



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN CHILE

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

Autor

ANDRÉS EDUARDO SALINAS UREN

Profesor Guía

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Santiago, Chile

2018

A Natalia, por todo su apoyo e inspiración
durante estos años de estudio

AGRADECIMIENTOS

A todos los maestros que compartieron sus conocimientos en las aulas de la facultad, y que han aportado con su genio en mi formación intelectual, en especial a Claudio Herrera J. por permitirme conocer la parcela del derecho sobre la que versa esta investigación, y al profesor Francisco Zúñiga Urbina, por aceptar guiar este trabajo y favorecerme con su sabiduría.

A la familia Severino Hernández por su encomiable apoyo y cariño.

A Antonella, Horacio, y Susana S. por toda la confianza depositada en mí.

A mis padres por darme la vida y ser los artífices de mis primeros pasos.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	iv
TABLA DE CONTENIDOS.....	v
RESUMEN.....	xi
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I NOCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL.....	6
1) Los conceptos de cosa y bien en el derecho chileno.....	8
2) El patrimonio como universalidad.....	28
2.1) El concepto de universalidad jurídica para la teoría clásica o subjetiva del patrimonio.....	28
2.2) El concepto de universalidad jurídica para la teoría objetiva o finalista del patrimonio.....	32
2.3) Consideraciones a propósito del concepto de universalidad para la teoría clásica o subjetiva del patrimonio.....	34
2.4) Consideraciones a propósito del concepto de universalidad para la teoría objetiva o finalista del patrimonio.....	36
2.5) Universalidades de hecho y de derecho.....	37
3) Sobre el contenido del concepto de patrimonio: bienes, derechos y obligaciones.....	38
4) El valor pecuniario en el concepto de patrimonio.....	41
5) Concepto de patrimonio cultural.....	47
5.1) Elementos que componen el patrimonio cultural.....	47
5.1.1) Concepto de patrimonio cultural material.....	47
5.1.2) Concepto de patrimonio cultural inmaterial.....	49
5.2) Concepto de bien cultural.....	50
5.3) Obligaciones en el patrimonio cultural.....	51
5.4) Objeto de la protección jurídica.....	51
6) Antecedentes generales de la protección del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno.....	53

CAPÍTULO II RÉGIMEN NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN CHILE.....	70
1) Antecedentes y fuentes del establecimiento de la protección al patrimonio cultural en la constitución.....	70
1.1) Normativa infra-constitucional.....	71
1.1.1) Régimen de protección contenido en la Ley N.º17288.....	71
1.1.1.1) Objeto de protección.....	71
1.1.1.2) Mecanismos de protección contenidos en la ley.....	72
1.1.1.2.1) Normas de reconocimiento.....	72
1.1.1.2.1.1) Concepto de Monumento Nacional.....	72
1.1.1.2.1.2) Clasificación de los Monumentos Nacionales.....	73
1.1.1.2.1.2.1) Monumentos Históricos.....	73
1.1.1.2.1.2.2) Monumentos Públicos.....	74
1.1.1.2.1.2.3) Monumentos Arqueológicos.....	74
1.1.1.2.1.2.4) Santuarios de la Naturaleza.....	75
1.1.1.2.1.2.5) Zona Típica o Pintoresca.....	76
1.1.1.2.2) Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales.....	77
1.1.1.2.3) Normas que dan forma a la conservación y defensa del patrimonio cultural en la Ley N.º17288.....	78
1.1.1.2.4) Normas que refieren a la declaración de los bienes en algunas de las categorías de protección.....	78
1.1.1.2.4.1) Sobre los Monumentos Históricos.....	78
1.1.1.2.4.2) Sobre los Monumentos Públicos.....	80
1.1.1.2.4.3) Sobre los Monumentos Arqueológicos.....	81
1.1.1.2.4.4) Sobre los Santuarios de la Naturaleza.....	82
1.1.1.2.4.5) Sobre las Zonas Típicas o Pintorescas.....	83
1.1.1.2.5) Registro e inscripciones.....	84
1.1.1.2.6) Acciones y sanciones para la protección de los bienes culturales que resguarda.....	84
1.1.1.2.6.1) Sanciones administrativas.....	85
1.1.1.2.6.2) Sanciones civiles.....	86
1.1.1.2.6.3) Sanciones penales.....	87
1.1.2) Régimen de protección contenido en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza.....	88

1.1.2.1)	Mecanismos de protección contenidos en la ley.....	88
1.1.2.1.1)	Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales.....	88
1.1.2.1.2)	Normas de reconocimiento.....	89
1.1.2.1.3)	Normas de planificación territorial.....	91
1.1.2.1.4)	Normas sobre la intervención de bienes.....	93
1.1.3)	Régimen de protección contenido en la Ley N.º19300.....	95
1.1.3.1)	Concepto de medio ambiente.....	95
1.1.3.2)	Concepto de patrimonio ambiental.....	96
1.1.3.3)	Mecanismos de protección contenidos en la ley.....	97
1.1.3.3.1)	Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales.....	97
1.1.3.3.2)	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	98
1.1.3.3.3)	Normas de calidad ambiental y de la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental.....	99
1.1.3.3.4)	Acceso a la información ambiental.....	99
1.1.3.3.5)	Protección al patrimonio cultural inmaterial en la ley.....	100
1.1.3.3.6)	Derecho real de conservación medioambiental.....	101
1.1.3.3.7)	Sistema de responsabilidades.....	102
1.1.3.3.8)	Fiscalización.....	103
1.1.4)	Régimen de protección contenido en la Ley N.º19253.....	103
1.1.4.1)	Concepto de patrimonio indígena.....	103
1.1.4.2)	Mecanismos de protección contenidos en la ley.....	104
1.1.4.2.1)	Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales.....	104
1.1.4.2.2)	Normas de reconocimiento.....	105
1.1.4.2.3)	Normas relativas a la educación, identidad y lengua indígena.....	106
1.1.4.2.4)	Participación Indígena en materias de injerencia que la ley señala.....	107
1.1.4.2.5)	Informe administrativo.....	109
1.1.4.2.6)	Mecanismos económicos de protección al patrimonio indígena.....	110
1.2)	Protección contenida a nivel constitucional.....	111
1.2.1)	Análisis de la regulación contenida en la materia en las constituciones previas a la del año 1925.....	112
1.2.1.1)	Sobre la propiedad.....	112

