro objeto de estudio, este Derecho reviste gran importancia toda vez que el PCI se considera como una manifestación cultural propia de los pueblos, es decir, colectiva. No es posible su salvaguardia si se restringe esta

libertad, toda vez que se interrumpen aquellos nexos que dan lugar tanto a su creación como a su transmisión.

4. Derecho a la educación

1. “Toda persona tiene derecho a la educación (...)
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”⁴³.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto de San José de Costa Rica	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
--	---------------------------------------	--	--

⁴³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 26.

Artículo 26 Derecho a la educación. Fines de la educación	Artículo 26 Desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	No hace expreso reconocimiento a este Derecho	Artículo 13 Derecho de toda persona a la educación.
--	---	---	---

Tanto este Derecho, como los objetivos a los que deberá orientarse la educación se encuentran consagrados en la DUDH y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Pacto de San José de Costa Rica, si bien no hace un reconocimiento expreso de este Derecho, en su artículo 26 señala: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)”.

No hay duda de que la educación constituye un elemento clave en el desarrollo y la promoción de la cultura, así como también en la valoración del Patrimonio Cultural por parte de la ciudadanía. Este artículo además de establecer este derecho lo dota de contenido, señalando sus objetivos centrales en el desarrollo de la persona humana y los principios fundamentales que deberán regirlo, los cuales se encuentran orientados al desarrollo y la diversidad cultural.

“La educación y el proceso formativo incluyen la socialización de las personas, el conocimiento de las cosas útiles y la percepción y el goce de los objetos culturales, patrimoniales y artísticos. La finalidad última de la educación es la cultura; de lo contrario, ésta se convierte en un mero adiestramiento. Nuestras carencias educativas constituyen nuestro principal problema cultural. La cultura no es viable sin la educación y ésta no tiene sustancia sin la cultura. Ambas exigen ser consideradas en su reciprocidad, en su mutua dependencia⁴⁴”.

5. Derecho a participar en la vida cultural

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora⁴⁵.

⁴⁴ CHILE QUIERE MÁS CULTURA DEFINICIONES DE POLÍTICA CULTURAL 2005-2010, MAYO 2005. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes 13p Chile [en línea]
<<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2012/03/Chile-Quiere-M%C3%A1s-Cultura.-Definiciones-de-Pol%C3%ADtica-Cultural-2005-2010.pdf>>
[consulta 25 noviembre 2015]

⁴⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos, diciembre 1948. Artículo 27.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto de San José de Costa Rica	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<p>Artículo 27</p> <ul style="list-style-type: none"> - Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad - Protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones de que sea autora. 	<p>No hace expreso reconocimiento a este Derecho</p>	<p>No hace expreso reconocimiento a este Derecho</p>	<p>Artículo 15</p> <ul style="list-style-type: none"> - Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad - Protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones de que sea autora.

Este derecho también es conocido como “derecho a la cultura”, y puede dividirse en dos partes distintas.

La primera está enfocada en promover la participación ciudadana en la vida cultural del país, y requiere de esfuerzos del Estado para hacerse efectiva, siendo este el encargado de promover el desarrollo artístico y cultural de la Nación.

En su segunda parte se hace referencia a los derechos de autor, siendo estos los derechos tanto patrimoniales como morales que le corresponden al creador de una obra. Es un enorme incentivo a la creación artística y a la industria cultural, ya que fomenta el respeto a la autoría, entregando seguridad a los autores respecto de la titularidad de sus obras, y de esta forma impide su utilización indebida o abusiva.

6. Libre determinación de los pueblos

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural (...)⁴⁶.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto de San José de Costa Rica	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
--	---------------------------------------	--	--

⁴⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAD. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 1966. Artículo 1.

No hace expreso reconocimiento a este Derecho	No hace expreso reconocimiento a este Derecho	Artículo 1 Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación	Artículo 1 Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación
---	---	---	---

Este derecho, también denominado de autodeterminación es un Derecho colectivo, que se confiere a todos los pueblos y es reconocido por primera vez por la comunidad internacional en un contexto de descolonización. En ese sentido, en sus orígenes fue pensado para proteger la soberanía de aquellas naciones que habían sido colonizadas, respecto de sus Estados dominantes.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo el concepto de pueblo se fue ampliando para volverse comprensivo de aquellos grupos minoritarios al interior de los mismos Estados. Según esta interpretación, la libre determinación ya no puede entenderse ligada a la soberanía, la opinión mayoritaria sostiene el peligro de fragmentación y ruptura de los Estados existentes que derivaría de ello. La tendencia es a aceptar este Derecho en su vertiente interna, es decir en todas aquellas decisiones orientadas a determinar su propio desarrollo en concordancia con sus tradiciones culturales propias y distintas del Estado del que forman parte.

De esta interpretación se hace aplicable a nuestra realidad nacional, en la cual conviven un conjunto de grupos étnicos o indígenas al interior de un mismo

Estado. Entendiendo que estas minorías son pueblos, y por lo tanto titulares de este Derecho, se traduciría en la libertad de decidir su propia orientación política, social, cultural y económica, determinando de forma autónoma su propio desarrollo. Esto tiene enorme relación con la preservación de sus costumbres e instituciones, y por ende, con nuestro objeto de estudio.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas recoge esta interpretación en su artículo 3 en el cual señala lo siguiente “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Asimismo, es ilustrativo de esta idea el artículo 7 n°1 del Convenio 169 de la OIT, el cual revisaremos en mayor profundidad en nuestro capítulo III, este señala lo siguiente: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”.

7. Derechos de las minorías

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. (Artículo 27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Entendiéndose que los Derechos Humanos consagrados en estas Convenciones son iguales para todas las personas, sin importar sus diferencias, este Derecho viene a cumplir un rol fundamental en cuanto a hacer efectiva esta igualdad en la titularidad de los derechos reconocidos.

En toda sociedad existen grupos más vulnerables, y frente a esta realidad es necesario hacer una “discriminación positiva” respecto a ellos. Este concepto se refiere a las leyes y políticas públicas orientadas a proteger a grupos minoritarios que se encuentran en desventaja en cuanto a su realización, tanto económica, social y cultural, en relación al resto de la sociedad, con el fin de hacer efectivos los derechos que se les reconocen.

Este derecho de las minorías es una forma de discriminación positiva, en cuanto está encaminado a buscar el desarrollo de estos grupos, y a protegerlos, dado

su carácter más vulnerable. Al protegerse a las minorías se está resguardando su patrimonio cultural, fomentándose su desarrollo y la preservación de su identidad.

La Asamblea General de las Naciones Unidas recoge esta idea en las siguientes palabras: “Los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad⁴⁷.

Sección 2. Convenciones de la UNESCO

En nuestro país, las primeras disposiciones relativas a la protección y salvaguardia del PCI se encuentran contenidas en Convenciones de la UNESCO, estos acuerdos fijan las bases generales y principios que deberán regir en esta materia. Como pudimos observar anteriormente, nuestra legislación interna es reciente y aún no ha hecho un tratamiento sistemático de

⁴⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, septiembre 2007. [en línea] <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf> [consulta 17 diciembre 2015]

la materia, por lo que todavía la mayor parte de la regulación del PCI se encuentra en estas normas internacionales.

Chile es Estado miembro de la UNESCO desde el 7 de Julio de 1953, y en esa calidad ha adherido diversas convenciones relacionadas con la protección del patrimonio cultural. Como ya señalábamos en la primera parte de esta investigación, la UNESCO ha elaborado un total de 8 Convenciones, de las cuales son pertinentes a nuestro objeto de investigación las siguientes:

A. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)

Promulgada en Chile por medio del Decreto 259 con fecha 27 de marzo de 1980, esta convención fue adoptada por la UNESCO con el fin de preservar y proteger este patrimonio ante las amenazas tradicionales a las que ha estado expuesto y a las modernas amenazas provenientes del avance social y económico que se ha dado en el mundo a esa fecha. En su preámbulo da cuenta del carácter único e irremplazable que reviste a este patrimonio y de su importancia para la humanidad entera.

Su principal propósito era modernizar los sistemas de protección, para que estos sean permanentes y colectivos, aprovechándose también de las nuevas

tecnologías disponibles. De su capítulo I referido a las definiciones del patrimonio cultural y natural podemos concluir que está destinada a proteger sólo el PCT ya que en su artículo 1º al definir patrimonio cultural sólo menciona los monumentos, conjuntos materiales y lugares, sin que se haga en toda la convención mención alguna al PCI, lo que se explica por el contexto histórico en que se adopta, pero su importancia en relación a la protección de este es que marca la pauta en la adopción de las posteriores convenciones que lo protegen.

B. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (Paris, 17 de octubre de 2003)

Esta es la primera Convención adoptada por la UNESCO en materia de Patrimonio Cultural en que se considera específicamente al PCI. En lo que respecta a Chile, podemos decir que habiendo adherido y promulgado la adhesión a la Convención a través del Decreto 11 con fecha 11 de enero de 2009, esta lo obliga tanto a él como a sus órganos al pleno respeto y resguardo de estos bienes, instalándose de esta forma el concepto de PCI en Chile.

Para comprender la importancia de esta Convención podemos decir que “este nuevo texto normativo de la UNESCO, es al patrimonio vivo lo que la Convención de 1972 para la protección del patrimonio mundial, cultural y

natural es al patrimonio material⁴⁸”. Por lo que con esta Convención viene a establecer un nuevo objeto de protección internacional, considerando la falta de recursos destinados a este tipo de patrimonio y la urgente necesidad de resguardarlo, mejorando los instrumentos ya existentes con el fin de que estos puedan cumplir un rol efectivo en la salvaguardia del PCI. Con ello se busca también generar conciencia en la ciudadanía, y principalmente en las generaciones jóvenes, de la importancia de la salvaguardia del PCI.

Asimismo, es interesante destacar que esta Convención establece todo un sistema de cooperación y asistencia internacional en su Título V y un Fondo del Patrimonio Cultural Inmaterial, lo que es muy importante, ya que como decíamos al comienzo de este numeral, uno de los grandes problemas que se mencionan en relación a la protección del PCI es la falta de recursos para dicho fin.

Pero la Convención no fue la única estrategia llevada a cabo entonces por la UNESCO para la protección del PCI. Así, “en 2001, con un objetivo de acción urgente y de manera paralela al proceso de elaboración de la Convención, la UNESCO inició un programa por el que se proclamaron un total de 90 Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, una distinción

⁴⁸ UNESCO. 2006. Entrada en vigor de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. 20 de abril 2006. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=32686&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [consulta : 10 septiembre 2013]

mundial destinada a sensibilizar a la opinión pública sobre el valor de este y a estimular la creación de planes de acción de salvaguardia. La Convención prevé la integración de estas obras maestras en una Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial”⁴⁹.

C. Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y su Anexo (Paris, 20 de octubre de 2005)

Si bien es cierto que esta Convención se asemeja a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, en el sentido de que también se preocupa por la salvaguardia, respeto y sensibilización respecto del patrimonio cultural inmaterial, así como la cooperación y asistencia internacionales, podemos decir que esta pone el énfasis en la diversidad de las expresiones culturales dándole especial importancia a “los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible” y a los derechos de propiedad intelectual, reconociendo su gran importancia “para sostener a quienes participan en la creatividad cultural”⁵⁰.

⁴⁹ UNESCO. 2006. Entrada en vigor de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. 20 de abril 2006. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=32686&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [consulta : 10 septiembre 2013]

⁵⁰ UNESCO. 2005. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y su Anexo. 20 de octubre 2005.

Por último, es interesante detenerse en el hecho curioso de que esta Convención adoptada por la UNESCO el 20 de octubre de 2005 fue aprobada y ratificada por Chile en 2007, en cambio, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial adoptada en 2003 no fue aprobada y ratificada por Chile sino hasta el año 2009.

Algunas medidas concretas tomadas en Chile en orden a dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia cultural.

Sin perjuicio de lo que se añada en los capítulos siguientes, quisiéramos destacar aquí algunas medidas concretas tomadas por Chile en orden a dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia cultural, en especial a lo ordenado por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial:

1. Creación del Inventario del Patrimonio Cultural Inmaterial de Chile mediante la promulgación con fecha 19 de junio de 2012, de la Resolución Exenta N° 2568, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en cumplimiento a lo ordenado por los artículos 11, 12, 13 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.

Resulta interesante notar que esta Resolución confirma la hipótesis de que dentro del artículo 19 número 10 inciso final de la Constitución ha de entenderse incluido al PCI, toda vez que se le cita dentro de su considerando como uno de los motivos que llevaron al Consejo a crear este Inventario, y que en relación con lo anterior, el inciso final del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados constitucionalmente y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

2. Dictación de la Resolución Exenta N° 803, de fecha 22 de febrero de 2013, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

Mediante esta Resolución se fijó “la selección de los Bailes Chinos como la expresión o manifestación del Patrimonio Cultural Inmaterial chileno para ser presentada por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes ante el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco con miras a lograr la inscripción de los Bailes Chinos en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco”⁵¹.

⁵¹ CHILE. Consejo de la Cultura y las Artes del Gobierno de Chile. 2013. Resolución 803 EXENTA, 22 de febrero 2013.

La petición fue aprobada el 26 de diciembre de 2014 en forma unánime el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO en 2014, de manera que el “Baile Chino” pasó a formar parte de la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.

3. Creación del Comité de Patrimonio Cultural Inmaterial de Chile.

El Comité de Patrimonio Cultural Inmaterial de Chile fue creado mediante la Resolución Exenta N° 2269, de fecha 11 de junio de 2013, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, y sus funciones se encuentran definidas en su Artículo 1°, y son las siguientes:

- a. “Avalar la incorporación de aquellas manifestaciones o expresiones en el Inventario del Patrimonio Cultural Inmaterial de Chile, y las propuestas que el país presentará a alguna de las Listas que contempla la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco.
- b. Observar la implementación en Chile de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco.

c. Promover la articulación de los programas, proyectos y actividades que, en materia de patrimonio cultural inmaterial, se realizan en las diversas instancias públicas y privadas.

d. Considerar y, de ser el caso, dar seguimiento a acuerdos, programas y experiencias, tanto de organismos internacionales como de otros Estados, sobre patrimonio cultural inmaterial”.

4. Programa “Tesoros Humanos Vivos”

“El Programa de Reconocimiento Tesoros Humanos Vivos, dependiente de la Sección de Patrimonio Cultural del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA), es la instancia oficial que canaliza el reconocimiento que el Estado chileno otorga a personas y comunidades portadoras de manifestaciones del Patrimonio Cultural Inmaterial nacional de alta significación para el país y las comunidades locales, o bien, a aquellas expresiones en peligro de desaparecer. Por éste y otros medios, el programa busca establecer las mejores herramienta para una eficaz puesta en valor de nuestro patrimonio, así como promover su registro, transmisión y salvaguarda. De este modo, la acción del Programa THV se proyecta más ampliamente a relevar y fomentar la pluralidad y diversidad cultural de la comunidad nacional.

El reconocimiento de la calidad de Tesoro Humano Vivo es decisión de un Comité de Expertos asociado al programa, independiente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, que cumple las funciones de evaluar y seleccionar las expresiones postuladas en el proceso de postulación que se realiza anualmente. El Comité también actúa como entidad asesora en la definición de las actividades programadas para la transmisión de conocimientos en riesgo, las que son adoptadas en conjunto con personas y comunidades que han recibido la distinción de Tesoro Humano Vivo”⁵².

3. Legislación Nacional

3.1. Disposiciones Constitucionales

Nuestra actual Constitución fue dictada en el año 1980, en un momento histórico en que el concepto PCI recién comenzaba a tomar forma en el escenario internacional. Teniendo en cuenta este contexto, es posible comprender por qué nuestra normativa constitucional no hace alusión a él. Sin embargo en ella se recoge un concepto amplio de Patrimonio Cultural, de lo que puede interpretarse que lo protege en todos sus ámbitos.

⁵² CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES DEL GOBIERNO DE CHILE. Programa: Tesoros Humanos Vivos [en línea] <<http://www.portalpatrimonio.cl/programas/thv/>> [consulta: 27 agosto 2013].

A continuación haremos un recorrido a través de nuestra Constitución, fijándonos en aquellos artículos que tienen relación con nuestro objeto de estudio. Luego de enunciarlos, señalaremos de qué forma estos, mediante su interpretación se condicen y resultan aplicables a la protección y salvaguardia del PCI.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas (...):

N°6.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Bajo esta expresión es que legislador en el artículo 19 N°6 garantiza lo que la doctrina ha denominado “libertad religiosa”, este artículo fue estructurado de manera tal de darle preeminencia a la libertad de conciencia puesto que es el origen de la manifestación y ejercicio libre de la misma.