1.2.1.2) Sobre la educación.....	117
1.2.2) Análisis de la regulación contenida en la Constitución Política del año 1925.....	119
1.2.2.1) Sobre la propiedad.....	119
1.2.2.2) Sobre la educación.....	121
1.2.3) Análisis de la regulación contenida en la Constitución Política de la República del año 1980.....	122
1.2.4) Ejes de la protección al patrimonio cultural en la constitución vigente.....	124
CAPÍTULO III CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.....	128
1) Desarrollo de la idea de la constitucionalización de la protección al patrimonio cultural desde el derecho interno.....	128
1.1) Análisis sobre la naturaleza de la regulación constitucional.....	132
1.2) Comentarios sobre el proyecto de 9/6/2015 que busca reformar la Constitución en sus arts. 19.º num. 24.º y 22.º sobre (el) Patrimonio Histórico Cultural de la Nación.....	134
2) Desarrollo y recepción constitucional de la protección al patrimonio cultural desde el derecho internacional.....	136
2.1) El concepto de tratado internacional.....	136
2.2) La forma en que se incorporan los tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico.....	137
2.3) Jerarquía de los tratados e instrumentos internacionales en relación al ordenamiento jurídico interno.....	137
2.4) Análisis del desarrollo de la idea de patrimonio cultural en tratados e instrumentos internacionales.....	140
2.4.1) Convención para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y su Segundo Protocolo.....	140
2.4.1.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales.....	141
2.4.1.2) Sobre la protección a los bienes culturales.....	142
2.4.2) Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales.....	143
2.4.2.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales.....	144
2.4.2.2) Sobre la protección a los bienes culturales.....	145
2.4.3) Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.....	146
2.4.3.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales.....	146
2.4.3.2) Sobre la protección a los bienes culturales.....	147
2.4.4) Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	148

2.4.4.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales.....	149
2.4.4.2) Sobre la protección a los bienes culturales.....	150
2.4.5) Derecho a la protección del patrimonio cultural como un derecho social de tercera generación.....	151
3) Reflexión sobre el uso del recurso de protección como mecanismo de protección reflejo de la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural.....	152
4) Análisis sobre el control de constitucionalidad en la materia.....	155
CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN LA RECEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.....	162
1) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	162
2) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política de Colombia.....	165
3) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política de Perú.....	167
4) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política Española.....	170
CONCLUSIONES.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	178

RESUMEN

La presente investigación se centra en analizar las implicancias que tiene para la protección del patrimonio cultural, su inserción dentro del fenómeno de la constitucionalización del derecho, de tal suerte que en su primer apartado, se identifica cómo se ha desarrollado conceptualmente su objeto de protección, verificando del examen de sus componentes y características, que éste no se circunscribe únicamente a la definición tradicional de bienes culturales. En su segundo apartado, y por medio del análisis histórico de los antecedentes y la evolución de su regulación, se busca determinar qué normas en nuestra carta fundante cumplen un rol particular (como ‘ejes’) en la protección del patrimonio cultural. Para luego en el tercer apartado, examinar cómo se sitúa dicha protección en el contexto de la constitucionalización del derecho, confirmando que los efectos derivados de esta última actúan sobre normas cuyo contenido no se encuentra del todo definido, lo que incide en que la factibilidad de la protección tiende a relativizarse ante la ausencia de un vínculo determinado entre las normas identificadas como ‘ejes de protección’, el que a su vez debe ser desarrollado principalmente por la vía hermenéutica frente a un caso en particular que requiera ser resuelto en derecho. Lo que nos presenta la necesidad de mejorar la coherencia entre tales normas. En su apartado final, se examina brevemente la legislación comparada en aras de ilustrar (a nivel constitucional) las soluciones concebidas en la protección del patrimonio cultural en cuatro países de Iberoamérica.

INTRODUCCIÓN

«En fin ¿qué hicieron los americanos del norte para constituirse en nación? ¿Tuvieron acaso que proclamar principios nuevos, desconocidos a sus mayores? El gobierno representativo, la libertad de imprenta, los juicios por jurados, la exención de toda carga no consentida, contaban entre ellos la misma fecha que su existencia, i eran tan verdaderamente su patrimonio, como el de los ingleses de Europa.»

(ANDRÉS BELLO)¹

Por casi un siglo, en nuestro país ha tomado forma un marco normativo que atiende a la protección de determinadas manifestaciones culturales, monumentos, edificios, estatuas, sitios, vestigios, entre otros bienes, que, dado el interés por la sociedad que los reconoce, asociado a valores de índole, científico, artístico, estético, y sociocultural, son incluidos dentro de lo que comúnmente se ha denominado bajo la expresión de ‘patrimonio cultural’. Dicha expresión, se encuentra plasmada en nuestra carta fundante, y constituye el objeto central de esta investigación, a instancias en que el lugar en que toma lugar, se haya afecto al fenómeno de la constitucionalización del derecho, donde la constitución desde su posición cúspide ha dejado de ser considerada únicamente por su contenido político, y ha sido reconocida por su contenido jurídico y normativo.

1 BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello*, Opúsculos Jurídicos, vol. IX, Pedro G. R. Santiago, Chile, 1885, pág.3.

En este contexto, la protección del patrimonio cultural ya no solo puede ser estudiada desde su inclusión en leyes, reglamentos, decretos, circulares y otros cuerpos legales equivalentes, sino también desde el orden tutelar presente en nuestra carta política, lo que presenta una serie de dificultades que se pretenden abordar en lo sucesivo y que se representan en dos grandes problemáticas: la primera, afín a la dificultad de determinar la naturaleza de la protección del patrimonio cultural en nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta las diversas menciones existentes sobre el concepto de patrimonio cultural y su protección en los diversos cuerpos normativos vigentes, y que se observa en la falta de claridad a la hora de determinar el contenido de dicho patrimonio, así como los mecanismos de protección asociados a su condición por los organismos del Estado y particulares, y que tiene como ejemplo, el daño causado a uno de los tramos del Qhapaq Ñan (Camino del Inca) en Quispica, producto de ejercicios militares desarrollados por el Ejército de Chile a mediados de 2017, a razón del desconocimiento del sentido y alcances del objeto de protección y la ausencia de políticas de información inter-institucionales que hubieren ayudado al reconocimiento de dicha zona como protegida. Y la segunda relacionada a la cuestión indefectible de cómo conciliar la aplicación de normas establecidas principalmente como principios de derecho, con el derecho sustantivo, tanto de origen interno como en los tratados internacionales que versan sobre la materia ratificados por nuestro país.