Para abordar este artículo, podemos desglosarlo en tres partes; la primera que se refiere propiamente a la libertad de conciencia, y que implica dos fases: una interna de decidir adherir o no determinada creencia, y otra de carácter externo que envuelve la aptitud actuar conforme a la misma; ambas independiente de toda coacción. La segunda parte, se refiere a la manifestación de las “creencias”, concepto que debe interpretarse de manera amplia ya que no solo

abarca lo religioso, sino también lo no religioso, anti-religioso o movimientos no tradicionales. Por último, la tercera parte se refiere al “ejercicio libre de todos los cultos”, noción que también amplía el alcance de protección, pues culto nos remite a la idea de una actividad o manifestación de celebración realizada por la comunidad y no necesariamente de carácter religioso, de modo que abarca un conjunto de expresiones de carácter cultural que excede lo meramente espiritual.

Al respecto el TC ha señalado que “el respeto de la libertad ideológica o de conciencia supone, entonces, el reconocimiento de la facultad de las personas para buscar la verdad, manifestar o exteriorizar sus ideas, lo que remite a la libertad de expresión y la libertad de asociación.”⁵³

De este modo, es posible subsumir elementos propios del Patrimonio Cultural Intangible tales como mitos, filosofía, ritos, valores, leyendas, modos de vida, religiosidad y costumbres en general, dentro de la esfera de protección que otorga la Carta Fundamental como una garantía de libertad en este numeral. Es propio de la naturaleza del ser humano, convergir en grupos que reúnan personas con creencias similares y que desarrollan cierta ritualidad o tradiciones que van siendo transmitidas de generación en generación y que es

⁵³ NAVARRO B., E. y CARMONA S., C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Tribunal Constitucional. STC 567, c 30, p. 202.

recreado constantemente por los miembros de la comunidad; esto constituye una manifestación de la cultura y merece protección como tal.

Resulta relevante ya que además de darle una jerarquía constitucional como interés jurídicamente protegido, abre la puerta a una vía de tutela o cautela directa como es la acción de protección consagrada en el artículo 20, ante cualquier hecho que pueda poner en riesgo su pervivencia.

Número 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.

Una primera lectura de este numeral no permite hacer una relación inmediata con la protección del Patrimonio Cultural, pero si nos remitimos a la definición de medioambiente dada por nuestra legislación en la Ley 19.300 de Bases Generales del Medioambiente, promulgada en 1994, podremos ver que si existe dicha relación.

En efecto, dicha ley define el medioambiente de la siguiente forma: "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física,

química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige o condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.⁵⁴"

Esta es una definición amplia, que nos da un concepto de medioambiente comprensivo de los sistemas socioculturales, dentro de los cuales se enmarca el Patrimonio Cultural Intangible.

En ese sentido "los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales"⁵⁵ - que conforman el Patrimonio Cultural Intangible según la definición dada por la Convención, se entienden perfectamente dentro de la categoría de "elementos de naturaleza sociocultural" que se describen en la definición recién dada de medio ambiente, y por lo tanto debe entenderse que el precepto constitucional es comprensivo del resguardo al Patrimonio Cultural Intangible, imponiendo un deber constitucional específico al Estado de protegerlo.

Así, a través del precepto en comento se establece una protección al Patrimonio Cultural Intangible vía función legislativa, toda vez que se autoriza a la potestad legislativa a restringir determinados derechos o libertades con la finalidad de proteger el medio ambiente, en atención a su importancia como bien jurídico

⁵⁴ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300: Bases Generales de Medio Ambiente, marzo 1994. Artículo 2 letra II.

⁵⁵ Óp. Cit. UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Artículo 2º párrafo 1º.

protegido, lo que en definitiva significa la posibilidad de establecer dichas limitaciones en favor de la protección del PCI.

Cabe agregar que el artículo 19 número 8 de la Constitución ha de analizarse conjuntamente con el número 24, numeral que si bien está referido al Derecho de Propiedad, también contempla la posibilidad de que la ley pueda establecer limitaciones y restricciones sobre el mismo, como obligaciones que deriven de su función social, agregando que “Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del único patrimonio ambiental”⁵⁶.

En este sentido son ilustrativas las palabras empleadas por el Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina de la UNESCO, en adelante también el “CRESPIAL”, al decir que “Es interesante notar que la Constitución sitúa al Estado como responsable en materia de salvaguardia del patrimonio cultural nacional al establecer límites al derecho de propiedad en atención a la función social del mismo.”⁵⁷

En cuanto a la función social de la propiedad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la misma “se refiere, en este contexto, a que

⁵⁶ Constitución Política de la República. Chile, 1980. Art. 24 inciso 2º

⁵⁷ MONTECINO Aguirre, Sonia. Estado del Arte del PCI en Chile. 204p. [en línea] < <http://www.cultura.gob.cl/text/text582.pdf> > [consulta 12 de noviembre de 2015]

el límite u obligación impuesto por la ley debe beneficiar a la sociedad y su fin excede el propósito de sus miembros. La salubridad pública como expresión de la función social de la propiedad introduce en ésta el propósito de promover y proteger la salud de la población. La conservación del patrimonio ambiental como expresión de la función social de la propiedad la grava con aquello que es necesario para preservar los elementos del entorno que pertenecen a todos los seres humanos y debe seguir perteneciendo a la humanidad en el futuro”⁵⁸.

El establecimiento de estos límites ha generado críticas, por cuanto se estaría restringiendo un derecho de rango constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado declarando que los derechos fundamentales no son absolutos y por el contrario pueden estar afectos a límites “inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo

⁵⁸ NAVARRO B., E. y CARMONA S., C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Tribunal Constitucional. STC 1295, c. 43 y 54, p. 322 (En el mismo sentido STC 2643, c. 59, STC 2644, c. 59).

valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)”⁵⁹.

Número 10

(Inciso 1º) El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

(Inciso 5º) “Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

Este numeral se encarga de establecer y resguardar el Derecho a la educación, especificando en su inciso 5º como deber específico del Estado con el patrimonio cultural de la Nación.

Este es el único artículo de nuestra Constitución en el que se menciona expresamente el Patrimonio Cultural, y si bien en él no se distingue al Patrimonio Cultural Intangible o Inmaterial expresamente, tal como expusimos

59 NAVARRO B., E. y CARMONA S., C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Tribunal Constitucional. STC 1365, c. 21, p. 349.

en la parte introductoria del presente capítulo, consideramos que a falta de especificación se refiere a Patrimonio Cultural en un sentido amplio.

Esta interpretación amplia o extensiva se sigue del aforismo jurídico que dice “dónde el legislador no distingue, no es lícito al intérprete hacerlo”, si el legislador no distinguió entre Patrimonio Cultural y Patrimonio Cultural Intangible, nosotros tampoco debiésemos hacerlo al momento de interpretar la ley.

Por otra parte, si bien el artículo no establece deberes específicos, la responsabilidad que impone es categórica, corresponde al Estado la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación; y así lo han entendido también los distintos gobiernos al momento de elaborar instrumentos legales destinados a cumplir con esta responsabilidad.

Ejemplo de lo anterior es el considerando a) del Decreto N° 74, de 1997, del Ministerio de Educación, que crea la Comisión Asesora Presidencial en Materias Artístico-Culturales, el que dice expresamente: "Que, por mandato constitucional y legal, constituye un deber del Estado estimular el desarrollo cultural, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación⁶⁰".

⁶⁰ CHILE. Ministerio de Educación. 1997. Decreto N° 74: Crea Comisión Asesora Presidencial en Materias Artístico-Culturales, Chile, enero 1997. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61446>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

Por último, resulta interesante notar que en este artículo se hace uso de la expresión "incrementar", de lo que resulta claro que nuestra Constitución no solo impone un deber de protección sino, también de fomento para que su producción aumente, o en otras palabras, de facilitar las condiciones para que ello se produzca. Por lo tanto, este deber no sólo se limita solo al concepto de protección, sino que se aviene más al de salvaguardia.

Al respecto, resultan son ilustrativas las palabras del Mensaje Presidencial, enviado por Sebastián Piñera para la creación de una ley que pretende reformar la institucionalidad cultural, uniendo al Consejo Nacional de la Cultura, con la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos y el Consejo de Monumentos Nacionales, organismos que al día de hoy dependen del Ministerio de Educación. En este proyecto se señala que “no es ni puede ser nunca competencia del Estado determinar el contenido del desarrollo cultural y artístico de un país, pero sí facilitar las condiciones para fomentar el libre desarrollo de las expresiones artísticas y culturales”⁶¹. Es decir, al Estado no le corresponde dirigir el desarrollo cultural ni adecuarlo a sus criterios, sino que promoverlo e impulsar su natural y espontáneo desarrollo.

⁶¹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Boletín N° 8938-24 (2013) “Crea el Ministerio de Cultura”, Mensaje N° 032-361. Chile. 2p [en línea]
<<http://www.munitel.cl/Seminarios/41EscuelaCapacitacion/ADD/Proyecto%20de%20ley%20que%20crea%20el%20Ministerio%20de%20Cultura.pdf>>
[consulta 12 de noviembre de 2015]

Número 12- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

Este artículo engloba la denominada “libertad de expresión e información” y resulta tremendamente relevante ya que se relaciona de manera directa con otras libertades y derechos establecidos en nuestra Constitución; dentro de estos podemos señalar la libertad de conciencia y de asociación.

En primer lugar, cabe dar por sentado, como bien lo señala Gonzalo García Pino, que este derecho “sólo es posible vislumbrarlo correctamente con su ligazón directa e inalienable con el principio democrático del artículo 4° de la Constitución, siendo la libertad nuclear de este régimen político⁶²”; así se erige como un derecho eminentemente social y que da lugar al principio del pluralismo.

Adherir al pluralismo como un valor implica recoger y aceptar la diversidad de ideas, doctrinas o posiciones en una actitud de respeto y tolerancia. Además significa un compromiso, y deber para el Estado con la comunidad de tutelar,

⁶² GARCIA PINO, Gonzalo. Cuaderno N° 49, Estudios sobre Jurisdicción Constitucional, Pluralismo y Libertad de Expresión. 2012, p.169[en línea]
<<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>> [consulta 24 de noviembre de 2015]

resguardar y fomentar las distintas manifestaciones efectuadas por medios perceptibles que llegan a formar parte del acervo cultural.

Como se puede ver, esta norma debe ser entendida en un sentido amplio, ya que cobija todo tipo de expresión que sea el resultado de una opinión y que alimente la concurrencia de ideas y riqueza cultural. En este sentido la libertad de expresión alcanza a las distintas creaciones humanas que componen el PCI y como tal está orientado a su salvaguarda. Más aun, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha destacado que el alcance del mismo, no se limita a la mera protección de las ideas, sino también a la forma de expresarlas.⁶³

Respecto a la relación con otros derechos, como mencionábamos anteriormente, se encuentra ligado a la libertad de conciencia que es la base para formar cierta convicción, asimismo esta, es el precedente para ejercer o actuar conforme a ella y que materializa la realización del derecho. En cuanto a la libertad de asociación que ahondaremos en el siguiente ápice, el Tribunal Constitucional ha señalado en una de sus sentencias que “el derecho de asociación resguarda la facultad de las personas para juntarse en forma estable con el propósito de promover ciertos ideales compartidos. Si no hubiera libertad para formular, adherir y expresar tales ideales comunes, el derecho de

⁶³ NAVARRO B., E. y CARMONA S., C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Tribunal Constitucional. p. 195.

asociación perdería su razón de ser. Así, la libertad de expresión desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor”⁶⁴.

Número 15°.- El derecho de asociarse sin permiso previo.

Como ya hemos esbozado, el derecho a asociarse sin permiso previo se relaciona directamente con la libertad de conciencia, libertad de expresión, y conceptos como el pluralismo y la democracia a los que nos hemos referido. Este ampara ciertamente la posibilidad de las personas que concurren en un determinado credo, convicción o comparten ideales, de auto determinarse e integrar o no un grupo de carácter asociativo. Esta posibilidad garantiza y constituye una expresión del pluralismo; en palabras del Tribunal Constitucional “el derecho de asociación permite que el pluralismo se pueda expresar, al garantizar que los individuos puedan unir sus voluntades para perseguir fines comunes, sin permiso previo”⁶⁵.

⁶⁴ NAVARRO B., E. y CARMONA S., C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Tribunal Constitucional. STC 567, cc. 31 y 32, p. 237.

⁶⁵ NAVARRO B., E. y CARMONA S., C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Tribunal Constitucional. STC 567, c. 22, p. 244,

Asociarse es una conducta que se encuentra ligada intrínsecamente a la naturaleza del ser humano, que desde tiempos inmemoriales se ha acercado a aquellos que le generan una mayor empatía o comparten una visión común. Esta forma de expresión ha permitido a las comunidades y a los propios individuos ir formando una identidad propia y que permite diferenciarlo de otros grupos humanos.

Como consecuencia del ejercicio de este derecho inherente, se conforman los llamados grupos intermedios, ubicados entre las personas y el Estado. Estos se encuentran reconocidos y protegidos como tal por disposición constitucional en el artículo 1º, el cual agrega en su enunciado que “de esta manera se organiza y estructura la sociedad”. Lo anterior hace evidente que el constituyente los ha considerado como un elemento enriquecedor de la sociedad e integrante dentro del concepto que de Patrimonio Cultural Intangible recientemente recogido. Estos grupos intermedios generalmente desarrollan actividades que comprenden la creación de obras materiales e inmateriales, desarrollo de costumbres, transmisión de conocimientos, manifestaciones de creatividad y concretización de formas de vida, lo que debe ser entendido como una manifestación cultural de la comunidad que participa de ellos. Así, parece claro que la interpretación que se ha hecho del mismo es concordante con lo planteado a lo largo de esta tesis y que debe ser entendido de manera amplia o extensiva con objeto de lograr una salvaguarda eficaz de estos bienes.

N ° 25.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El artículo 19 N ° 25 está redactado de forma que pone énfasis en su configuración como una arista del derecho de libertad, relacionado específicamente con creaciones artísticas e intelectuales. Por otra parte, consagra el derecho de autor, el cual debe ser entendido como una expresión del derecho de propiedad o dominio en un sentido amplio. Como señala el profesor Ricardo Antequera abarca “bienes incorporales de diferentes órdenes: industriales, comerciales, técnicos, artísticos, científicos y literarios”⁶⁶, ahora, esto no significa que todos se encuentren protegidos, sino únicamente algunos, sin embargo delimitarlos es una cuestión que escapa a las materias a abordar en esta tesis.

El artículo 2° del Convenio de Estocolmo que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual señala que esta protección se extiende a obras literarias, artísticas, invenciones de todos los campos de la actividad

⁶⁶ ANTEQUERA, Ricardo. Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos. P.3 [en línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2013/2/D127C0516/1/material_docente/> [consulta 27 de noviembre de 2015]

humana tanto; así, tanto el arte como la artesanía son un testimonio vivo de la identidad de una comunidad. Esta condición lo liga inmediatamente a un deber de protección y más aun de salvaguardia que en gran medida queda resguardado por esta norma constitucional.

Artículo 22 incisos 1° y 2°

“Todo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales.

Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena.”

Para los fines de nuestra investigación interesa definir el concepto de “valores esenciales de la tradición chilena”, y determinar si este concepto es comprensivo de las tradiciones ancestrales de los pueblos originarios, puesto que de ser así recaería un deber constitucional sobre todas las personas en orden de promover su conservación.

Para encontrar una definición de este concepto nos remitiremos a la historia constitucional. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, más conocida como “Comisión Ortúzar”, en su primer mes de funcionamiento, luego de haber sido designada por la Junta de Gobierno, presentó un

memorándum a esta misma Junta titulado: “Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República”⁶⁷. En este documento se dejó constancia de los principios que serían fuente inspiradora de la nueva constitución. El documento aludido contiene un párrafo titulado: “Afirmación de los valores permanentes de la chilenidad”, en el que se afirma que la Constitución Política de la República “fortalecerá y destacará el imperio de los valores esenciales de la chilenidad y cuidará de preservar la identidad histórico-cultural de la patria⁶⁸”.

Revisando las actas de las reuniones posteriores del Consejo del Estado y de la CENC, es posible encontrar referencias al concepto de “valores esenciales”, las cuales se remiten principalmente a su importancia para el desarrollo de la Nación y la necesidad de preservarlos, pero no se encuentra ninguna discusión que delimite el concepto o lo dote de un contenido específico, sin embargo, es posible desprender de estas actas que la idea original de valores esenciales de la tradición chilena, se encuentra ligada a los principales emblemas patrios, estos son, la bandera, el escudo y el himno nacional.

⁶⁷ La familia en la Constitución Política – Eduardo Soto Kloss. Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 N°2, pp.217-225 (1994), página 3

⁶⁸ Historia de la Ley, Constitución Política de la República de Chile de 1980. Sesión N° 18 del 22 de noviembre de 1973

En relación al tema en particular de si la idea de “valores esenciales” es comprensiva de las tradiciones ancestrales de los pueblos indígenas, es posible afirmar que a falta de una definición expresa y específica, podemos entenderlo como un concepto amplio, en la medida que ninguna ley lo delimite a un contenido determinado. Pero este planteamiento teórico no tiene reconocimiento expreso en fallos u otros textos oficiales, y por lo mismo es una interpretación que aún no ha sido llevada a la práctica.

Artículo 111 inciso 3°

“La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”

Artículo 114:

“La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República podrá transferir a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios o 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”.

Ambos artículos se encuentran dentro del capítulo XIV de la Carta Fundamental que regula el Gobierno y la Administración Interior del Estado. Si bien ninguno de estos artículos hace referencia expresa al Patrimonio

Cultural, si mencionan ambos el concepto de cultura, y más importante aún, quién designan un ente específico encargado de su desarrollo y promoción instituyendo de esta manera un deber supra legal para los gobiernos regionales de velar por la gestión de la vida cultural, puntualizando de modo indirecto un responsable de la salvaguarda del PCI.

Estos artículos son especificados y desarrollados en la ley 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración regional, la cual cuenta con un largo cuerpo de artículos en que se menciona de manera expresa el contenido de promoción cultural. A modo ejemplificador podemos señalar algunos:

Artículo 13 que se refiere al objeto de la administración superior de cada región, el cual es el “desarrollo social, cultural y económico de ella”;

Artículo 14 inciso 1° establece el principio básico que deberán observar los gobiernos regionales en la Administración interna de las regiones, este es, “el desarrollo armónico y equitativo de sus territorios tanto en aspectos de desarrollo económico, como social y cultural”;

Artículo 19 letra f el cual establece que “En materia de desarrollo social y cultural, corresponderá al gobierno regional: f) Fomentar las expresiones culturales, cautelar el patrimonio histórico, artístico y cultural de la región, incluidos los monumentos nacionales, y velar por la protección y el desarrollo de las etnias originarias.

Esta labor encomendada a organismos regionales es de suma importancia toda vez que profundiza el proceso de regionalización, fomentando el desarrollo cultural a nivel local. Es relevante mencionar la agudeza de que esta labor sea encomendada a los gobiernos regionales, por la diversidad histórica y cultural que existe entre las distintas zonas de nuestro país. Debido a la enorme variedad de manifestaciones y dispersión de las mismas es prácticamente imposible que un organismo a nivel nacional se haga cargo de esta labor, así las autoridades locales pueden cumplir un rol mucho más eficiente y pertinente, haciendo uso del mayor conocimiento de sus costumbres y tradiciones locales y tendiendo a las mismas, siendo para ellos más fácil implementar planes y políticas que se hagan cargo de las necesidades específicas de la región.

Artículo 118 Inciso 4° e inciso 6°

Inciso 4°

“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.”

Inciso 6°

Faculta a las municipalidades a “constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte”.

La Municipalidad es una unidad administrativa de menor tamaño, que por su cercanía con la comunidad permite y facilita una forma de participación más directa que otras entidades. Es por ello, que su rol en la salvaguarda del Patrimonio Cultural Intangible será fundamental, en la medida que su organización contempla formas de participación directa de la ciudadanía, como son los plebiscitos, entre otras instancias de participación vecinal y comunal. Estos espacios de participación municipal serán fundamentales para dar cabida a la cultura y su difusión.

3.2. Normas legales e infralegales relativas a la materia

En este apartado se hará un recorrido por la legislación vigente que diga relación con la protección del patrimonio cultural, y específicamente del PCI. Se verán indistintamente leyes y decretos según el orden cronológico de su aparición, aun cuando sean cuerpos normativos de distinto rango. Preferimos este método conjunto por sobre un análisis separado de estos cuerpos normativos porque creemos que así se facilita la comprensión de la evolución

que ha tenido nuestra legislación en torno al tema de la protección del patrimonio cultural.

Además, hemos optado por presentar las leyes vinculadas al tema del patrimonio cultural dividiéndolas en tres secciones distintas: la primera correspondiente a los Decreto Ley número 651 del año 1925 y Decreto con Fuerza de Ley número 5200 de 1929, únicas normas relevantes referidas a la materia dictadas hasta el año 1970; la segunda sección se referirá a las leyes que se promulgaron durante la década de los 70, mientras que en la tercera sección se hará referencia a aquellas leyes que se promulgaron con posterioridad a 1990. Esta división entre las dos últimas etapas legislativas responde al hecho de que en los años posteriores a 1970 y hasta la década de los 90 no se formuló ningún tipo de ley que tuviese relación con el tema cultural, cuestión que refleja ciertamente condiciones, preocupaciones, lógicas e intereses propios de los distintos momentos históricos.

Sección 1. Decreto Ley número 651 de 1925 y Decreto con Fuerza de Ley número 5200 de 1929

A. Decreto Ley número 651 del año 1925, por medio del cual se creó al Consejo de Monumentos Nacionales

En materia de Patrimonio Cultural, nuestra historia legislativa se inicia en 1925 con la dictación del Decreto Supremo número 3500, que encarga a una comisión especializada la redacción de un proyecto de ley sobre Monumentos Nacionales. El resultado de dicha tarea fue el Decreto Ley N° 651 por medio del cual se creó el Consejo de Monumentos Nacionales, organismo técnico del Estado, dependiente del Ministerio de Educación, que hasta el día de hoy cumple una importante labor en la tarea de la preservación del Patrimonio Cultural.

La principal tarea encomendada al Consejo de Monumentos Nacionales es la de proteger y preservar el Patrimonio Cultural de carácter monumental, entendiéndose por monumento toda “construcción que posee valor artístico, arqueológico, histórico, etc.”⁶⁹

⁶⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?w=monumento&o=h>> [consulta 12 noviembre 2015]

En efecto, en esta primera etapa, la preocupación por el Patrimonio Cultural se enfocó únicamente en su dimensión material o tangible; el artículo primero del mencionado Decreto es ilustrativo de esta afirmación pues señala que son Monumentos Nacionales los “Los edificios o ruinas de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios de aborígenes; los objetos o piezas antro-po-arqueológicas o de formación natural que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional y cuya conservación interese a la ciencia, a la historia o al arte; 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.”

Al momento de la dictación del Decreto no existía una real conciencia sobre la importancia del Patrimonio Cultural Inmaterial o Intangible, sin embargo, su promulgación da cuenta de una naciente preocupación por la preservación del legado de nuestros antepasados y constituirá un precedente en lo que será el tratamiento de la materia en los años posteriores, sentando los antecedentes de la legislación vigente.

En esta primera etapa, y hasta 1970, año en que se promulgó la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, el funcionamiento del Consejo fue irregular, y su ámbito de acción bastante acotado. No obstante, se declararon 50 Monumentos Históricos, lo que constituyó un importante avance en la materia.

B. Decreto con Fuerza de Ley número 5200 del año 1929, por medio del cual se creó la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos

Promulgado el 18 de noviembre de 1929, por medio de este Decreto se creó la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos, en adelante también la “DIBAM”, institución pública dependiente del Ministerio de Educación “con el objetivo de reunir 10 destacadas instituciones culturales que se habían formado desde el nacimiento de la República para conservar las principales colecciones bibliográficas, culturales, artísticas y científicas del país: Biblioteca Nacional (1813), Museo Nacional de Historia Natural (1830), Biblioteca Santiago Severín de Valparaíso (1873), Museo de Historia Natural de Valparaíso (1878), Museo Nacional de Bellas Artes (1880), Archivo Nacional (1887), Museo de Historia Natural de Concepción (1902), Museo Histórico Nacional (1911), Museo de Talca (1925) y el Registro Conservatorio de la Propiedad Intelectual (1925)”⁷⁰.

En efecto, de acuerdo al artículo 1º de esta norma, el objetivo fue crear un solo servicio de funciones coordinadas que se rigiera por las disposiciones de dicho Decreto, en las que se establecieron las funciones que cada una de las

⁷⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS, ARCHIVOS Y MUSEOS. Historia de la DIBAM. [en línea] <<http://www.dibam.cl/614/w3-propertyvalue-70464.html>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

instituciones culturales que la conformaban tendrían que cumplir y las relaciones que deberían mantener entre sí, habida consideración “que las bibliotecas, los archivos y los museos tienen funciones semejantes y finalidades comunes, ya que coleccionan, ordenan y dan a conocer los elementos destinados a la investigación y a la divulgación de la cultura”⁷¹ y haciendo eco de que hasta entonces sólo las bibliotecas y archivos habían tenido una organización coordinada, mientras que los museos se encontraban desorganizados y carentes de una vinculación, tanto entre estos mismos, como en relación a las demás instituciones culturales del país.

Con esto se inició un proceso de cooperación y trabajo coordinado, teniéndose en cuenta que estas instituciones comparten una misión principal, esta es “promover el conocimiento, la creación, la recreación y la apropiación permanente del patrimonio cultural y la memoria colectiva del país, contribuyendo a los procesos de construcción de identidades y al desarrollo de la comunidad nacional y de su inserción en la comunidad internacional.”⁷²

⁷¹ CHILE. Ministerio de Educación Pública. 1929. Decreto con Fuerza de Ley 5200, diciembre 1929. 1p.

⁷² DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS, ARCHIVOS Y MUSEOS. Distinción a la DIBAM. [en línea] <<http://www.dibam.cl/614/w3-article-6732.html>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

Sección 2: Periodo de 1970 a 1990

Esta segunda sección se refiere especialmente a la legislación que proliferó durante el año 1970 ya que como adelantábamos en un comienzo en los años posteriores no se legisló sobre la materia. A continuación pasaremos a examinar dos importantes leyes se promulgaron durante ese año.

A. Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales (1970)

La ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, promulgada el 27 de enero de 1970, vino a reemplazar y derogar el Decreto Ley número 651 del año 1925, por el cual se creó al Consejo de Monumentos Nacionales. La intención del legislador fue subsanar las deficiencias que presentaba la normativa anterior, así como también regularizar el funcionamiento del Consejo de Monumentos Nacionales, ampliando el ámbito de acción de éste. Resultado de lo anterior, en los años que vinieron el Consejo alcanzó mayor operatividad, lo que se tradujo en la práctica en un considerable aumento del número de bienes protegidos, así como también una ampliación en la naturaleza de los bienes sujetos a esta protección.

Esta ley tuvo por objeto la protección del Patrimonio Cultural Tangible, siguiendo así la lógica de su antecesora. Dicha afirmación queda en evidencia

de la sola lectura de su artículo 1º, en el que se enumeran aquellos bienes que se consideran Monumentos Nacionales y que por lo tanto son objeto de protección y tuición por parte del Estado por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, siendo estos únicamente los siguientes: "lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico".

Deja además constancia de esta intención el mensaje presidencial, en el que se señaló lo siguiente: "Este conjunto tangible de bienes que conforman y configuran la trayectoria histórica de una nación, constituye su patrimonio cultural. La debida cautela de este patrimonio o "bienes culturales" es un deber ineludible del Estado. Su defensa representa un compromiso ético que cada Estado debe contraer como una forma de respeto hacia la cultura nacional, la cultura continental, la cultura universal"⁷³.

En esta segunda fase legislativa no se contempló al PCI como objeto de protección, ni se tuvo en consideración al momento de redactar la mencionada ley. El hecho de que este ámbito del Patrimonio Cultural haya sido ignorado puede ser explicado por el contexto histórico en que se dicta la norma, pues en esos años el Patrimonio Cultural Intangible aun no contaba con el reconocimiento a nivel internacional que tiene hoy. En las últimas décadas esta situación ha ido cambiando, debido principalmente a la participación de la

⁷³ Óp. Cit. Historia de la Ley N°17.288. 4p

UNESCO mediante la redacción de documentos que han contribuido enormemente a ampliar la idea de lo se entendía por patrimonio cultural y su difusión

Al día de hoy, una lectura orgánica y concordante de la legislación vigente sobre patrimonio cultural, permite incluir dentro del ámbito de protección de la Ley 17.288 al Patrimonio Cultural Intangible, al menos en todo aquello que le sea aplicable. Esto implica una interpretación extensiva que de cierta laxitud a la misma, a fin de ampliar su objeto para que sea capaz de adaptarse a las exigencias actuales, resultado de los constantes cambios culturales y sin que sea necesario modificarla o derogarla.

Lo anterior, esto es, la posibilidad de una interpretación extensiva, es confirmada por la Ley 19.891 de 2003 que Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, la cual en su artículo 30 número 3 establece como una de las líneas específicas de funcionamiento del Fondo la "Conservación y Difusión del Patrimonio Cultural. Destinada a financiar proyectos de conservación, recuperación y difusión de bienes patrimoniales intangibles y tangibles, muebles e inmuebles, protegidos por la ley número 17.288." Del análisis de este artículo podemos concluir que el legislador hace una interpretación extensiva de la Ley 17.288,

considerando protegidos por ésta tanto bienes culturales materiales como inmateriales.

En esta misma línea y concordante con lo anterior se puede mencionar la modificación hecha por la ley 19.891 al artículo 2° de la ley 17.288, el cual incorpora como nuevo miembro del Consejo de Monumentos Nacionales a un representante del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes; órgano del Estado creado el año 2003 con la finalidad de fomentar el desarrollo de las artes y promover la difusión de la cultura. Esta reforma introducida a la ley de Monumentos da cuenta de que si bien la finalidad inicial de esta ley fue proteger el patrimonio material o tangible mediante la declaración de un determinado bien como Monumento Nacional, igualmente contiene criterios que lo amplían a un patrimonio intangible. Lo anterior es una expresión de cómo se ha ido ampliando el ámbito de aplicación de la norma, abarcando en ciertos aspectos al PCI.

B. Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual (1970)

Esta ley fue promulgada en 1970 con el principal objetivo de “proteger los derechos de los creadores de obras de la inteligencia en los dominios literarios,

artísticos y científicos, en todas sus formas de expresión⁷⁴”, lo que se traduce en el fomento de la innovación y la creatividad, y con ello de la diversidad cultural que emana de las distintas expresiones humanas. Muchas de las creaciones y obras protegidas por esta ley caben dentro del concepto de cultura como objeto jurídico protegido, en el sentido que le da la ley 19.891, es decir, como participación ciudadana con fines culturales.

Si bien el principal objeto de protección de la ley se encuentra en los derechos de autor, este se constituye de un modo lo suficientemente amplio para abarcar no tan solo los derechos constituidos sobre la obra, sino que también la obra en sí misma, la que podrá ser tanto material como inmaterial. Entendiendo el texto legal de esta forma es posible comprender al PCI como objeto de protección de la Ley.

En definitiva, la ley en comento protege los derechos que recaen tanto sobre obras materiales como inmateriales. En efecto, su artículo 3° se señala un extenso listado de obras protegidas, entre las que se encuentran tres numerales referidos a obras intangibles o inmateriales:

⁷⁴ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 1970. Historia de la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual, octubre 1970. 50p.

Artículo 3. Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley:

2) Las conferencias, discursos, lecciones, memorias, comentarios y obras de la misma naturaleza, tanto en la forma oral como en sus versiones escritas o grabadas;

3) Las obras dramáticas, dramático-musicales y teatrales en general, así como las coreográficas y las pantomímicas, cuyo desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma;

4) Las composiciones musicales, con o sin texto;

Ahora bien, es posible identificar una enorme ventaja en materia de difusión de las creaciones u obras inmateriales, esta es, que con el transcurrir del tiempo las obras tienden a disociarse de su autor pasando a ser anónimas, entendiéndose por obra anónima el concepto entregado por el artículo 5 letra d), esto es “aquella en que no se menciona el nombre del autor, por voluntad del mismo, o por ser éste ignorado”. El artículo 11º de esta ley otorga una categoría especial a estas obras anónimas, al establecer lo siguiente:

Pertenecen al patrimonio cultural común (...):

b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico.