Así, este estudio pretende analizar mediante un proceso formal hipotético-deductivo y una metodología cualitativa, qué implicancias tiene referir a la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural, para determinar su naturaleza en nuestra carta fundante, considerando la forma en que se inscribe en esta.

Para ello, en la primera parte se realizará un análisis conceptual de la noción de patrimonio cultural, con el fin de dilucidar qué comprende en tanto objeto de protección; su contenido y elementos formantes, sus clasificaciones y diversas acepciones. Para luego, examinar la evolución histórica de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, en aras de comprender como se dio inicio a tal proceso normativo y como se sitúa este en la actualidad.

En la segunda parte, de forma preliminar se examinará la legislación vigente, en los principales cuerpos de carácter infraconstitucional de origen interno, para comprender los alcances de la protección contenida en estos y sus modalidades. Luego, se realizará un análisis histórico de los antecedentes normativos relacionados de dicha protección, desde los primeros ensayos constitucionales hasta nuestros días, con el fin de identificar las etapas de su desarrollo y las disposiciones vinculadas presentes hoy en nuestra carta magna, determinando cuáles son estas últimas y cómo actúan.

En la tercera parte, se examinará el proceso de la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural, con el objeto de elucidar si tiene lugar en lo que respecta a la temática y cuál es su naturaleza, mediante el análisis de sus características (de dicho fenómeno), primero desde la normativa constitucional auténtica, y posteriormente desde su vínculo con aquella originada en tratados internacionales válidamente ratificados por nuestro Estado. Para después, explorar algunos de los efectos de la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural, en particular frente al uso del recurso de protección como mecanismo de protección del patrimonio cultural, y al control de constitucionalidad como medio por el cual expresa esta algunos de sus efectos.

Y en la Cuarta parte, se dará análisis breve a la experiencia internacional en cuatro países de Iberoamérica en lo que atañe a la forma en cómo se regla la protección del patrimonio cultural en sus respectivas cartas políticas.

CAPÍTULO I

NOCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL

Durante el siglo de las luces, se produjeron una ‘serie de cambios en la actitud hacia la protección y conservación de los monumentos antiguos en Europa’², principalmente en Francia, donde se llevó a cabo una política de conservación del patrimonio monumental, como respuesta a las grandes destrucciones ocurridas con motivo de las agitaciones sociales de la revolución. De tal suerte que, en dicho período de la historia, por primera vez se adhirió a la voz legal de patrimonio, un elemento extrajurídico relativo a la identidad nacional, el adjetivo de ‘histórico’, como algo valorativo, expresión de un interés común que prosperó en un contexto en el que se hallaban contrapuestas las visiones de una sociedad antigua y una renovada. Se ha atribuido por algunos³ a Jean Bapthiste Mathieu⁴, la primera construcción moderna del concepto de patrimonio al plantear a propósito de la propiedad monumental que esta podía incluir a «todo lo que da una

2 Boletín de la Real Academia de la Historia. [en línea]. T. CC. núm III. Madrid, España, 2003, pág. 443. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=_ypaiTF2puoC

3 Vid., GARCÍA CUETOS María Pilar, *El patrimonio cultural Conceptos Básicos* [en línea]. Universidad de Zaragoza, 2012, 175 págs. Disponible en: <http://books.google.es/books?isbn=8415274491>; REVEL JACQUES, *La fábrica del patrimonio*, TAREA 1, Anuario del instituto de Investigaciones sobre el Patrimonio Cultural, UNSAM, 2014, pág. 18; BABELON Jean Pierre, CHASTEL André, *La notion de patrimoine*, Liana Levi, Paris, France, 2008, 141 págs.; RIVERA OLIVEROS, María, *Contribución del patrimonio cultural de la localidad al desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje de la Historia de Cuba*, Tesis presentada en opción al grado académico de Máster en Historia y Cultura en Cuba, ISPH, Holguín, 2004, pág. 37. En GUZMAN VILAR L., GARCÍA VIDAL G., *Fundamentos teóricos para una gestión turística del patrimonio cultural desde la perspectiva de la autenticidad*, EUMED, Universidad de Málaga, 2008, pág. 4.

4 Presidente de la comisión de artes creada por la Asamblea Constituyente de Francia en el año 1793.

especie de existencia al pasado»⁵, denotando que el interés de su protección ya no respondía únicamente al valor material, artístico, arquitectónico o de las ciencias intrínseco al objeto de protección, sino que también lo hacía como una especie de derecho colectivo.

Con todo, no sería hasta la caída en desuso de la noción de patrimonio monumental y se ampliase el contenido del mismo en virtud del su elemento cultural adjetivo, que se llegaría a la primera conceptualización del patrimonio cultural en un instrumento legal, en la Convención para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado del año 1954 y luego en Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural del año 1972⁶. Ambas actualmente ratificadas por el Estado de Chile.

Nuestra legislación interna no ha definido el concepto de patrimonio cultural, existiendo únicamente un intento de ello en la Ley N.º21045 que creó el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, donde circunscrita a su contenido, se optó por remitir a «... las definiciones contenidas en instrumentos internacionales vigentes de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ratificados por Chile»⁷ para hallar su sentido.

Desde la doctrina nacional la situación no ha sido muy diferente, puesto que, al definir patrimonio cultural, suele efectuarse o bien una exposición sobre el origen etimológico de las palabras que lo componen evitando ahondar en la relación de dichos conceptos, o bien una relación extrajurídica de términos que poco pueden ofrecer al estudio del derecho.

5 GARCÍA CUETOS María Pilar, *Op. Cit.*, pág. 21.

6 Si bien la Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado del año 1954 en uno de sus considerandos utiliza la voz patrimonio cultural, no la llega definir.

7 Art. 1.º, inciso 2º, num. 8º Ley N.º21045, Crea el Ministerio de las Culturas, Las Artes y el Patrimonio [en línea]. Ministerio de Educación, BCN, Chile, publicada el 03/11/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/22iap>.

Se propondrá en esta investigación que la interrelación conceptual entre cuerpos normativos como la Constitución, leyes especiales y el Código Civil (CC) es necesaria entendiendo que existe un cúmulo de normas que han sido reconocidas por la doctrina mayoritaria como de orden público, contenidas en este último y que condicionan el ejercicio de los derechos originados por su establecimiento.