En el inciso final del mismo artículo, se establece la prohibición de la utilización abusiva o apropiación indebida de aquellas obras que pertenezcan

al patrimonio cultural común, en los términos que siguen: “podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra”.

La ventaja que indicábamos consiste en que estas obras pasan a formar parte del patrimonio cultural común, pudiendo ser utilizadas por cualquier persona siempre y cuando se respeten ciertas exigencias. Con esto se contribuye a la difusión de la obra, y a mantener vivos estos patrimonios, entendiéndose que estos existen en la medida que sigan formando parte de la memoria viva de una colectividad. Promoviéndose de este modo su práctica, se evita su desaparición.

Sección 3. Legislación nacional en materia cultural posterior a 1990

Las leyes y decretos que se verán a continuación son aquellos que surgieron en los años posteriores a la vuelta de la democracia. Resulta indudable el hecho de que el fin de la dictadura repercutió profundamente en la forma en que la sociedad civil pudo producir y relacionarse con los distintos movimientos culturales, así como también en las distintas expresiones culturales que serían toleradas y fomentadas, y lo anterior se ve reflejado en las distintas leyes promulgadas durante la década de los 90 y en los años posteriores a ella, las que serán analizadas en los siguientes apartados.

Es posible afirmar que luego del retorno de la democracia, en nuestro país se recuperó terreno en cuanto a derechos de expresión y creación, así como el

interés del Estado por los mismos, lo que se vio expresado en distintas iniciativas referidas al fomento de la creación y difusión de las artes. Sin embargo, estas iniciativas que intentaron retomar la discusión y preocupación respecto a temas culturales, pueden rastrearse al año 1988, cuando el entonces Ministro de Educación, Juan Antonio Guzmán, encargó a una comisión presidida por Germán Domínguez elaborar un proyecto sobre desarrollo cultural, lo que culminó en el “Proyecto de Plan Nacional de Desarrollo Cultural”.

Ya entonces se señalaba como una de las principales deficiencias de la situación en materia cultural del país la existencia de pluralidad de organismos relacionados con la cultura y la falta de coordinación entre los mismos. En ese entonces se comenzó a gestar la idea de la necesidad de una nueva institucionalidad en materia cultural, mejor más coordinada, más descentralizada y desconcentrada, pero pasarían casi 10 años antes de que esta nueva institucionalidad fuera materializada mediante la Ley 19.891 por medio de la cual se creó el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes.

En el periodo intermedio que va desde la vuelta a la democracia y la promulgación de la Ley 18.891, se dictaron distintas leyes y decretos en materia cultural, las cuales fueron resultado de las diversas Comisiones que tuvieron

lugar durante los gobiernos de la Concertación. Cabe destacar que durante ese mismo periodo la cultura obtuvo un impulso propiciado por el sector privado a través de sus aportes para la creación de distintos centros culturales, aportes que se vieron incentivados a través de la Ley 18.985 de Donaciones Culturales promulgada en 1990.

La primera de estas comisiones a que hacíamos referencia en el párrafo anterior, fue la Comisión Asesora de Cultura constituida en diciembre 1990 por el Ministerio de Educación del gobierno de Patricio Aylwin. Esta comisión estaba integrada por distintas personalidades relacionadas con el mundo de la cultura y presidida por el sociólogo Manuel Antonio Garretón. En agosto de 1991 la misma concluyó sus labores entregando una propuesta de institucionalidad cultural mediante el informe que elaboraron denominado “Propuesta para la Institucionalidad Cultural Chilena”, donde recomendaban la creación de un servicio público autónomo y descentralizado, dependiente del Presidente de la República y cuya autoridad tuviese rango de Ministro.

A continuación pasaremos a exponer parte de la normativa que se produjo en esta época, la que dada su gran extensión hemos decidido acotar a aquellas leyes y decretos cuyo aporte nos parece mayor y más directamente relacionado al tema del Patrimonio Cultural Intangible (o Inmaterial).

A. Decreto 74, del año 1997, del Ministerio de Educación que "Crea Comisión Asesora Presidencial en Materias Artístico-Culturales"

Por medio de este Decreto se creó la Comisión Asesora Presidencial en Materias Artístico-Culturales. Lo anterior fue el resultado de una convocatoria realizada en 1996, por el entonces Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, a distintas personalidades del ámbito artístico con el objeto de reelaborar una propuesta en materia cultural.

El día 30 de septiembre de 1997 la Comisión Asesora Presidencial en Materias Artístico-Culturales entregó un informe, conocido como "Informe Ivelic" en honor a quien presidió la comisión, don Milán Ivelic. En este informe se concluyó la necesidad de crear un Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, como un servicio público con rango ministerial, autónomo y descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

A raíz de lo anterior, en diciembre de 1998 la administración del Presidente Frei propuso al Parlamento la creación de una Nueva Institucionalidad Cultural a través de un proyecto de ley cuya principal crítica fue presentarse como demasiado "paternalista", en el sentido de que se podía prestar para que el Estado se volviera el principal controlador de la gestión cultural del país, motivo por el cual el proyecto quedó paralizado.

Con todo, a pesar de que entonces la propuesta de una nueva institucionalidad cultural no prosperara, hubo un aumento sustantivo del presupuesto de la División de Cultura del Ministerio de Educación lo que le permitió “desempeñar un papel relevante en apoyo a la creación, producción y difusión artística durante los años noventa”⁷⁵, lo que evidentemente se traduce en un avance en materia cultural.

B. Decreto 91, del año 1999, del Ministerio de Educación, que establece el Día del Patrimonio Cultural

Publicado el 8 de abril de 1999, durante la administración del entonces Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, este Decreto instituyó, en forma inédita hasta entonces, el día 17 de abril como el día del Patrimonio Cultural de Chile, destinado a la realización de actividades de esta índole, con el fin de dar a conocer a nuestra población los bienes que forman parte del acervo cultural de nuestra nación, generando de este modo una conciencia en la ciudadanía acerca de la importancia de estos mismos, así como del deber de respetarlos y protegerlos.

⁷⁵ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Definiciones de Política Cultural Región del Bío 2006-2010. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2012/03/Politica-Regional-B%C3%ADo-B%C3%ADo-2005-2010.pdf>> [consulta: 20 diciembre 2015].

Lo anterior, al considerar *"Que, el patrimonio cultural de toda Nación constituye su esencia y es un símbolo de su identidad, lo que hace imperioso fomentar en la comunidad nacional su conocimiento y respeto; (...) Que, el desarrollo del país está íntimamente ligado a su patrimonio cultural y plantea el deber a toda la comunidad de difundirlo, protegerlo y respetarlo;"*⁷⁶

Las palabras anteriores, expresada en la propia ley, no hacen sino dar cuenta de la importancia que entonces comenzaba a adquirir el Patrimonio Cultural, instando al Gobierno a darle mayor consideración.

C. Decreto 252, del año 2000, del Ministerio de Educación, que "Deroga el Decreto 91 de 1999 y establece Día del Patrimonio Cultural de Chile"

El Decreto 91 recién comentado tuvo sólo poco más de un año de vigencia, ya que con fecha 7 de junio de 2000 fue derogado por el Decreto 252, el que estableció el Día del Patrimonio Cultural como el último domingo de mayo de cada año.

Este Decreto, actualmente vigente, responde a la finalidad de difundir y “masificar” aún más la cultura, en el sentido de motivar en forma efectiva a los

⁷⁶ CHILE. Ministerio de Educación. 1999. Decreto 91 Instituye día del patrimonio cultural de Chile. 8 de abril 1999.

ciudadanos para que se acerquen a ésta. La principal y más importante modificación que hace al Decreto anterior es establecer que el día del Patrimonio Cultural será el último domingo de mayo, con lo que se buscó acercar más a la ciudadanía al patrimonio, permitiéndose una participación más masiva en las diversas actividades que se organizan.

Al día de hoy es posible observar cómo año a año, las actividades realizadas con motivo de este día se vuelven cada vez más masivas, siendo una instancia en que toda la ciudadanía tiene la posibilidad de acceder de manera gratuita a diversas actividades culturales, que se realizan en importantes instituciones del país, que la mayor parte del tiempo se encuentran restringidas para el público general. Con esto se ha logrado acercar a las personas al patrimonio cultural de la nación.

D. Decreto Exento N° 124 del año 2001, del Ministerio de Educación, crea la Comisión Nacional Asesora de Patrimonio Cultural Oral e Intangible

La creación de este Decreto, promulgado en abril de 2001, se explica por un llamado que hizo la UNESCO a los Estados miembros a presentar candidaturas de sus obras para ser proclamadas como "Obras maestras del patrimonio oral e inmaterial de la Humanidad". La invitación anterior "fue acogida por la

Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos para lo cual es necesario contar con un grupo de expertos que puedan realizar la identificación de las obras y obtener el apoyo y compromiso local y nacional para las presentaciones”⁷⁷.

Así, la creación de esta comisión representa el primer cuerpo normativo cuyo objetivo principal se relaciona directa y expresamente al PCI.

En resumidos términos podemos decir que la Comisión Nacional Asesora de Patrimonio Cultural Oral e Intangible, en adelante también la “Comisión”, fue concebida como un órgano asesor del Ministerio de Educación, en distintas materias relacionadas con la cultura, entre las que destacan las siguientes:

- “Proponer la organización de un trabajo nacional para la protección, valorización y revitalización de los espacios culturales o las formas de expresiones culturales del patrimonio oral e intangible del país.
- Identificar y proponer alguna obra a la Lista del Patrimonio Mundial Oral e Intangible, respetando los criterios entregados por UNESCO.
- Proponer obras del patrimonio cultural oral e intangible, a un Registro Nacional de Obras de Patrimonio Cultural Oral e Intangible, definiendo las características de dicho Registro

⁷⁷ CHILE. Ministerio de Educación. 2001. Decreto Exento N° 124, del Ministerio de Educación: “Crea Comisión Asesora Nacional de Patrimonio Cultural Oral e Intangible”, abril, 2001.

- Difundir en las diversas regiones del país, el trabajo ya realizado para la valorización, preservación y conservación del patrimonio cultural oral e intangible del país.⁷⁸”

La comisión dejó de funcionar el año 2003 con un impacto casi nulo, lo que probablemente se haya debido a los escasos fondos que le eran destinados y las trabas burocráticas de que fue sujeto.

E. Ley 19.891, crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes (2003)

Esta ley fue el resultado de un largo trabajo legislativo, iniciado mediante un proyecto de ley presentado durante el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, y culminado durante la presidencia de Ricardo Lagos. Su tramitación debió enfrentar varias complicaciones, entre estas la falta de quórum necesario para su aprobación por el ausentismo de los parlamentarios de la cámara baja, hecho que permite dar cuenta del desinterés del Congreso en material cultural. Finalmente, la ley se promulgó en julio de 2003, entrando en vigencia en agosto de ese mismo año.

⁷⁸ CHILE. Ministerio de Educación. 2001. Decreto Exento N° 124, del Ministerio de Educación: “Crea Comisión Asesora Nacional de Patrimonio Cultural Oral e Intangible”, abril, 2001. Artículo 1°.

Los objetivos que se tuvieron en mente al momento de crear una nueva institucionalidad mediante esta ley pueden verse en la historia de la misma, y eran los siguientes:

- a. *“Estimular el desarrollo cultural, evitando toda forma de dirigismo estatal, censura, paternalismo y clientelismo en la gestión y asignación de los recursos públicos destinados al fomento de la cultura y las artes;*
- b. *Mejorar la coordinación y eficiencia de los esfuerzos y recursos que el Estado destina al fomento del desarrollo cultural y artístico, agrupando bajo una misma entidad los diversos organismos públicos involucrados en actividades de fomento de la cultura y las artes y de preservación y difusión de nuestro patrimonio;*
- c. *Descentralizar los esfuerzos y la asignación de los recursos públicos, fortaleciendo el papel de las regiones y municipios en materia de fomento cultural y artístico;*
- d. *Impulsar el desarrollo de capacidades de gestión cultural en regiones y comunas;*
- e. *Incentivar la participación de la sociedad civil y el sector privado en la gestión y financiamiento de la cultura y las artes;*
- f. *Estimular fórmulas de asociación público-privado para la gestión y financiamiento de actividades de fomento del desarrollo cultural y artístico, tanto a nivel nacional como regional y local;*
- g. *Mejorar la calidad y profesionalizar la gestión que lleva a cabo el sector*

público en materia de fomento del desarrollo cultural y artístico;

h. Dotar a los museos y bibliotecas públicas de mayor autonomía en su gestión, mejorando la calidad de sus servicios a los usuarios;

i. Fortalecer el uso de mecanismos concursables para la asignación de recursos públicos en favor de la cultura, las artes y la preservación y difusión del patrimonio, garantizando igualdad de oportunidades, transparencia, probidad y profesionalismo en la operación de dichos mecanismos;

j. Estimular la incorporación y el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y difusión de la cultura, las artes y el patrimonio.”⁷⁹

En definitiva, con esta ley se buscó modernizar la institucionalidad cultural que existía en ese entonces, cuyos entes públicos culturales adolecían de varios vicios, los que fueron señalados en el mensaje presidencial de la siguiente forma: “La actual institucionalidad cultural del Estado presenta problemas de dispersión administrativa y de recursos humanos y financieros, lo que se traduce en insuficiente coordinación, duplicidad de funciones y esfuerzos, y el consiguiente desaprovechamiento de las posibilidades de mayor eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos destinados al desarrollo de la cultura, las artes y la preservación y difusión del patrimonio.”⁸⁰

⁷⁹ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2003. Historia de la Ley 19.891 Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, agosto 2003. 10p.

⁸⁰ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2003. Historia de la Ley 19.891 Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes. 23 de agosto 2003. 8p.

La dispersión administrativa y de recursos, así como la falta de coordinación y duplicidad de funciones y esfuerzos, eran problemas que venían arrastrándose desde larga data, y que precisamente intentaron ser superados mediante la creación de la DIBAM, objetivo que no fue logrado, motivo por el cual se buscó una nueva institucionalidad cultural mediante la ley en comento.

En los orígenes de esta ley la idea inicial fue crear un organismo llamado Dirección Nacional de Cultura que agrupara en una sola institución los recursos y el personal que entonces conformaban la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM), la División de Cultura del Ministerio de Educación, y el Departamento de Cultura del Ministerio Secretaría General de Gobierno, pasando de esta forma a ser el sucesor legal de estos organismos.

Posteriormente, pensando en las inconveniencias que podrían darse de unificar todas estas instituciones, especialmente en la pérdida de autonomía que pudiera derivarse de ello, con el eventual riesgo de un control del quehacer cultural por parte del Estado, se consideró que lo más adecuado sería que los diversos órganos del Estado que formaban la institucionalidad cultural pública pasaran a relacionarse y coordinarse con una sola institución, pero sin estar bajo su dependencia. Así es como surge la idea de una institucionalidad distinta a la pensada originalmente, que luego tomaría el nombre de Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en adelante también el “CNCA”.

En ese entonces, los órganos del Estado que formaban parte de la institucionalidad cultural pública eran los siguientes: la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos; la División de Extensión Cultural del Ministerio de Educación; el Departamento de Cultura de la Secretaría de Comunicación y Cultura del Ministerio Secretaría General de Gobierno; el Consejo de Monumentos Nacionales; la Dirección de Asuntos Culturales del Ministerio de Relaciones Exteriores; el Consejo Nacional del Libro y la Lectura; el Comité Calificador de Donaciones Culturales Privadas y el Consejo de Calificación Cinematográfica.

Finalmente, lo que se hizo fue reorganizar sólo dos de estas reparticiones: la División de Cultura del Ministerio de Educación y de la Dirección de Cultura del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para, a partir de su fusión, crear el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes⁸¹. Los otros órganos como la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM), y el Consejo de Monumentos Nacionales, no fueron absorbidos ni quedaron bajo la dependencia del Consejo, pero sí serían coordinados por éste, quedando, de este modo, insertos en la institucionalidad cultural y sujetos a la potestad coordinadora del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes⁸².

⁸¹ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2003. Historia de la Ley 19.891 Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes. 23 de agosto 2003. 99p.

⁸² CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2003. Historia de la Ley 19.891 Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes. 23 de agosto 2003. 694p.

En definitiva, aquí hay tres tipos de organismos: “unos que se integran al Consejo, como la División de la Cultura; otros que se coordinan con él, como la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, y aquellos que se canalizan a través de una corporación para dar solución a los problemas”⁸³.

Para el cumplimiento de los objetivos que se tuvieron en mente al momento de redactar esta ley, especialmente en lo referido a la descentralización de los recursos y coordinación de los esfuerzos, el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes fue estructurado como un *“servicio público autónomo, descentralizado y territorialmente desconcentrado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará directamente con el Presidente de la República”*, cuyo objetivo principal es *“apoyar el desarrollo de las artes y la difusión de la cultura, contribuir a conservar, incrementar y poner al alcance de las personas el patrimonio cultural de la Nación y promover la participación de éstas en la vida cultural del país”*⁸⁴.

Para materializar estos fines e inyectar recursos directamente a proyectos culturales se buscó también fortalecer el rol del Estado, aumentando su participación y haciendo un esfuerzo de descentralizar los recursos mediante

⁸³ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2003. Historia de la Ley 19.891 Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes. 23 de agosto 2003. 863p.

⁸⁴ CHILE. Ministerio de Educación. 2003. Ley 19891: Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, septiembre 2003. Artículo 2, inciso 1.

mecanismos concursables de repartición de fondos. Es así como nace el “Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes”, el que viene a perfeccionar el FONDART creado el año 1992, con el objeto “garantizar transparencia, objetividad e igualdad de condiciones para acceder a financiamiento”⁸⁵. Este “Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes”, en adelante también el “Fondo” o “FONDART”, es “administrado por el CNCA con el objeto de financiar, total o parcialmente, proyectos, programas, actividades y medidas de fomento, ejecución, difusión y conservación de las artes y el patrimonio cultural en sus diversas modalidades y manifestaciones”⁸⁶.

En lo que al PCI respecta, desde el año 2005, en el marco del proceso de concurso y luego de la revisión y perfeccionamiento del mismo, se estructuró un ítem específico para el financiamiento de proyectos de investigación, promoción y desarrollo del Patrimonio Cultural Inmaterial, financiándose en dicha oportunidad un total de cincuenta proyectos⁸⁷; y la línea de conservación y promoción del Patrimonio Inmaterial ha seguido creciendo a partir de ese año.

⁸⁵ CHILE. Ministerio de Educación Pública. 2003. Ley 19.891 Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes. 23 de agosto 2003.

⁸⁶ CHILE. Ministerio de Educación. 2003. Ley 19891: Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, septiembre 2003. Artículo 28.

⁸⁷ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Registrar la Identidad, el patrimonio cultural inmaterial en Chile. [en línea]
<http://ww2.portalpatrimonio.cl/uploads/file/cdocDocumentos/e87b966e215c732a701f06391253f439.pdf>
[consulta : 9 agosto 2013]

CAPÍTULO III. LEY INDÍGENA, CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LEY DE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE.

Si bien, estas disposiciones se podrían haber incluido en el capítulo anterior, hemos decidido realizar un análisis conjunto de estas 3 normas, de forma separada de las demás, ya que consideramos que existe una importante correlación en cuanto a su objeto de protección y las materias que estas regulan.

Ninguna de estas 3 normas tiene como objeto exclusivo la protección el patrimonio cultural, sin embargo, todas ellas tienden a su protección, a lo menos de forma indirecta, ya que como veremos más adelante, los temas indígena y medioambiental se encuentran íntimamente ligados a la faceta inmaterial del Patrimonio Cultural.

1. Ley N° 19.253 “Establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

1.1 Generalidades

La Ley 19.253, más conocida como “Ley Indígena” fue promulgada el 28 de septiembre de 1993, con el objeto de establecer normas de protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, y a su vez crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, también conocida como CONADI.

Esta Ley, pese a que se refiere exclusivamente a los Pueblos indígenas, tiene una especial importancia en materia de protección al patrimonio cultural inmaterial, ya que viene a reconocer que uno de los principales elementos que define a un grupo indígena como tal, es su componente cultural, y en ese sentido su protección deberá abarcar necesariamente ese aspecto, promoviendo así el respeto a la propia identidad de cada pueblo.

La Ley Indígena abarca un amplio ámbito regulatorio, y realizar un examen acabado de ésta excedería el objeto de nuestra investigación, por lo que en este apartado realizaremos un análisis de aquellas disposiciones contenidas en la norma que digan directa relación con nuestra materia de estudio.

El Título I de esta ley, se refiere a "los Indígenas, sus Culturas y Comunidades", y en su artículo 1 establece a quienes el Estado reconoce como indígenas, señalando lo siguiente:

“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 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”.

Del artículo recién citado se desprende el reconocimiento legal de estos pueblos como un elemento fundante en nuestra identidad nacional, elevando su importancia a un nivel que no sólo merece protección por parte del Estado, sino que extiende este imperativo a toda la sociedad.

A su vez, realiza un listado de los pueblos indígenas existentes a lo largo de todo nuestro territorio nacional, siendo las diferencias entre estos tan profundas como lo es la diversidad de nuestro territorio nacional, reconociendo que cada uno de estos merece respeto y protección de sus propios valores y tradiciones ancestrales.

El referido artículo 1º se encuentra complementado por el artículo 7 de la misma ley, ubicado en el párrafo 3º “De las Culturas Indígenas”, del mismo Título I, en el cual se establece lo siguiente: “El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena.”

En opinión del Tribunal Constitucional, lo anterior tendría impacto constitucional, “pues, por mandato de la Constitución, el Estado debe estimular

la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación (artículo 19 N° 10) y debe promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación (artículo 1°, inciso final).”⁸⁸

Por estos motivos, el artículo 1° de esta Ley es de gran importancia para efectos de esta investigación, toda vez que en él se reconoce expresamente a las culturas indígenas como parte del Patrimonio Cultural de nuestra nación, a la vez que, de cierto modo impone al Estado el deber de velar porque se respete el derecho de los pueblos indígenas a desarrollarse según sus propias costumbres y tradiciones.

1.2 Reconocimiento, Protección y desarrollo de las tierras indígenas

Esta ley no sólo se encarga de la protección de la “persona indígena”, sino que también regula la propiedad de sus tierras y aguas, entendiendo que es únicamente en estos espacios, donde históricamente se han desarrollado, y que han dado lugar a sus creencias y tradiciones, donde el elemento cultural puede mantenerse vivo o ser salvaguardado. El mismo artículo primero de la Ley reconoce que es la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura, por lo que no se puede pretender la protección de los pueblos indígenas sin hacerla

⁸⁸ Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 1988-11, Requerimiento presentado por 17 Senadores respecto de la inconstitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91). Boletín N° 6426-10.

extensiva a estos territorios y sus recursos naturales, que es, en definitiva, la fuente de todas sus expresiones culturales.

En el Título II de esta ley, referido al “Reconocimiento, Protección y desarrollo de las tierras indígenas”, encontramos el artículo 19, referido al derecho de los indígenas a “ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal. (...)”

A propósito de esta disposición, la misma ley establece una acción de reclamación⁸⁹ en favor de las Comunidades Indígenas para el caso que no se cumpliera o existiera entorpecimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos a los indígenas sobre sus tierras. Como ya se había señalado, existe una profunda conexión entre la identidad indígena y sus territorios, por lo que la acción de reclamación, no sólo protege los territorios en su dimensión material, sino que se puede considerar una protección que se hace extensiva a sus formas de vida, costumbres y creencias.

⁸⁹ Acción de reclamación ante el Juez de Letras competente quien, en única instancia, sin forma de juicio, previa audiencia de los demás interesados, del organismo público respectivo e informe de la Corporación, se pronunciará sobre la acción entablada.

1.3 Cultura y Educación Indígena

Más adelante, encontramos el Título IV, denominado “De la Cultura y Educación Indígena”, en el cual se establecen una serie de medidas concretas, enfocadas en la protección de su identidad cultural. A propósito de este punto, es importante mencionar que gran parte de estas medidas están enfocadas al plano educativo, siendo de enorme importancia generar conciencia temprana de lo que significa la identidad cultural, y cuáles son los elementos que componen este patrimonio. Hay un énfasis claro en la promoción de las lenguas, que en palabras de la UNESCO, es el vehículo del patrimonio cultural inmaterial, y medio por el cual se transmiten sus historias y tradiciones.

Además, de promover una educación bilingüe, esta ley establece una serie de medidas para fomentar el uso práctico de las lenguas indígenas, acercándolas a las comunidades en distintos contextos, ya sea mediante radioemisoras, u otros medios de comunicación de masas. Por medio de distintos esfuerzos se pretende lograr en las comunidades una valoración positiva respecto a su propia identidad, generándose un vínculo de respeto y protección que se proyecte hacia las generaciones futuras.

En este contexto, se crea el “Archivo General de Asuntos Indígenas”, esto es, un organismo dependiente de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos,

con sede en la ciudad de Temuco, ciudad caracterizada por ser la capital de la Región con mayor tasa de población indígena. A este Archivo se le encomienda la misión de reunir y conservar todo material, ya sean documentos oficiales, piezas, datos, fotos, y cualquier otro tipo de registro, que den cuenta del patrimonio histórico de los indígenas en Chile.

En lo que respecta al Título V de la esta Ley, referido a “La Participación Indígena”, destacamos su artículo 34, el cual establece lo siguiente: “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.”

Se trata de un deber que recae sobre la Administración del Estado y que sin duda se ve reforzado las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tema que será abordado en el apartado relativo al referido Convenio.

1.4 Normas especiales de los procedimientos judiciales (Título VII)

Este título es particularmente interesante, pues contempla normas especiales para aquellos procedimientos judiciales en que tengan participación personas

indígenas, toda vez que, en materia judicial, el artículo 54 de la Ley, eleva la costumbre indígena a la categoría de derecho “siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”, y con la limitación de que sea hecha valer en un juicio “entre indígenas”.

Asimismo, en el ámbito penal, este artículo establece que a la costumbre “se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

Esta disposición es un enorme avance en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas, ya que, a nivel judicial, serán tenidas en cuenta sus propias costumbres al momento de aplicar la ley, esto es, una forma de reconocer sus diferencias con respecto al resto de la sociedad.

En definitiva, la Ley 19.253 constituye un enorme avance en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas y su protección, promoviendo su respeto y participación en el ámbito nacional, que debe ser comprensivo de todas las minorías que lo componen.

2. Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

2.1 Generalidades

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en adelante también el “Convenio”, es un tratado internacional que fue adoptado el 27 de junio de 1989 en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. En Chile este Tratado fue aprobado por el Congreso Nacional el día 9 de abril de 2008, y ratificado el 15 de septiembre del mismo año, esto es, 17 años después de su entrada en vigencia.

El Convenio en cuestión es, en términos globales, un instrumento en el cual se reconocen *“las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven⁹⁰”*.

⁹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1989. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, junio 1989. Preámbulo.

En específico serán vistos los derechos de participación y consulta contenidos en el Convenio y su aplicación en Chile, por ser estos los principales mecanismos establecidos en la presente norma para resguardar que se respete la autonomía de estos pueblos, así como su participación en la elaboración aquellas políticas o medidas que de una u otra forma afecten sus formas de vida. Asimismo, estos mecanismos guardan estricta correlación con el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

Los derechos mencionados son una configuración especial del derecho ciudadano a la participación política, entendida esta como *"cualquier acción de los ciudadanos dirigida a influir en el proceso político y en sus resultados. Estas acciones pueden orientarse a la elección de los cargos públicos; a la formulación, elaboración y aplicación de políticas públicas que éstos llevan a cabo; o a la acción de otros actores políticos relevantes. La participación política requiere por tanto de un comportamiento observable llevado a cabo en un ámbito público o colectivo por parte de un ciudadano para poder ser considerada como tal"* de acuerdo a la definición propuesta por Eva Anduiza y Agustí Bosch⁹¹.

⁹¹ ANDUIZA, Eva. Y BOSCH, Agustí. 2004. Comportamiento político y electoral. Barcelona, Ariel. 26p.

2.2 Derecho a la Participación (Artículo 2.1 del Convenio)

El artículo 2.1 del Convenio establece el derecho a la Participación en los términos que siguen: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Para mostrar el verdadero sentido y alcance de esta disposición resulta ilustrativa la Cartilla sobre el Derecho a Participación y Consulta en el Convenio, que señala lo siguiente: “Es un derecho orientado a facilitar el diálogo y la intervención de los pueblos indígenas en todos los procesos que pueden afectar sus vidas, creencias, instituciones, tierras, territorios y bienestar. Es decir, la participación se refiere al derecho a decidir sus propias prioridades y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural.”⁹²

Este Derecho debe ejercerse cada vez que una medida, ya sea administrativa o legislativa, pueda afectarles de forma directa, y debe realizarse a través de procedimientos apropiados, esto es, a través de sus instituciones representativas, estableciéndose los medios para que puedan participar libres

⁹² Cartilla sobre “El Derecho a Participación y Consulta en el Convenio 169 de la OIT” del Observatorio Ciudadano. http://www.monitoreandoderechos.cl/pampa.avnam.net/sites/default/files/biblioteca/cartilla_participacion_y_consulta.pdf [consulta 12 junio 2016]

de toda coacción, debiendo proporcionarles el Estado los recursos, en caso de ser necesarios.

“El Convenio pone especial énfasis en señalar que la participación de los pueblos indígenas se debe realizar por medio de sus propias instituciones tradicionales u organismos representativos y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que ésta las acepte”⁹³ Además, en todo momento deberá cuidarse que el procedimiento sea efectuado de buena fe, esto es, orientado a lograr una participación real que pueda generar consensos en cuanto a las medidas que se pretenden aplicar.

Los pueblos indígenas deben tener derecho a participar en todas las etapas, esto es, (1) la toma de Decisiones administrativas como legislativas; (2) el desarrollo de Políticas o Normativas y (3) el desarrollo de programas; es decir, desde el comienzo y hasta su completa tramitación, esto es, en su concepción, diseño, aplicación y evaluación.

En cuanto al nivel de las decisiones administrativas y legislativas en que existe derecho a la participación, se puede concluir que debe existir la posibilidad de participar en la adopción de decisiones en todos sus niveles, sea de instituciones

⁹³ Cartilla sobre “El Derecho a Participación y Consulta en el Convenio 169 de la OIT” del Observatorio Ciudadano. http://www.monitoreandoderechos.cl/pampa.avnam.net/sites/default/files/biblioteca/cartilla_participacion_y_consulta.pdf [consulta 12 junio 2016]

políticas electivas, o de administraciones nacionales y locales. Específicamente, a nivel regional en la toma de decisiones que afecten a pueblos transfronterizos; a nivel nacional en la toma de decisiones del Gobierno y del Parlamento y a nivel local o comunal en la toma de decisiones de la Intendencia, Gobernación y Municipios.

2.3 Derecho a la Consulta

El establecimiento de este derecho viene a materializar el derecho a la participación, al tener una finalidad más concreta, esta es, llegar a un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Incorpora también el deber de consultarlos de buena fe, es decir, con una intención real de escucharlos y tomar en consideración su opinión, no agotándose el derecho de estos pueblos en la mera consulta formal, siendo siempre responsabilidad del Estado garantizarlo, “en el caso de consulta de medidas administrativas o legislativas corresponde al órgano competente del Estado efectuar la consulta, siendo una obligación que compromete a todos los poderes del Estado.”⁹⁴

⁹⁴ Cartilla sobre “El Derecho a Participación y Consulta en el Convenio 169 de la OIT” del Observatorio Ciudadano. [en línea] <http://www.monitoreandoderechos.cl.pampa.avnam.net/sites/default/files/biblioteca/cartilla_participacion_y_consulta.pdf> [consulta 12 junio 2016]

Este deber de consultar a los pueblos indígenas ha intentado eludirse en reiteradas ocasiones bajo distintos argumentos, tales como que para su implementación estaban pendientes la dictación de reglamentos o el de existir pugna con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado en un fallo histórico⁹⁵ que los artículos 6 y 7 del Convenio son disposiciones autoejecutables, esto es, en palabras del referido Tribunal: “aquellas disposiciones contenidas en tratados internacionales cuya consecuencia, una vez ratificados, sea cobrar plena eficacia y bastarse a sí mismo”⁹⁶, y que por tanto se entienden como parte integrante del derecho interno sin necesidad de un acto administrativo adicional o posterior que haga posible su aplicación.

En cuanto a los casos en los que debe ser realizada la consulta, en relación con nuestro objeto de estudio, destacamos los siguientes:

- Frente a la adopción de medidas legislativas y administrativas que pudieran afectar directamente a los pueblos indígenas.
- Frente a la adopción de medidas en beneficio de los pueblos indígenas (o medidas afirmativas), referidas a aquellas orientadas a salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas, y el medio

⁹⁵ V. Sentencia dictada por el Excmo. Tribunal Constitucional en causa rol N° 309. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310>> [consulta 20 junio 2016]

⁹⁶ NAVARRO B., E. y CARMONA S., C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Tribunal Constitucional. p. 433.

ambiente. Ejemplos de estas medidas son los programas de educación, de salud y de trabajo.