Por lo que se intentará determinar en este primer capítulo si es compatible la noción de patrimonio contenida en nuestro Código Civil con la de patrimonio cultural presente en nuestra Constitución y otras leyes especiales, mediante un análisis centrado en el estudio los conceptos de cosa, bien y universalidad para poder determinar en qué consiste su contenido y sus alcances, al ser aplicados en la conceptualización del patrimonio cultural.

1) Los conceptos de cosa y bien en el derecho chileno

Al igual como ocurre con el concepto de 'patrimonio', no es posible encontrar en nuestra legislación una definición de lo que debemos entender por 'cosa' ni por 'bien'. En la doctrina nacional su estudio aún no ha sido resuelto, existiendo diversos planteamientos sobre la definición de ambos conceptos. No obstante, es posible advertir que un sector mayoritario de la misma, los vincula como base de la construcción del concepto de patrimonio, donde desde el estudio del derecho civil diversos autores se han vertido a la exégesis de los conceptos aludidos con el fin de hallar su naturaleza, sin que en la mayoría de los casos se encuentre una definición concordante de estos, observando inclusive su uso de forma indistinta o sinonímica. Aun siendo de esta forma y para comprender las posturas existentes e intentar dar significado a los conceptos de 'cosa' y 'bien' para nuestro derecho, se ha optado en esta investigación por agrupar las tendencias argumentativas de los autores nacionales en dos; por un lado quienes han tratado

ambos conceptos sin vincular su significado o contenido de forma especial a alguna de las fuentes del derecho empleadas por nuestro legislador para la redacción del Código Civil (por ser su sustento primero y el más referido), y por otro quienes han desarrollado el estudio de los conceptos vinculando de forma especial su significado o contenido a alguna de las fuentes del derecho utilizadas por el legislador para la introducción de dichos conceptos.

En el primer grupo, es posible identificar a autores como Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodánovic H., los que sin argüir sobre las primacía de las fuentes que dieron origen a la creación de los conceptos de cosa y de bien en el Código Civil⁸, se han referido al primero de ellos en dos sentidos, en su primer sentido ‘cosa’ para estos autores, es toda entidad corporal o incorporeal, entendiendo las primeras como materiales o aquellas que se pueden percibir por los sentidos y las segundas como inmateriales, es decir, aquellas que no se perciben por los sentidos sino sólo por el intelecto^{9,10}. En su segunda acepción ‘cosa’ expresa en su «... sentido general, a todas las entidades, excepto las personas, sean o no susceptibles de ser objeto de los derechos».¹¹ Para que una ‘cosa’ sea considerada un ‘bien’ distinguen los mismos, que ésta debe ser útil y apropiable. Entendiendo por útil aquello que presenta una utilidad moral o material, remitiéndose a la voz latina de bonus, y entendiendo por apropiable, el que sean susceptibles de «... caer bajo el dominio o poder del hombre, sea por la aprehensión material o de cualquier manera.»¹², haciendo la advertencia de que si dicha apropiación «... sólo pudiera

8 Los tres autores en comento han advertido que, si bien el concepto de cosa y de bien ha sido tratado a propósito del análisis del derecho privado y en especial del derecho civil, de ello no resulta posible excluir que para otras parcelas del derecho como lo es, verbigracia, el derecho penal, dichos conceptos posean otro significado.

9 *Vid.* ALESSANDRI Arturo, SOMARIVA Manuel, VODÁNOVIC Antonio, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, pág. 9.

10 Más adelante se verá por qué interesa al estudio del concepto de cosa y de bien, el que algunos autores las caractericen como materiales e inmateriales o prefieran caracterizarlas como tangibles e intangibles.

11 ALESSANDRI Arturo, SOMARIVA Manuel, VODÁNOVIC Antonio, *Op. Cit.*, pág. 10.

12 *Ibid.*, pág. 9.

realizarse mediante la aprehensión física, las cosas inmateriales –que no se miran ni se tocan– no podrían ser objeto de derechos». ¹³ Concuerdan a su vez estos autores con la doctrina mayoritaria al afirmar que existe una relación de género a especie entre ‘cosa’ y ‘bien’ respectivamente.

En el segundo grupo, es posible encontrar autores como: David Stitchkin Branover, Alejandro Guzmán Brito, Daniel Peñalillo, Ricardo Viteri, entre otros. ¹⁴ Algunos han centrado su análisis en el derecho romano como una de las fuentes de las que se sirvió Andrés Bello para la creación del Código Civil, a su respecto Ricardo Viteri ha señalado que este da señales sobre la naturaleza de los conceptos de ‘cosa’ y de ‘bien’ en el tít. I del lib. II, a propósito del cual ha creído evidenciar una manifiesta influencia de las enseñanzas del jurista Johann Gottlieb Heinecke (o como prefiere llamar Heineccius) como de la Instituta de Gayo. Sobre la influencia de Heineccius en el pensamiento de Bello, ha planteado que este siguió la visión del primero al catalogar a los bienes como una especie del género ‘cosas’ correspondiendo a aquellas que forman parte de nuestro patrimonio ¹⁵, reafirmando aquella distinción al señalar que Bello distinguió al ‘agua’, ‘aire’ y ‘mar’ como ‘cosas’ aun cuando estas no se encuentran en el patrimonio de nadie. Junto a lo anterior, sobre la influencia de la instituta de Gayo y a propósito de la división de las cosas en corporales e incorporeales, en especial sobre estas últimas, argumenta que atendido el tenor literal del art. 576° del CC, el concepto de ‘cosa’ se encuentra

13 ALESSANDRI Arturo, SOMARIVA Manuel, VODÁNOVIC Antonio, *Op. Cit.*, págs. 9-10.

14 V.gr. Máximo Pacheco y Luis Bustamante.

15 HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann, *Recitaciones del derecho civil*, Madrid, España, Imprenta de P. Sanz, 1830, libro II, título I, párrafos 310 al 312, en PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 17. Apud VITERI MONTALDO, Ricardo Simón, *La Posesión de derechos en el Código Civil chileno*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Profesor Guía: Nicolás Stitchkin López, Santiago, Chile, 2014, pág. 21.

sujeto de forma idéntica a las restricciones jurídicas¹⁶ esbozadas por Gayo para las cosas incorpóreas, y que se traduce en una estimación sinonímica para el legislador entre los conceptos de cosa incorpórea y derechos, «... lo que implica que se excluye de la consideración jurídica como cosa incorpórea a toda otra entidad ...»¹⁷, no pudiendo considerarse dentro de esta categoría a aquellas que aun siendo por naturaleza entes incorpóreos o intangibles no sean un derecho propiamente tal. Con lo anterior estima que para Bello, las cosas incorpóreas al tener su fundamento en el derecho y estar enmarcadas bien dentro de los derechos personales o derechos reales, deben estar dotadas de los caracteres de patrimonialidad y traficableidad (extensibles ambos a las cosas corpóreas), lo que «... coincide con la definición de “bienes” acuñada por la doctrina mayoritaria, y que entiende por tales las cosas que, pudiendo prestar utilidad al hombre, son susceptibles de apropiación»¹⁸.