- Cuando no sea viable enseñar a los niños de los pueblos indígenas a leer y a escribir en su propia lengua o en la lengua más usada por su grupo, para así poder adoptar medidas que permitan alcanzar este objetivo⁹⁷.

En cuanto al estándar de la consulta o los criterios mínimos para realizar una consulta válida, reproducimos aquí lo señalado en la Cartilla sobre “El Derecho a Participación y Consulta en el Convenio 169 de la OIT” del Observatorio Ciudadano:

“Diversos organismos internacionales han establecido los criterios mínimos que debe cumplir una consulta para ser válida. El Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, James Anaya ha sistematizado lo anterior en seis criterios, según los cuales la consulta debe efectuarse:

1. De manera previa y en todas las fases del proceso de producción normativa
2. La consulta no se agota en la mera información
3. De buena fe y dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.

⁹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1989. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, junio 1989.

4. El mecanismo de consulta debe ser consensuado entre el Estado y las organizaciones indígenas, exigiendo un clima de confianza y respeto mutuo.
5. De manera sistemática y transparente.
6. Destinada a llegar a un acuerdo

Podemos concluir, que a nivel internacional este Convenio significa un importante avance en lo que a derechos indígenas se refiere, toda vez que crea nuevos mecanismos y formas de participación, tendiendo a un dialogo más fluido entre estos grupos y el Estado. A su vez reconoce las propias instituciones indígenas como instancias válidas de participación, sin imponerles mecanismos de representación ajenos a sus costumbres, lo que permite un dialogo más inclusivo, que incorpore a la discusión distintos puntos de vista que en instancias tradicionales tienden a invisibilizarse.

3. Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994)

3.1 Generalidades

Publicada el 9 de marzo de 1994, la creación de esta ley tenía por propósito originario sistematizar y ordenar en una sola ley coherente toda la normativa hasta entonces vigente en materia medioambiental. El legislador en su mensaje resaltó la necesidad de cumplir esta vasta tarea de forma gradual, por lo que

esta ley cabe dentro de la categoría de ley marco o de bases, esto quiere decir que se compone de preceptos básicos o generales que más tarde deberán ser precisados y especificados en leyes y reglamentos especiales.

Si bien el objeto directo de esta ley no es la protección del Patrimonio Cultural, motivo por el cual no se incluyó su análisis en el capítulo II precedente, distintas disposiciones contenidas en ella se refieren de forma más o menos directa a este tema, por lo que es posible afirmar que el PCI es a lo menos objeto indirecto de su protección. Lo anterior, sumado al hecho de que, como se verá más adelante, esta ley se vincula con el Derecho a la Participación y Consulta establecido en el Convenio analizado precedentemente, hacen imprescindible incorporar esta ley a la presente investigación, donde nos referiremos a aquellas disposiciones que guarden relación más directa con nuestro objeto de estudio.

Un primer indicio de que el PCI es objeto indirecto de protección de esta ley lo encontramos en la definición de medioambiente que se entrega en la letra II de su artículo 2° en los términos que siguen: “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”.

Este concepto amplio de medioambiente, permite incorporar en su definición legal los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales- que conforman el PCI. De lo anterior, resulta que el artículo 4 de la Ley al PCI al establecer el deber del Estado de “facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.”

Entendiéndose por protección al medioambiente "el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro" según lo dispuesto por el artículo 2º letra p de la Ley.

Dada la definición de medioambiente que se contempla en nuestro ordenamiento jurídico, el patrimonio cultural debe ser entendido como uno de sus componentes esenciales, y por lo tanto, cada vez que una norma se refiere a la protección del medio ambiente, debemos entender comprendida la protección del patrimonio cultural, en la medida que sea aplicable.

Si bien la afirmación anterior no siempre ha sido aceptada en forma unánime por nuestra doctrina y jurisprudencia, hoy la discusión se encuentra

prácticamente zanjada. En efecto, en el ámbito judicial, ha sido la propia Corte Suprema la que ha reconocido esta relación en sus fallos.⁹⁸

En el ámbito legislativo, esta relación también se ve confirmada por el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en su artículo 10, dedicado a la alteración del patrimonio cultural y a la obligación de presentar un Estudio de Impacto Ambiental cuando un proyecto o actividad genera o presenta alteración de dicho patrimonio.

3.2 Participación Ciudadana de la Ley 19.300 en relación al deber de Consulta y Participación establecido en el Convenio 169 de la OIT. Estándar de consulta exigible

Vimos que el Convenio establece la obligación del Estado de asegurar la participación de los pueblos indígenas en todas aquellas decisiones, políticas y programas que de una u otra forma pudieran tener algún impacto en sus sistemas de vida.

⁹⁸ V. Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema con fecha 30 de diciembre de 2003 recaída en el juicio caratulado "Consejo de Defensa del Estado con CTC STARTEL S.A.", causa rol 306-2000, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de La Serena.

V. Sentencia dictada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, con fecha 2 de abril de 2004, recaída en el juicio caratulado "Consejo de Defensa del Estado con Compañía Industrial Puerto Montt S.A.", causa rol 612-1999, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt.

Por su parte, la ley 19.300 contempla en su artículo 26 una especie de participación de toda la comunidad (ya no sólo de los pueblos indígenas), para los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, excluyendo a aquellos proyectos que sólo requieren de una Declaración de Impacto Ambiental

De lo anterior surgen una serie de problemáticas, dentro de las cuales, merecen especial atención las siguientes:

1. ¿Cuál es el estándar con que debe llevarse a cabo esta participación ciudadana? La ley 19.300, en su artículo 26, establece simplemente que *“corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad”* sin entregar mayores detalles en cuanto a la forma en que debe llevarse esta participación. Adicionalmente, cabe preguntarse si en el caso de haber pueblos indígenas involucrados, esta participación va de la mano con el deber y estándar de consulta establecido en el Convenio.

2. ¿Qué sucede en aquellos casos de proyectos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas pero que no estén sujetos a Evaluación de Impacto Ambiental?, ¿debe consultarse de todas formas a los pueblos indígenas en virtud de lo establecido en el Convenio?

3.2.1 Participación Ciudadana en la Ley 19.300

La instancia de participación ciudadana que contempla la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente es distinta a la del sistema de participación y consulta consagrado en el Convenio. Mientras éste último establece un procedimiento de consulta y participación especial para los pueblos indígenas, con estándares precisos y en ciertos casos incluso vinculantes, por su parte, la ley 19.300 establece el derecho a la participación ciudadana en términos generales, sin hacer distinción entre ciudadanos indígenas de aquellos que no lo son, sólo obligatoria en ciertos casos específicos, sin establecer un estándar definido que pueda exigirse, en ningún caso de carácter vinculante y con plazos restringidos⁹⁹.

Por otra parte, mientras el Convenio impone el deber a los estados que adhirieron al mismo de realizar un procedimiento de consulta y participación a los pueblos indígenas en todas aquellas decisiones, políticas y programas que de una u otra forma les afecten, desde su concepción hasta su completa tramitación, la ley 19.300 sólo impone el deber de llevar a cabo un procedimiento de participación ciudadana para la tramitación de los Estudio de

⁹⁹ V. gr. En el artículo 90 del Reglamento del SEIA se establece un plazo de 60 días para formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental es de 60 días, contado desde el día hábil siguiente a la última publicación del extracto del EIA en el Diario Oficial.

Impacto Ambiental, sin establecer deber alguno respecto de las Declaraciones de Impacto Ambiental, aunque se trate de un proyecto que pueda tener consecuencias para determinados pueblos indígenas, con excepción de aquellos casos en que se trate de proyectos o actividades que se emplacen en las tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías de los pueblos indígenas, caso en que “se establece un mecanismo especial para que los pueblos indígenas puedan pronunciarse sobre dicha situación de modo que, si se constata la afectación a los mismos, proceda su reingreso como EIA, dando paso a un proceso de consulta durante toda la evaluación ambiental”¹⁰⁰.

3.2.2 Estudio y Declaración de Impacto Ambiental

Para lograr una mejor comprensión sobre la material es necesario entender qué es un Estudio de Impacto Ambiental y una Declaración de Impacto Ambiental, y en qué casos debe llevarse a cabo uno u otro.

La ley 19.300 define Estudio de Impacto Ambiental en su artículo 2 literal i) consagrándolo como *“el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación”*.

¹⁰⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Consejo de Administración. 2016. 326ª reunión. Informe del Director General. Ginebra, marzo 2016. p. 21.

En su artículo 10 se enumeran los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, en adelante también el “SEIA”.

Luego, en el artículo 11, se establecen los casos en que los proyectos o actividades enumerados en el artículo 10 del mismo cuerpo legal, requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, esto es, *“si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:*

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;*
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;*
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;*
- d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;*
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y*

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

Por su parte, para los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental que deban someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental pero no requieran de la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, bastará con que se presente una Declaración de Impacto Ambiental, en adelante también la “DIA”, definida en el artículo 2º letra f de la ley en comento como *“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”*, en cuyo proceso de elaboración no se contempla la participación ciudadana.

3.2.3 Participación Ciudadana en aquellos proyectos que no requieren de un Estudio de Impacto Ambiental

Como adelantábamos, el problema que surge respecto de aquellos proyectos que no requieren de un Estudio de Impacto Ambiental es que no obstante que pudieren tener un impacto en los sistemas de vida de los pueblos indígenas, para ser aprobados se establecieron procedimientos que no contemplan su

consulta, muchas veces ni siquiera su participación y en los casos que sí existe participación ciudadana esta contempla estándares distintos a los fijados por el Convenio, ello, por ampararse en las reglas dadas por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

El problema anterior ha sido llevado en reiteradas ocasiones frente a la justicia chilena, tanto ante el TC como ante nuestros Tribunales ordinarios de justicia, mediante la interposición de Recursos de Protección, por lo que ha sido objeto de variada jurisprudencia. Asimismo se han presentado reclamaciones ante la OIT.

En efecto, los distintos casos que se han judicializado han sido resueltos en base a criterios diversos, algunos de ellos llegando a ser totalmente opuestos entre sí. Por un lado se ha considerado que para los casos de implicancia medio ambiental debe aplicarse exclusivamente la Ley 19.300, mientras que la postura contraria sostiene la primacía de la aplicación de las disposiciones contenidas en el Convenio.

Un criterio más ecléctico ha considerado que existe una mera equivalencia entre el procedimiento de participación ciudadana establecido en la Ley de Medio Ambiente y el de consulta y participación contemplado en el Convenio, por lo que no cabría optar por la preeminencia de alguno de estos.

Resultado de los intentos de las distintas administraciones de nuestro país por superar el problema expuesto precedentemente, fue la elaboración del “nuevo Reglamento sobre la Consulta Indígena”¹⁰¹ y del “nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”¹⁰² en que se regula expresamente la consulta indígena para proyectos o actividades cuya evaluación ambiental se realiza a través de un Estudio de Impacto Ambiental.

Así, en la actualidad, el reglamento del SEIA contempla un artículo especialmente dedicado a la consulta a los pueblos indígenas. Con lo anterior, nos referimos al artículo 85, el que establece lo siguiente: “en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso

¹⁰¹ CHILE. Ministerio de Desarrollo Social. 2014. Decreto Supremo 66: Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica, marzo 2014. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961>> [consulta 8 de julio de 2016]

¹⁰² CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2013. Decreto Supremo 40 Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, agosto 2014. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1053563>> [consulta 8 de julio de 2016]

de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta (...).”.

El artículo citado precedentemente establece un sistema de consulta similar al contemplado en el Convenio, especialmente en lo que se refiere al diseño y desarrollo del proceso, plazos y finalidades.

Por otra parte, en el artículo 86 del nuevo reglamento del SEIA se estableció el deber de llevar a cabo reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas en determinados casos. Así, *“cuando un proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo 85 anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos*

indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a 30 días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento¹⁰³. (...)

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a 20 días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento¹⁰⁴.

¹⁰³ Artículo 36.- Término anticipado del procedimiento. Recibidos los informes señalados en el artículo precedente, o cumplido el plazo para ello, si el Estudio carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, el Director Regional o el Director Ejecutivo, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento.

La resolución a que se refiere el inciso precedente sólo podrá dictarse dentro de los primeros 40 días contados desde la presentación del respectivo Estudio de Impacto Ambiental. Transcurrido este plazo, no procederá devolver o rechazar el Estudio por la causal señalada, debiendo completarse su evaluación.

En contra de la resolución que se dicte sólo podrá deducirse recurso de reposición dentro del plazo de 5 días contado desde la respectiva notificación. El recurso deberá resolverse dentro del plazo de 20 días.

Para los efectos del presente artículo se entenderá que el Estudio carece de información relevante para su evaluación, cuando no se describen todas las partes, obras o acciones del proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, o sus distintas etapas; y se entenderá que carece de información esencial para su evaluación cuando, sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible evaluar la presencia o generación de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, ni determinar si las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas son adecuadas, así como tampoco la efectividad del plan de seguimiento.

¹⁰⁴ Artículo 48.- Término anticipado del procedimiento. Recibidos los informes señalados en el artículo precedente, o cumplido el plazo para ello, si la Declaración carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o si el proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, el Director Regional o el Director Ejecutivo, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al

Estas reuniones no deben ser confundidas con el proceso de consulta establecido en el artículo 85. Ambos mecanismos son distintos entre sí, y a su vez, distintos del procedimiento de participación ciudadana establecida en los artículos 88 a 96 del reglamento del SEIA, especialmente en lo que a plazos y finalidades se refiere. Esta es la postura que ha sido sostenida por los distintos Gobiernos de nuestro país desde la dictación de los referidos reglamentos, quienes ante las críticas a los sistemas de participación y consulta descritos precedentemente, han insistido en que la consulta indígena establecida en el SEIA, a diferencia de lo que sucede con la participación ciudadana, tiene lugar a lo largo de todo el proceso de EIA, sin encontrarse limitada a los 60 días establecidos para la referida participación.

procedimiento.

La resolución a que se refiere el inciso precedente sólo podrá dictarse dentro de los primeros 30 días contados desde la presentación de la respectiva Declaración de Impacto Ambiental. Transcurrido este plazo, no procederá devolver o rechazar la Declaración por las causales señaladas, debiendo completarse su evaluación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 inciso tercero de la Ley.

En contra de la resolución que se dicte sólo podrá deducirse recurso de reposición dentro del plazo de 5 días contado desde la respectiva notificación. El recurso deberá resolverse en el plazo de 20 días.

Para los efectos del presente artículo se entenderá que la Declaración carece de información relevante para su evaluación cuando no se describen todas las partes, obras o acciones del proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, o sus distintas etapas; y se entenderá que carece de información esencial para su evaluación, cuando, sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley.

CONCLUSIONES

“El patrimonio nos habla del pasado del que venimos y nos proyecta al futuro, nos habla de una historia común y de una forma de ver el mundo.”¹⁰⁵

El Patrimonio Cultural, en términos generales, “constituye un legado o herencia que se traspa de una generación a otra y que opera como testimonio de la existencia de nuestros antepasados, de sus prácticas y formas de vida.”¹⁰⁶. La definición anterior abarca tanto el Patrimonio Cultural Material como al Inmaterial o Intangible; el primero referido a toda aquella herencia cultural que tiene una materialidad física, como es el caso de los sitios arqueológicos, monumentos, obras de arte, documentos, artefactos históricos, artesanías, etc., y el segundo a “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.”¹⁰⁷.

La importancia de la protección y salvaguardia del patrimonio cultural radica en que este nos habla de nuestros orígenes, nos ayuda a comprendernos y a definirnos distinguiéndonos de otras comunidades, generando cohesión social y sentido de identidad.

¹⁰⁵ EDUCARCHILE. El patrimonio también educa. [en línea] <<http://www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?id=106959>> [consulta : 05 junio 2016]

¹⁰⁶ CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. 2013. Guía de Apoyo Docente Nociones Generales sobre Patrimonio Chile. [en línea] <<http://colorearte.cl/wp-content/uploads/2015/04/pepa.pdf>> [consulta : 05 junio 2016]

¹⁰⁷ UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. París, 17 de octubre de 2003 [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

Pese a su enorme importancia, en el transcurso de la redacción de la presente investigación pudimos percatarnos de que existe cierta ignorancia en torno al tema de la protección del Patrimonio Cultural, especialmente en lo que al Patrimonio Cultural Inmaterial o Intangible se refiere, concepto que muchas veces es desconocido por la población, lo que en definitiva, se traduce en una falta de valoración y desinterés.