Cabe señalar que Viteri sostiene que para un sector considerable de la doctrina, el concepto de cosa incorpórea, se enmarca dentro del concepto de bien, por lo que se ha afirmado que si una cosa carece de los atributos de patrimonialidad y traficableidad, no puede ser considerado*¹⁹ como cosa en derecho (enunciando así la postura de quienes consideran que los conceptos de cosa corpórea e incorpórea se encuentran adscritos al género bien como una especie de este), por lo que realiza una reinterpretación de los conceptos de ‘cosa’ y de ‘bien’ en particular bajo el

16 «... una segunda restricción (primera restricción jurídica), por la cual aquellas cosas que son intangibles, deben tener su fundamento en el derecho (in iure consistunt); (iii) una tercera restricción (segunda restricción jurídica), en virtud de la cual las cosas que son intangibles y que tienen su fundamento en el derecho deben además ser enmarcadas dentro de los derechos reales o de los derechos personales (in iure consistunt); y (iv) una cuarta restricción (tercera restricción jurídica), por la cual sólo las cosas que sean intangibles, tengan su fundamento en el derecho y se enmarquen dentro de los derechos reales o personales, son consideradas cosas incorpóreas para el Derecho», en VITERI MONTALDO, *Op. Cit.*, pág. 24.

17 *Ibid.*, pág. 23.

18 *Ibid.*, pág. 2.

19 *Tal concepto.

análisis del concepto de ‘cosa incorporal’, anotando dos problemas que surgen del planteamiento inicial, el primero radicado en que se excluye de la definición a aquellos entes intangibles como las creaciones del derecho y el segundo en que habría derechos como los extrapatrimoniales que al no cumplir con los requisitos de apropiación y traficabilidad no podrían ser considerados como cosas incorporales, Viteri plantea que no obstante los derechos extrapatrimoniales no puedan ser bienes al no ser susceptibles de ‘apropiación’ (concepto que utiliza como sinónimo de patrimonialidad y traficabilidad) si serían cosas, para ello utiliza tres argumentos²⁰; el primero refiere a la redacción del 3^{er} inciso del art. 565^o del CC al ser caracterizadas las cosas incorporales como ‘meros derechos’, sin expresión de qué clase de derechos deben ser considerados como cosas incorporales. Como segundo argumento cita el carácter ejemplificativo y no taxativo de lo que se debe entender por ‘cosas incorporales’, de la palabra ‘como’ expresada en; ‘como los créditos y las servidumbres activas’ del mismo artículo. Y el tercero atinente a la distinción entre ‘cosa’ como género y ‘bien’ como especie del tenor literal del art. 565^o del CC, el cual al señalar que: «... los bienes consisten en cosas corporales e incorporales ...» refiere a que estas últimas serán bienes cuando cumplan con el carácter de patrimonialidad y traficabilidad. Así, las únicas cosas incorporales que a su vez serían bienes y que se encuentran en nuestro patrimonio, son aquellas que se enmarcan como derechos reales o personales. Respecto de la cualidad física de materialidad o tangibilidad de cosa y bien, únicamente remite al tenor literal del inciso 2^a del art. 565^o del CC, sin extenderse en lo que el legislador entendió por «... percibida por los sentidos, como una casa un libro»²¹.

20 VITERI MONTALDO, *Op. Cit.*, págs. 29-35.

21 Sobre esta cuestión, autores como Mafalda Revetría y Alejandro Guzmán Brito, discurren sobre el concepto de ‘percibido’ atendiendo a la eventual influencia de a la corriente filosófica del estoicismo en las fuentes romanas.

Daniel Peñailillo, en la misma línea de pensamiento, señala que «... “cosa” es todo lo que ocupa un lugar en el espacio; es decir, que tenga corporeidad sensible (una mesa, un libro; es el primitivo concepto “corpora”, más tarde extendido en el de “res”)»²². Incluyendo también dentro del concepto aquellas que no poseen una corporeidad sensible²³. Respecto del concepto de bien, éste lo define como «... las cosas que prestando una utilidad para el hombre, son susceptibles de apropiación ...»²⁴ advirtiendo que para algunos se consideran como tales las que ya han sido apropiadas. Peñailillo no da una definición de lo que se debe entender por utilidad pero escoge su carácter y este es económico, por lo que la utilidad va unida a un criterio de valoración económica. Sobre el concepto de apropiación al igual que Viteri no refiere a su naturaleza (física o no) pero sí a su extensión, atendiendo a si esta puede ser efectuada por los particulares o por la colectividad. Además de lo ya expresado, éste admite que el carácter de patrimonialidad de una cosa no la define como tal, tal es así que afirma que entes como el nombre o el domicilio aun teniendo naturaleza extrapatrimonial pueden ser considerados como objetos de relaciones jurídicas y por ello como cosas.

Sobre el pensamiento de Peñailillo es importante tener presente que se aparta levemente de la postura que parte desde el estudio del derecho romano al plantear si acaso es posible considerar como ‘cosas’ partes del cuerpo humano como la sangre o la piel, lo que reconoce el mismo que colisiona con el carácter otorgado por algunos al concepto de ‘cosa’ como todo aquello que sin ser persona es susceptible de ser objeto de derechos.

22 PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes, La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, IV ed., Santiago, Chile, 2006, pág. 14.

23 El autor no incluye directamente las cosas incorpóreas al dar una definición del concepto de cosa, pero remite de forma indirecta al tratar los derechos extrapatrimoniales como cosas.