Fue en consideración de lo anterior que decidimos cambiar el objeto de nuestro trabajo durante el transcurso del mismo. Si bien esta investigación en sus orígenes buscaba desarrollar dos temas específicos del patrimonio cultural inmaterial, estos son, las lenguas y las costumbres culinarias, fue repensado y reestructurado como un trabajo más general e introductorio, con la finalidad de poder entregar nociones básicas a aquellos que estén interesados en la protección del Patrimonio Cultural, y en especial del Patrimonio Cultural Intangible, del que se ha escrito muy poco.

Así, este texto no fue pensado para dirigirse exclusivamente a estudiantes de Derecho o abogados, si no como un documento accesible a todo tipo de público, buscando con ello ser un aporte para la comunidad en general.

En cuanto a la protección jurídica del Patrimonio Cultural Intangible, podemos decir que es un tema que sólo ha comenzado a despertar el interés de las autoridades en las últimas décadas, impulsado en gran medida por el trabajo realizado por organismos internacionales, especialmente la UNESCO. Así, ha sido posible apreciar que la mayor parte de la normativa vigente y aplicable a la materia del PCI se encuentra contenida en Tratados Internacionales, o es resultado de la aplicación de los mismos. Por este motivo, queremos destacar la necesidad de que se profundice en la materia, tanto en futuros textos legales, como en la creación de normativa específica.

Por lo anterior, y en consideración a que esta investigación pretende ser comprendida por cualquier persona sin necesidad de tener conocimientos avanzados en Derecho, es que decidimos incluir un apartado especial relativo a los Tratados Internacionales, en el que entregamos nociones básicas al respecto que permiten comprender por qué y cómo un Tratado Internacional puede tener aplicación práctica en nuestro país, y cuál es el rango que tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a los avances en la protección y promoción del patrimonio cultural en nuestro país, podemos decir que, si bien es posible ver el esfuerzo de las autoridades respecto de este tema, materializado en la creación de distintos instrumentos jurídicos, así como en las modificaciones que se han realizado a

los que ya se encontraban vigentes, y en las distintas iniciativas gubernamentales, la conclusión inevitable es que aún queda mucho camino por recorrer.

Dentro de los principales obstáculos que pudimos identificar, está la deficiencia de la institucionalidad cultural de nuestro país, la carencia de presupuesto y la falta de difusión o educación respecto del tema del Patrimonio Cultural, su importancia y mecanismos protección.

En cuanto a la deficiencia de la institucionalidad cultural nos referimos a dos ámbitos de la misma; a la institucionalidad orgánica, la que *“se refiere a las estructuras y organizaciones con las que cuenta el Estado para desarrollar su política cultural”*¹⁰⁸ y a la institucionalidad normativa, referida al *“conjunto de leyes y normas que rigen el campo cultural”*¹⁰⁹.

Cuando hablamos de deficiencia de la institucionalidad normativa existente en nuestro país nos referimos al hecho de que esta *“se ha ido desarrollando en forma dispersa y superpuesta debido a la ausencia de una ley base en materia*

¹⁰⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Análisis de mesas de conversación sobre la nueva Institucionalidad cultural. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Informe-CNCA-final-Analisis-mesas-de-institucionalidad-cultural.pdf>> [consulta : 01 junio 2016]

¹⁰⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Análisis de mesas de conversación sobre la nueva Institucionalidad cultural. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Informe-CNCA-final-Analisis-mesas-de-institucionalidad-cultural.pdf>> [consulta : 01 junio 2016]

*cultural (...) la legislación actual es anacrónica (...)*¹¹⁰.

En cuanto a la institucionalidad orgánica nos referimos al hecho de que aún no contamos con una estructura que permita coordinar en forma eficiente todos los organismos existentes en materia cultural, como quizás lo haría un Ministerio de Cultura, lo que se traduce en una dispersión administrativa, descoordinación entre los agentes involucrados y superposición de funciones, problemas que se habían identificado en el año 1990, por la Comisión Asesora de Cultura del entonces Presidente Patricio Aylwin.

En Chile, contrario a lo que muchos piensan, no contamos con un Ministerio de Cultura propiamente tal, en efecto, lo que existe es un Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA), cuya máxima autoridad, su Presidente tiene rango ministerial, pero el CNCA depende en definitiva del Ministerio de Educación. Lo anterior intenta ser superado mediante la creación de un Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, proyecto que se viene gestando desde el gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera.

Con todo, el proyecto en comento no está exento de polémicas, toda vez que existe un sector que si bien reconoce la descoordinación que provoca la

¹¹⁰ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Análisis de mesas de conversación sobre la nueva Institucionalidad cultural. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Informe-CNCA-final-Analisis-mesas-de-institucionalidad-cultural.pdf>> [consulta : 01 junio 2016]

estructura actual, señala que la misma “ha evitado la personalización, jerarquización y concentración de poder que se observa en ellos (Squella, 2011)¹¹¹” y “que por ley un Ministerio no puede tener órganos colegiados decisorios, de manera tal que no podrían cumplirse las demandas por participación ciudadana”¹¹².

En este sentido, diversos actores del mundo cultural han manifestado sus inquietudes en cuanto al hecho de que no debe perderse el carácter participativo del CNCA. En síntesis, en cuanto a la institucionalidad cultural de nuestro país, los principales problemas que se han diagnosticado son la dispersión, y a su vez la centralización de la institucionalidad cultural, sumado al hecho de que el CNCA ocupe una posición subordinada dentro del aparato público, siendo necesario potenciar el desarrollo cultural regional y descentralizar la gestión de los fondos públicos, que se asuma un rol protagónico en el quehacer cultural y que se defina qué se quiere desarrollar.

Llegado este punto, quisiéramos destacar que durante la tramitación del proyecto de ley mediante el cual se pretende crear el Ministerio de las Culturas,

¹¹¹ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Análisis de mesas de conversación sobre la nueva Institucionalidad cultural. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Informe-CNCA-final-Analisis-mesas-de-institucionalidad-cultural.pdf>> [consulta : 01 junio 2016]

¹¹² CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Análisis de mesas de conversación sobre la nueva Institucionalidad cultural. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Informe-CNCA-final-Analisis-mesas-de-institucionalidad-cultural.pdf>> [consulta : 01 junio 2016]

las Artes y el Patrimonio, se llevó a cabo un proceso de consulta ciudadana, dando con ello cumplimiento al Convenio 169 de la OIT.

En lo que al presupuesto se refiere, para ilustrar la situación de nuestro país en este aspecto, hacemos aquí una breve comparación de los recursos públicos que se destinan a la cultura en Chile con la situación de otros países.

Para lo anterior, nos basamos en la información contenida en dos tablas que se acompañan a este trabajo en forma de Anexo. Una muestra el porcentaje de gasto en cultura sobre el total de gasto público en distintos países de Latinoamérica, y la otra el porcentaje de gasto en cultura sobre el total de gasto público en distintos países de Europa. Ambas tablas muestran el gasto público en cultura durante el año 2010.

Si bien de las tablas citadas podemos ver que, a nivel regional, el porcentaje que nuestro país destina a cultura del total de su presupuesto nacional es superior al promedio simple¹¹³, este se encuentra muy por debajo del promedio de Europa¹¹⁴.

Con todo, debemos destacar que para el año 2016 el presupuesto de Cultura representa el 0,5% del gasto público total, lo que significa un aumento

¹¹³ Ver Anexo, Tabla 1

¹¹⁴ Ver Anexo, Tabla 2

significativo en comparación al año 2010¹¹⁵. Otro dato importante a tener en cuenta es que “en el año 2015 el CNCA logró un crecimiento presupuestario que asciende a un 22,6% respecto al año 2014. Esta es la primera vez que los recursos destinados al sector superan los 100 mil millones de pesos.”¹¹⁶

En cuanto al presupuesto destinado específicamente al patrimonio, podemos decir que de acuerdo al Informe sobre la situación presupuestaria en cultura 2016 del Observatorio de Políticas Culturales, el presupuesto de los programas del CNCA para el 2016 tuvo un aumento del 20,3% en lo que al sistema nacional de patrimonio material e inmaterial se refiere, de lo que se puede observar que existe un fortalecimiento de este tipo de programas.¹¹⁷

En cuanto al tema de la escasa educación o difusión respecto del Patrimonio Cultural, los resultados de la Encuesta Nacional de Participación y Consumo Cultural, realizada el año 2012 a cargo del Consejo Nacional de las Culturas y las Artes son ilustrativos de esta situación, al mostrar que el porcentaje de la población que visitó museos fue del 20,8% de los encuestados a nivel nacional; que la asistencia a exposiciones de artes visuales fue del 24,9% y que el

¹¹⁵ OBSERVATORIO DE POLÍTICAS CULTURALES. Presupuesto 2016: Cultura representa un 0,5% del gasto total del estado. 2015. [en línea] <<http://www.observatoriopolicasculturales.cl/OPC/noticias/presupuesto-2016-cultura-representa-un-05-del-gasto-total-del-estado/>> [consulta : 05 junio 2016]

¹¹⁶ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2015. Cuenta Pública. [en línea] http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/sectorial/2015_sectorial_consejo-nacional-de-la-cultura-y-las-artes.pdf [consulta : 05 junio 2016]

¹¹⁷ OBSERVATORIO DE POLÍTICAS CULTURALES. Informe Situación Presupuestaria en Cultura 2016 [en línea] <<http://www.observatoriopolicasculturales.cl/OPC/wp-content/uploads/2016/04/Informe-situacion-C3%B3n-presupuestaria-2016.pdf>> [consulta : 06 junio 2016]

porcentaje de población que asistió a bibliotecas en 2012 fue del 18,2%, lo que representa una baja en comparación a años anteriores en que se realizó la misma encuesta (el 2005 fue del 23,8% y el 2009 del 21,6%).

Aún más alarmante que lo anterior, resulta el índice de formación y práctica cultural, el que muestra que un 26,5% de los chilenos y chilenas residentes urbanos de 15 años y más carece totalmente de formación cultural. En efecto, un 49,6% registra una formación cultural baja, un 16,4% tiene una formación media y sólo un 7,4% figura con una alta formación cultural. Los estudiantes son los que tienen un puntaje más alto en este índice, lo que confirma la relación entre educación y cultura. Asimismo, son los integrantes del grupo socioeconómico ABC1 quienes tienen puntaje más alto, seguidos por los grupos socioeconómicos E1 y E, que presentan el puntaje más bajo¹¹⁸.

Así, la falta de “cultura en cuanto a la cultura” como hemos decidido llamar a este desconocimiento y falta de formación en cultura, se puede ver en situaciones tan cotidianas como la escasa concurrencia de público a museos o bibliotecas¹¹⁹, como también en otras más puntuales y excepcionales como el reciente paro de los funcionarios del DIBAM, el que tuvo escaso impacto, tanto

¹¹⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2013. Encuesta Nacional de Participación y Consumo Cultural 2012. Publicaciones cultura, noviembre 2013.

¹¹⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Reporte estadístico nº 5: Museos. 2011. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2012/03/Reporte-Estad%C3%ADstico-N%C2%B05-Museos.pdf>> [consulta: 05 junio 2016].

mediático como social, lo que no es sino muestra del escaso interés que generan estas temáticas en nuestra sociedad.

Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de la presidenta de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), Yessica Almonacid, quien al respecto declaró lo siguiente: “Lamentablemente llevamos 24 días de paro indefinido, nuestras autoridades regionales no se han pronunciado respecto a que lo que implica que la ciudadanía no tenga acceso a la biblioteca y que además los museos en el resto del país estén cerrados. Eso nos hace pensar cuál es la importancia que guardan respecto a la cultura y el patrimonio”.¹²⁰

Creemos que lo anterior sólo podrá ser superado mediante la educación de la comunidad, en el sentido de crear más conciencia respecto de la importancia del patrimonio cultural, de la incidencia que tienen las costumbres y tradiciones que conforman nuestras vidas, ello como una problemática real y no solo como una idea abstracta.

Pese a este diagnóstico, creemos que de todos modos han existido avances significativos en materia cultural, y al respecto nos gustaría rescatar las siguientes iniciativas que han nacido tanto desde el gobierno como de

¹²⁰ DIARIO EL DIVISADERO. 2016. Funcionarios de la Dibam cumplen 25 días en paro y esperan gesto del Gobierno. [en línea] El Divisadero. 9 de enero, 2016. <<http://www.eldivisadero.cl/noticia-36388>> [consulta: 05 junio 2016]

instancias privadas, con la finalidad de acercar a la comunidad al Patrimonio Cultural:

a. El Sistema de Registro de Patrimonio Cultural Inmaterial, que busca el “poblamiento de información en los ámbitos de las fiestas religiosas y populares, la gastronomía, la música tradicional, además de registrar oficios y cultores de estas y otras expresiones.”¹²¹;

b. El Inventario del Patrimonio Cultural Inmaterial creado el año 2012, el que “tiene por propósito suministrar documentación fiable para la elaboración de los expedientes que Chile anualmente postula ante UNESCO, para incluir en las Listas del Patrimonio Cultural Inmaterial. La confección de Inventario tiene por condición la intervención ciudadana, de modo que las personas y comunidades interesadas pueden participar en el registro y reconocimientos de sus saberes y expresiones, mediante un proceso de postulación” abierto a toda la comunidad.¹²²;

c. Premio Fidel Sepúlveda Llanos, “creado en 2006 para distinguir anualmente a la persona o grupo que se haya destacado en investigación, rescate, puesta en valor y divulgación de bienes, saberes y prácticas que conforman el patrimonio inmaterial de nuestro país”.¹²³

¹²¹ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2009. Registrar la Identidad El Patrimonio Cultural Inmaterial en Chile. Santiago, Chile. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. 99p.

¹²² CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Inventario Priorizado de Patrimonio Cultural Inmaterial en Chile. [en línea] <<http://inventario.portalpatrimonio.cl/>> [consulta : 05 junio 2016]

¹²³ DIRECCIÓN DE BIBLIOTECAS, ARCHIVOS Y MUSEOS. Dibam repone premio Fidel Sepúlveda Llanos y convoca a la participación ciudadana. [en línea] <<http://www.dibam.cl/614/w3-article-53561.html>> [consulta : 05 junio 2016]

- d. La Guía Pepa. Este material de apoyo docente que nace en noviembre de 2013, contiene nociones generales sobre patrimonio en Chile y “forma parte del material que compone el Programa de Educación Patrimonial del Consejo de Monumentos Nacionales, cuyo objetivo es contribuir a la comunidad escolar, especialmente en los primeros años de enseñanza, en la inserción del Patrimonio Cultural y Natural”¹²⁴;
- e. El concurso de “Haz tu tesis en cultura”, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, destinado a estudiantes universitarios de pregrado y postgrado. Fue creado en 1998, “configurado como una instancia de promoción de la investigación en cultura, en el escenario de una década donde las temáticas culturales habían sido escasamente exploradas en nuestro país”¹²⁵;
- f. El Seminario Internacional del Patrimonio Cultural Inmaterial, organizado por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes de Chile, la UNESCO y el Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina (CRESPIAL), el que se celebra desde el año 2011 con la finalidad de ser un “espacio de vinculación y debate que permita difundir la labor del Estado en materia de patrimonio y estimular la reflexión en torno a las estrategias y herramientas para asegurar su promoción y salvaguarda”¹²⁶.

¹²⁴ CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. 2013. Guía de Apoyo Docente Nociones Generales sobre Patrimonio Chile. [en línea] <http://colorearte.cl/wp-content/uploads/2015/04/pepa.pdf> [consulta : 05 junio 2016]

¹²⁵ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2015. Aprueba bases del concurso “Haz tu tesis en cultura”, Convocatoria 2015. [en línea] <<http://transparenciaactiva.cultura.gob.cl/uploads/marcoNormativo/9f42dab3a6b8d8f7cb5668f23085c0e5f9907af8.PDF>> [consulta : 09 junio 2016]

¹²⁶ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Programa Seminario Patrimonio Cultural Inmaterial “Nuestra memoria, nuestra responsabilidad”. 2011. [en línea] <http://portal.unesco.org/geography/es/files/13967/13033962221PROGRAMA_SEMINARIO_INTERNACIONAL_

Asimismo, el evento sirve “para difundir y promover el rol de las instituciones del Estado en la conservación y valoración del patrimonio inmaterial; difundir y promover el rol de UNESCO, CRESPIAL y la Convención de salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; e informar sobre las herramientas y estrategias disponibles, a nivel nacional e internacional para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”¹²⁷.

g. El programa de gobierno “Chile celebra el verano” que “apunta a potenciar los panoramas de vacaciones en todo el país con actividades culturales y deportivas gratuitas, para toda la familia”¹²⁸;

h. El reciente “Concurso de Rescate Gastronómico y Arte Culinario”, que premia “las mejores recetas chilenas, reconociendo la sabiduría local y rescatando identidades y prácticas culinarias que se han ido perdiendo en el tiempo, además de revelar y compartir preparaciones que han sobrevivido a través de la cultura oral”¹²⁹;

i. El reciente proyecto del gobierno referido a la creación de un canal de TV Educativo-Cultural, el que será de recepción libre, gratuito y sin publicidad.