24 PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Op. Cit.*, pág. 16.

Guzmán Brito por su parte ha señalado que si bien nuestro Código Civil no da una definición de lo que se debe entender ni por cosa ni por bien, este describe en parte el contenido y la relación entre ambos conceptos, estimando que las cosas pertenecen al género de los bienes²⁵. Asimismo, señala que las cosas se dividen en cosas corporales e incorporeales. Sobre las primeras estima que se debe entender aquellas que tienen un ser real, y las segundas atendido lo dispuesto en el inciso segundo del art. 565.º del CC, aquellas que carecen de un ser real y solo poseen un ser ideal. Este punto revela que Brito además de reconocer la influencia de las Instituciones de Gayo en los arts. 565.º y 576.º del CC²⁶, estima que el origen de los conceptos corporal e incorporeal se encuentra sujeto a una trasposición de nociones filosóficas a jurídicas como lo fue entre somaton-asomaton o corporale e incorporale y corpora e iura, así, siendo de esta forma, identifica que para los filósofos de la época y por ende la influencia presente en la distinción gayana, «... lo corporal era lo que se puede tocar y lo incorporeal aquello que no se puede tocar. Con eso querían decir lo mismo que nosotros cuando afirmamos que lo corporal es lo que cae bajo los sentidos y lo incorporeal aquello que no cae bajo aquellos porque en la

25 «Pero el código tampoco define las «cosas», aunque de ellas se dice que pertenecen al género de los bienes [...] Así que el género supremo es el de «bienes», que toman el nombre de «cosas» cuando se los divide en corporales e incorporeales.» En BRITO GUZMÁN, Alejandro, *Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción de derecho definido como facultad o potestad («derecho subjetivo»)*, Ars Iuris Salamanticensis, Estudios, vol. I, Salamanca, España, 2013, pág.71.

26 «El contenido de ese texto gayano aparece hoy en dos artículos del Código Civil: en el artículo 565, en donde se afirma que los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales; que las corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro; y que las incorporeales son las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas; y en el art. 576, para el que las cosas incorporeales son derechos reales y personales, cada uno de los cuales aparece definido en los artículos siguientes». En BRITO GUZMÁN, Alejandro, *Influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)*. Anuario de filosofía jurídica y social 1995, derecho y modernidad, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1995, pág.141.

opinión generalizada de las escuelas, cada uno de los cinco sentidos quedaba explicado como un tocamiento de algo (eídola) emanado por la cosa con el órgano sensitivo correspondiente ...»²⁷.

En cuanto al concepto de bien, señala que la noción empleada en el 1.^{er} inciso del art. 565.^o del CC, sería equivalente al vocablo de patrimonium, entendiendo por tal la noción empleada en el derecho civil romano como contraposición de la noción in bonis esse o in bonis habere, Brito estima que si bien el vocablo de bien proviene del vocablo latin bonus, y por tal perteneciente al vocabulario empleado por el edicto pretor, este no sería el uso que correspondería al aplicado en nuestro Código Civil, haciendo por tanto equivalentes los conceptos de bien y de patrimonium²⁸.

En cuanto a la extensión de la calidad de ‘cosa’ a los derechos extrapatrimoniales, Brito concluye que serían cosas incorporales pero que producto de su propia denominación, no existe en estos una propiedad en la forma que lo establece el art. 583.^o del CC, debido a lo cual no serían bienes.²⁹

Teniendo presente las diversas soluciones concebidas por parte de la doctrina nacional para entender los conceptos de cosa y bien en nuestra legislación, se estudiará a continuación la adopción de ambos en el Código Civil (por ser su fuente primera, y poseer carácter general y supletorio frente al resto de las normas de nuestro ordenamiento jurídico) desde un punto de

27 ‘En Teoría., De los sent., 50; Alej. De Alfred., De los sent., 24; 56.12; Aecio IV, 8.10’, en BRITO GUZMÁN, Alejandro, *Influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)*. Op. Cit., pág. 142.

28 «... encontramos que se compone ora de objetos constituidos por materia sensible, o que tienen un ser real, como dice el código, ora de derechos personales o créditos, ora de derechos reales; y de nada más. Así que el artículo 565 describe la composición del patrimonio o bienes de una persona ...», en BRITO GUZMÁN, Alejandro, *Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción de derecho definido como facultad o potestad («derecho subjetivo»)*, Op. Cit., 2013, pág.73.

29 BRITO GUZMÁN, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2006, pág.150.

vista histórico (su interpretación auténtica) para intentar dilucidar el significado y naturaleza de estos.

Si bien es sabido que el derecho romano y las institutas de Gayo fueron algunas de las fuentes de inspiración utilizadas por Bello para la creación de un Código Civil en Chile, cierto es también que la integridad de dichas fuentes se encontraba condicionada a los textos jurídicos a su disposición en la época, la cual se hallaba deformada en mayor o menor medida a través de autores como Johann Gottlieb Heinecke (nombrado también como Juan Teófilo Heinecio), Arnold Vinius (nombrado también como Arnaldo Vinnio), entre otros.

Bello empleó de forma consistente las obras de Johann Gottlieb Heinecke sobre el derecho romano vinculándolas con las de Arnold Vinius tanto en sus clases particulares como en su impulso por el estudio de dicho derecho en el país, concordamos con Hugo Hanish Espíndola al pensar que tuvo presente el pensamiento de ambos autores a la hora de redactar sus obras (entre ellas el CC), en especial el de Heinecio, el cual a propósito de la división de las cosas, sostenía que: «Así como los jurisconsultos distinguen al hombre de la persona; así también hacen diferencia entre cosa y pecunia, pues aquella comprende aun las cosas que no están en nuestro patrimonio y esta solamente lo que hay en él I. 5. Pr. D. de. verb. sin. Agustín. de doct. Crist. c. 8. P. 585. Tom. 6. opp.»³⁰, sobre esta afirmación se puede inferir que para Heinecio el concepto de cosa es amplio o general siendo a su vez un ente potencial, mientras que el de pecunia representa una especie del primero, nombrando por pecunia lo que luego se entendió por bienes, aseveración que se confirma al anotar que: «... los jurisconsultos llaman cosa á lo que es de tal naturaleza que puede estar entre los bienes, y pecunia, á todo lo que verdadera y actualmente