PATRIMONIO.pdf/PROGRAMA%2BSEMINARIO%2BINTERNACIONAL%2BPATRIMONIO.pdf> [consulta : 09 junio 2016]

¹²⁷ UNESCO. Seminario Internacional de Patrimonio Inmaterial. [en línea] <http://portal.unesco.org/geography/es/ev.php-URL_ID=13967&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [consulta : 09 junio 2016]

¹²⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2016. Chile celebra el verano: Consejo de la Cultura anuncia actividades gratuitas para disfrutar en familia en las vacaciones. [en línea] <http://www.cultura.gob.cl/agenda-cultural/chile-celebra-el-verano-consejo-de-la-cultura-anuncia-actividades-gratuitas-para-disfrutar-en-familia-en-las-vacaciones/#sthash.jjwH49LL.dpuf> [consulta : 09 junio 2016]

¹²⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Cuéntanos tu receta, tu historia. [en línea] <<http://turecetatuhistoria.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/instructivo.pdf>> [consulta : 09 junio 2016]

j. El proyecto de ley para crear el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, por el cual se pretende crear una institucionalidad robusta, orgánica y eficaz, con un fuerte énfasis en el desarrollo cultural nacional y regional, a través de una institucionalidad cultural más eficiente y coordinada, que crea el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, el que ampliará sus competencias en relación al Patrimonio Inmaterial, sitios y bienes chilenos declarados como patrimonio mundial, y las culturas y patrimonio indígena, Servicio que estará desconcentrado territorialmente, con direcciones regionales con funciones, competencias, personal y recursos propios¹³⁰.

Esperamos que este trabajo sea de utilidad para todo aquel que se interese por la protección del patrimonio cultural en Chile, y que ayude a la reflexión en torno a este tema. Asimismo, invitamos a la comunidad en general, y a la comunidad universitaria en especial, a investigar, escribir y crear conciencia al respecto, y en lo posible, a aportar nuevas ideas, que ayuden a que surjan más iniciativas como las recién comentadas, que acerquen a la gente a la cultura, que finalmente es lo que otorga identidad y sentido a una comunidad.

¹³⁰ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Indicación sustitutiva del proyecto de ley Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/proyecto-ley-ministerio/>> [consulta : 09 junio 2016]

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros, revistas, tesis, entre otros.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIBA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. 1998. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

ANDUIZA, Eva. Y BOSCH, Agustí. 2004. Comportamiento político y electoral. Barcelona, Ariel.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. 2014. Cultura y Desarrollo Económico en Iberoamérica. Madrid, España, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI).

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2009. Registrar la Identidad. El Patrimonio Cultural Inmaterial en Chile. Colección Patrimonio.

DETTLEFF Beros, Carlos. Apunte Derecho de los Tratados. Marzo 2010. Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

DICCIONARIO DE LA Real Academia de la Lengua Española

NASH Rojas, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. 2012. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

SOTO KLOSS, Eduardo. La familia en la Constitución Política. Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 N°2

2. Recursos electrónicos y revistas electrónicas, entre otros.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2002. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotto S.A. [en línea] <<https://es.scribd.com/doc/155159492/Los-Derechos-Sociales-Como-Derechos-Exigibles-Victor-Abramovich-y-Christian-Courtis>> [Consulta: 26 de noviembre 2015]

ANTEQUERA, Ricardo. Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos. P.3 [en línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2013/2/D127C0516/1/material_docente/> [consulta 27 de noviembre de 2015]

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. Programa de Educación Patrimonial “PEPA”. Guía de Apoyo Docente. Nociones generales sobre Patrimonio en Chile [en línea]
< <http://colorearte.cl/wp-content/uploads/2015/04/pepa.pdf> >
[consulta 12 noviembre 2015]

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Inventario Priorizado de Patrimonio Cultural Inmaterial en Chile. [en línea]
<<http://inventario.portalpatrimonio.cl/>> [consulta : 05 junio 2016]

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Programa Seminario Patrimonio Cultural Inmaterial “Nuestra memoria, nuestra responsabilidad”. 2011. [en línea]
<http://portal.unesco.org/geography/es/files/13967/13033962221PROGRAM_A_SEMINARIO

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2015. Cuenta Pública. [en línea] http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/sectorial/2015_sectorial_consejo-nacional-de-la-cultura-y-las-artes.pdf [consulta : 05 junio 2016]

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Cuéntanos tu receta, tu historia. [en línea] <<http://turecetatuhistoria.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/instructivo.pdf>> [consulta : 09 junio 2016]

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2015. Aprueba bases del concurso “Haz tu tesis en cultura”, Convocatoria 2015. [en línea] <<http://transparenciaactiva.cultura.gob.cl/uploads/marcoNormativo/9f42dab3a6b8d8f7cb5668f23085c0e5f9907af8.PDF>> [consulta : 09 junio 2016]

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2016. Chile celebra el verano: Consejo de la Cultura anuncia actividades gratuitas para disfrutar en familia en las vacaciones. [en línea] <http://www.cultura.gob.cl/agenda-cultural/chile-celebra-el-verano-consejo-de-la-cultura-anuncia-actividades-gratuitas-para-disfrutar-en-familia-en-las-vacaciones/#sthash.jJwH49LL.dpuf> [consulta : 09 junio 2016]

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Indicación sustitutiva del proyecto de ley Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/proyecto-ley-ministerio/>> [consulta : 09 junio 2016]

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Definiciones de Política Cultural Región del Bío Bío 2006-2010. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2012/03/Politica-Regional-B% C3% ADo-B% C3% ADo-2005-2010.pdf>> [consulta : 20 Diciembre 2015].

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2013. Encuesta Nacional de Participación y Consumo Cultural 2012. Publicaciones cultura, noviembre 2013.

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. Reporte estadístico n° 5: Museos. 2011. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2012/03/Reporte-Estad% C3% ADstico-N% C2% B05-Museos.pdf>> [consulta : 05 junio 2016].

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Análisis de mesas de conversación sobre la nueva Institucionalidad cultural. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Informe-CNCA->

[final-Analisis-mesas-de-institucionalidad-cultural.pdf](#)> [consulta : 01 junio 2016]

DIARIO EL DIVISADERO. 2016. Funcionarios de la Dibam cumplen 25 días en paro y esperan gesto del Gobierno. [en línea] El Divisadero. 9 de enero, 2016. <<http://www.eldivisadero.cl/noticia-36388>> [consulta: 05 junio 2016]

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS, ARCHIVOS Y MUSEOS.
Dibam repone premio Fidel Sepúlveda Llanos y convoca a la participación ciudadana. [en línea] <<http://www.dibam.cl/614/w3-article-53561.html>> [consulta : 05 junio 2016]

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS, ARCHIVOS Y MUSEOS.
Historia de la DIBAM. [en línea] <<http://www.dibam.cl/614/w3-propertyvalue-70464.html>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS, ARCHIVOS Y MUSEOS.
Distinción a la DIBAM. [en línea] <<http://www.dibam.cl/614/w3-article-6732.html>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

EDUCARCHILE. El patrimonio también educa. [en línea]
<<http://www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?id=106959>> [consulta : 05
junio 2016]

GARCIA PINO, Gonzalo. [Cuaderno N° 49, Estudios sobre Jurisdicción
Constitucional, Pluralismo y Libertad de Expresión. 2012.](#) p.169[en línea]
<[http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-
publicados](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-
publicados)> [consulta 24 de noviembre de 2015]

OBSERVATORIO DE POLÍTICAS CULTURALES. Presupuesto 2016:
Cultura representa un 0,5% del gasto total del estado. 2015. [en línea]
<[http://www.observatoriopoliticasculturales.cl/OPC/noticias/presupuesto-
2016-cultura-representa-un-05-del-gasto-total-del-estado/](http://www.observatoriopoliticasculturales.cl/OPC/noticias/presupuesto-
2016-cultura-representa-un-05-del-gasto-total-del-estado/)> [consulta : 05 junio
2016]

OBSERVATORIO DE POLÍTICAS CULTURALES. Informe Situación
Presupuestaria en Cultura 2016 [en línea]
<[http://www.observatoriopoliticasculturales.cl/OPC/wp-
content/uploads/2016/04/Informe-situaci%C3%B3n-presupuestaria-2016.pdf](http://www.observatoriopoliticasculturales.cl/OPC/wp-
content/uploads/2016/04/Informe-situaci%C3%B3n-presupuestaria-2016.pdf)
> [consulta : 06 junio 2016]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Cartilla sobre “El Derecho a Participación y Consulta en el Convenio 169 de la OIT” del Observatorio Ciudadano.

http://www.monitoreandoderechos.cl.pampa.avnam.net/sites/default/files/biblioteca/cartilla_participacion_y_consulta.pdf [consulta 12 junio 2016]

RUBIO J.A.; RIUS J. y MARTINEZ S. 2014. El modelo español de financiación de las artes y la cultura en el contexto europeo. [en línea] <http://www.sgae.es/recursos/fundacionsgae/modelo_espanol_de_financiacion_de_las_artes_y_la_cultura_en_el_contexto_europeo.pdf > [consulta: 06 junio 2015]

UNESCO. ¿Qué es la Unesco? [en línea] <<http://www.unesco.org/new/es/unesco/about-us/who-we-are/introducing-unesco> > [consulta 12 de noviembre de 2015]

UNESCO, ¿Qué es el Patrimonio Cultural Inmaterial? [en línea] <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/01851-ES.pdf> [consulta: 01 de agosto 2015]

UNESCO. Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial [en línea]

<<http://www.unesco.org/culture/ich/es/tradiciones-y-expresiones-orales-00053>> [consulta 12 de noviembre de 2015]

UNESCO. Artes del espectáculo (como la música tradicional, la danza y el teatro) [en línea]

<<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00054hh>>

[consulta 12 noviembre 2015]

UNESCO. Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo [en línea] <<http://www.unesco.org/culture/ich/es/conocimientos-relacionados-con-la-naturaleza-00056>> [consulta 12 noviembre 2015]

UNESCO. Técnicas artesanales tradicionales [en línea]

<[http://www.unesco.org/culture/ich/es/tecnicas-artesanales-tradicionales-](http://www.unesco.org/culture/ich/es/tecnicas-artesanales-tradicionales-00057)

[00057](http://www.unesco.org/culture/ich/es/tecnicas-artesanales-tradicionales-00057)> [consulta 12 noviembre 2015]

UNESCO. Seminario Internacional de Patrimonio Inmaterial. [en línea]

<[http://portal.unesco.org/geography/es/ev.php-](http://portal.unesco.org/geography/es/ev.php-URL_ID=13967&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

[URL_ID=13967&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/geography/es/ev.php-URL_ID=13967&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>

[consulta : 09 junio 2016]

3. Documentos, leyes y decretos.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

BOKOVA, Irina. Prólogo Convención para la Salvaguardia del Patrimonio

Cultural Inmaterial, Edición 2010 [en línea]

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf> > [consulta 12 de noviembre de 2015]

CÁMARA DE DIPUTADOS. Boletín N° 8938-24 (2013) “Crea el Ministerio de Cultura”, Mensaje N° 032-361. Chile. 2p [en línea]

<<http://www.munitel.cl/Seminarios/41EscuelaCapacitacion/ADD/Proyecto%20de%20ley%20que%20crea%20el%20Ministerio%20de%20Cultura.pdf>>

[consulta 12 de noviembre de 2015]

CHILE. Constitución Política de la República, 1980.

CHILE. Historia de la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual, octubre 1970. 50p.

CHILE. Historia de la Ley N°19.891 “Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes”

CHILE. Historia de la Ley N°17.288 “Monumentos Nacionales”

CHILE. Ministerio de Educación. 2001. Decreto Exento N° 124: Crea Comisión Asesora Nacional de Patrimonio Cultural Oral e Intangible.

CHILE. Ministerio de Educación. 1999. Decreto 91 Instituye día del patrimonio cultural de Chile. 8 de abril 1999.

CHILE. Ministerio de Educación. 2001. Decreto Exento N° 124, del Ministerio de Educación: “Crea Comisión Asesora Nacional de Patrimonio Cultural Oral e Intangible”, abril, 2001.

CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2013. Decreto Supremo 40 Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, agosto 2014.

CHILE. Ministerio de Desarrollo Social. 2014. Decreto Supremo 66: Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica, marzo 2014.

CHILE. Ministerio de Educación Pública. 1929. Decreto con Fuerza de Ley 5200, diciembre 1929. 1p.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1969.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales México D.F., 26 de julio - 6 de agosto de 1982. 1p
[en línea] -

<http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf> [consulta 12 noviembre 2015]

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Consejo de Administración. 2016. 326ª reunión. Informe del Director General. Ginebra, marzo 2016. p. 21.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Manual de Tratados, Preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. 32p [en línea]
<<https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>> [consulta 25 de noviembre de 2015]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1989. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, junio 1989.

UNESCO. 2001. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, noviembre de 2001.

UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. París, octubre 2003

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Consejo de Administración. 2016. 326ª reunión. Informe del Director General. Ginebra, marzo 2016. p. 21.

4. Jurisprudencia

Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de diciembre de 2003 recaída en el juicio caratulado “Consejo de Defensa del Estado con CTC STARTEL S.A.”, causa rol 306-2000, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de La Serena.

Sentencia dictada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, con fecha 2 de abril de 2004, recaída en el juicio caratulado “Consejo de Defensa del

Estado con Compañía Industrial Puerto Montt S.A.”, causa rol 612-1999, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt.

Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 1988-11, Requerimiento presentado por 17 Senadores respecto de la inconstitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91). Boletín N° 6426-10.

Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 2387-12 y 2388-12 acumulados. Requerimiento de un grupo de Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numeral 20; letra c) número 3 y número 48 del proyecto de Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenida en el boletín N° 8091-21

Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 1295-08. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 7910-2008.

Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 567-06.
Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la
inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Constitucional, Fallo Rol N° 1365-09.
Requerimiento de inaplicabilidad de Gustavo Quilaqueo Bustos respecto de los
artículos 5,6,16,17 y 18 de la ley N° 19.970 e inciso segundo del artículo 1°
transitorio de esa ley en causa Rol N° 182-09 de la Corte de Apelaciones en
Temuco y actualmente en la Corte Suprema, Rol 1972-09

ANEXO

Tabla 1. Porcentaje de gasto en cultura sobre el total de gasto público en distintos países de Latinoamérica. Año 2010¹³¹

PAÍS	%
Perú	0,66
Chile	0,39
Ecuador	0,39
Uruguay	0,38
Brasil	0,30
Argentina	0,23
Colombia	0,13
Paraguay	0,07
Bolivia, Est. Plur. De	0,06
PROMEDIO	0,29

¹³¹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. 2014. Cultura y Desarrollo Económico en Iberoamérica. Madrid, España, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI). 345p.

Tabla 2. Porcentaje de gasto en cultura sobre el total de gasto público en distintos países de Europa. Año 2010¹³²

PAÍS	%
Alemania	1,67
Austria	1,55
Bulgaria	1,72
Dinamarca	1
España	1,36
Estonia	3,21
Finlandia	0,99
Holanda	1,86
Irlanda	0,4
Italia	0,9
Letonia	1,86
Noruega	1,53
Polonia	0,5
Portugal	0,9
Suecia	2,6
Suiza	1,7
PROMEDIO	1,4

¹³² RUBIO J.A.; RIUS J. y MARTINEZ S. 2014. El modelo español de financiación de las artes y la cultura en el contexto europeo. [en línea] <http://www.sgae.es/recursos/fundacionsgae/modelo_espanol_de_financiacion_de_las_artes_y_la_cultura_en_el_contexto_europeo.pdf> [consulta: 06 junio 2015]