30 HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann, *Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones Obra traducida del Latin al Castellano por Vicente J.* [en línea]. Lib. II, tit. I, 'División de las cosas y modo de adquirir su dominio'. The British Library, 1842, pág. 96, Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=3SpdAAAAcAAJ>

está en nuestro patrimonio Huber. Prael. Inst. e. t. §. I.»³¹. Se deja así entrever una sinonimia entre los conceptos de pecunia y bienes para el autor, la que se encuentra mejor expresada en otra de sus obras donde expone que: «Los jurisconsultos distinguen las palabras cosa y bienes, tomando aquella latamente, y esta en un sentido mas estricto. Se llaman cosas todas las que existen y pueden prestar al hombre alguna utilidad, ya esten en su patrimonio, ó fuera de él. Asi, por ejemplo, el agua, el aire, el mar son cosas, aunque no estan en el patrimonio de nadie. Al contrario, las que forman nuestro patrimonio se llaman bienes (en latin pecunia), L.5.pr. ff. de V. S., de suerte que en esta palabra no solo comprendian los jurisconsultos el dinero, sino todo lo que compone el caudal del hombre ...»³². Si bien Heinecio pudo utilizar la voz latina pecunia de diversas formas en sus obras, es posible observar como en un comentario a una de las obras de Vinius, este vuelve a replicar el argumento anterior³³. De lo expuesto, es posible concluir que para Heinecio el criterio diferenciador entre cosa y bien yace en que las primeras son aquellas

31 HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann. *Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones. Loc. Cit.*

32 HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann. *Recitaciones del Derecho Civil traducidas al castellano y enriquecidas con notas y adiciones considerables por D. Luis de Collantes y Bustamante* [en línea]. Lib. II. Library of Catalonia, P. Sanz, Madrid, España, 1830, pág. 1 (275). Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=AgUNjjVmcA8C>

Es menester advertir, que el concepto de pecunia se haya explicado en la misma obra del mismo autor bajo el título recitaciones del derecho Romano, en su página n.º 209 donde el mismo traductor D. Luis de Collantes reconoce que: «No obstante que la palabra ó voz pecunia significa dinero en sentido gramatical, no he podido hacer esta traduccion porque los jurisconsultos la toman aqui en sentido muy diverso ...», En HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann. *Recitaciones del derecho romano* [en línea]. Vol. I, Imprenta de Don Norberto Llorenci, 1842, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, pág. 209. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=F5M1SB0d9eIC>

33 «... Ni por la palabra pecunia que puso Ciceron como á género de su definición debe nadie criticarla, puesto que nuestros autores atestiguan que bajo dicha palabra vienen comprendidas todas las cosas así corporales como incorpales, l. pecuniae 222. de verb. sign. pues todo lo que los hombres poseen en la tierra se llama pecunia, ya sea u siervos, campos, árboles ó rebaños: todo esto siempre toma este nombre, como entre los griegos la palabra Χρήματα (chrímata o una suma de dinero). Olimpodoro in Phaedon. Plat. Ἄλλοι φαίειν ὅτι Χρήματα καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα Χρήματα, es decir algunos dicen que Platon llamaba Χρήματα á todas las cosas o bienes». En HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann. *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnordo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, Imprenta José Torner, 1846, págs. 306-307.

que pertenecen al patrimonio de alguien en virtud de la utilidad que prestan o aquellas que aun sin pertenecer al patrimonio de alguien, en potencia pueden en virtud de su utilidad estarlo, en tanto las segundas son únicamente aquellas cosas que en virtud de su utilidad pertenecen al patrimonio de alguien.

Cabe notar que Heinecio no adoptó la distinción del concepto *in bonis* del derecho romano como contrapartida a la noción de *patrimonium*, a la definición de una cosa como tal o un bien como tal. Se explica el sentido de la afirmación expuesta y de mejor forma en una de las notas hechas a los comentarios académicos del jurisconsulto Arnolfo Vinnio a los cuatro libros de las instituciones de Justiniano, donde anota: «*In patrimonio*). Esto es, en los bienes. En nuestros bienes, empero no solo están las cosas corporales, sino también las incorporeales y derechos, I. 49. de verb. sign. I. 52 de acq. rer. dom., y también las servidumbres, I. 5. §. 9. D. de op. nov. nunt. tit. si. us. pet. et si serv. vind. et de itin. act. priv. I. 3. et. 4. quae in fraud. cred.»³⁴. Esto se confirma en otra de sus obras al sostener «... Las cosas incorporeales no están en dominio; pues habiendo definido á este §. 335, que es un derecho en cosa corporal, no podemos decir que el derecho de prenda, la servidumbre, la obligación están en mi dominio; sin embargo, como los derechos y las obligaciones nos hacen mas ricos, y no están destituidos de precio, se dice que están en nuestros bienes; sobre cuyo asunto hay un elegante pasaje en la L.49.ff. de V.S. ...»³⁵

Heinecio también pudo influir en el pensamiento de Bello a propósito de la categorización de los bienes en cosas corporales e incorporeales, sobre los cuales anota del pensamiento de

34 HEINECCIUS GOTTLIEB, *Johann, Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnolfo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano, Op. Cit.*, pág. 210, [Resulta conveniente complementar que Heinecio considera en el comentario a la misma nota, que la distinción antes dicha sería demasiado sutil por lo que la desecha].

35 HEINECCIUS GOTTLIEB, *Johann. Recitaciones del Derecho Civil traducidas al castellano y enriquecidas con notas y adiciones considerables por D. Luis de Collantes y Bustamante. Op. Cit.*, págs. 338-339.

Vinnio³⁶ vinculando los conceptos de herencia, derecho y universalidad, sosteniendo que «la herencia es una ‘cosa’* sujeta a la adquisición y que el heredero adquiere por medio de la sucesión; y se llama derecho –dicha cosa–*³⁷ porque significa una universalidad: á saber el patrimonio del difunto con sus cargas, y no las cosas separadas cada una de por sí I. 119. I. 208. d. tit.»³⁸.

A propósito de lo anterior comentaba sobre el pensamiento de Vinnio que «... Es decir, cosas singulares y substancias primeras; pues las segundas substancias, ó sea las cosas universales no se perciben por medio de los sentidos, Arist. I. analyt. cap 31. Si empero, las cosas universales son unas meras obras del entendimiento, y ficciones de la fantasía, ó si tienen una esencia real en cada cosa de por sí pertenece á los filósofos el discutirlo ...»³⁹. Heinecio al distinguir entre cosas corporales e incorpóreas, tuvo presente la influencia de la filosofía estoica

36 «Secunda rerum divisio. Quaedam praetera res corporales sunt, quaedam incorpóreas. Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vetis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorpora'es autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut haereditas, ususfructus, usus et obligationes quoquomodo contractae ec ad rem pertinet, quod in haereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo precipiuntur, corporales sunt: et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporales est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus haereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorpórale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et iusticorum quae etiam servitutes vocantur.

Segunda división de las cosas. Además de esto, unas cosas son corporales, otras incorpóreas. Aquellas son las que por naturaleza pueden tocarse; por ejemplo, un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata y otras infinitas cosas. Estas, empero, son aquellas que no pueden tocarse, como son las que consisten en un derecho; por ejemplo, la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones de cualquier modo contraídas. Ni hace para el caso el que en la herencia se comprendan también ciertas cosas corporales; pues que los frutos que se perciben del fundo son también corporales, y la más de las veces es corporal también lo que en virtud de una obligación se nos debe; por ejemplo, un fundo, un hombre, una cantidad de dinero; y á pesar de esto el mismo derecho de la herencia, y el de usufructo y el de la obligación son corporales. De la misma especie son los derechos de los predios urbanos y rústicos que se llaman también servidumbres.» En HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnordo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, Op Cit., pág. 303.

37 *locución agregada al texto original para su cabal comprensión.

38 HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnordo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, Op Cit., pág. 304 [Notas; Ipsum jus haereditatis].

39 *Ibid.*, pág. 304 [Comentario; Si natura tangi possunt].

en los conceptos⁴⁰, donde a propósito de las cosas incorpóreas remite a Cicerón quien diferenció en cosas quae sunt y cosas quae intelleguntur.

Antes de continuar con el análisis del concepto de cosa y bien para Heinecio, como una de las fuentes inspiradoras de Bello y para comprender de mejor forma los conceptos romanos de cosa y bien, en especial respecto de sus atributos, se ha de comentar sucintamente el trabajo de Hugo H. Espíndola por ser ampliamente utilizado en la materia.

Hugo H. Espíndola⁴¹ a propósito del estudio del concepto de patrimonio en el derecho romano ha reflexionado sobre los conceptos de cosa y de bien, donde ha remitido al jurista romano Paulo para dar contenido al primero de ellos en «Comentarios al Edicto, libro II.- La denominación de «cosas» es más lata que la de «pecunia», la cual comprende también lo que se halla fuera de la computación de nuestro patrimonio, en tanto que la significación de pecunia se refiere á lo que hay en el patrimonio.»⁴² (GARCÍA, 1897, t. III, pág. 912). Para el segundo, éste

40 «... Esto es en realidad propio de la filosofía estoica; pues reduciendo esta filosofía todos los sentidos al tacto definían las cosas corporales diciendo ser aquellas que podían tocarse, Sen. epist. 106. Los mismos filósofos decían que las cosas corporales son las únicas que existen mas que las incorpóreas no existen, sino que se comprenden. Cic. Top. C. 5.» En HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnordo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano. Op. Cit.*, pág. 304.

41 En orden a respetar las intenciones del autor en comento, se ha decidido utilizar en el texto principal de esta investigación la traducción a la Instituta-Digesto de Ildefonso L. García del Corral (JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Traducción y compilación de García del Corral Ildefonso*. T. III, Digesto, Barcelona, España, 1897), con todo, se ofrecerá a pié de página la traducción que el artífice de esta investigación considera mas adecuada para el análisis de las disposiciones.

42 5 IDEM libro II. Ad Edictum- “Rei” appellatio latior est, quam “pecuniae”, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, quum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.

5 EL MISMO, en el libro segundo al edicto. La palabra “cosa” es más amplia que “pecunia”, porque también incluye a aquellos bienes que se encuentran fuera del cálculo de nuestro patrimonio, mientras que la palabra “pecunia” se refiere a aquellos bienes que están dentro del patrimonio. Digesto, lib. 50, tít. XVI, En IRIGOYEN TRONCONIS, Martha, *Sobre el Significado De las Palabras (Digesto 50.16)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México, 1997, págs. 1-2.

ha recurrido al mismo en D.lib 50 tít. XVI 39⁴³, y al jurista Ulpiano en «Comentarios al Edicto, libro LIX.- La palabra «bienes» tiene una significación natural, ó civil; en la natural se llaman bienes porque bonifican, esto es, hacen feliz, bonificar es hacer provecho. Pero se ha de saber, que se computan en nuestro bienes no solamente las cosas que estan en nuestro dominio, sino también si de buena fe fueran poseídas por nosotros, ó si tuvieran superficie. Igualmente se contará en los bienes también lo que importen las acciones, las peticiones, y las acciones persecutorias; porque se considera que todo esto está en los bienes.»⁴⁴ (GARCÍA, 1897, t. III, pág. 916). Es menester anotar que en este punto H. Espíndola concuerda con el pensamiento de Gabriel Ocampo expresado en anotaciones manuscritas efectuadas al margen del Proyecto de Código Civil de 1855⁴⁵.

43 39. PAULUS libro quinquagensimo terti ad edictum.- “Subsignatum” dicitur, quod ab aliquo subscriptum est; nam veteres subsignationis verbo pro adscriptione uti solebant. 1.- “Bona” intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.

39. PAULO; Comentarios al Edicto, libro LIII.- Dícese “signado” lo que por alguien está suscrito; porque los antiguos solían usar la palabra signar por la suscribir. 1.- Se entiende que son “bienes” de cualquiera los que quedan después de deducidas las deudas. Digesto, lib. 50^o, tít. XVI. En IRIGOYEN TRONCONIS, Martha, *Op. Cit.*, pág. 8.

44 49. ULPIANUS libro quinquagensimo nono ad edictum. “Bonorum” appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.

49. ULPIANO, en el libro quinquagésimo noveno al edicto. La palabra “bienes” es natural o civil. En el sentido natural se llaman bienes porque dan dicha, esto es, <nos> hacen dichosos: “beare” es “ser provecho”. Sin embargo, debe saberse que entre nuestros bienes se cuentan no sólo las cosas que son de nuestra propiedad, sino también las que poseemos de buena fe o tenemos como superficiarias. Igualmente se contará entre los bienes lo que exista en acciones, peticiones o persecuciones (nota. Entiéndase “ejecuciones”), pues es evidente que todas esas cosas están entre los bienes. Digesto, lib. 50^o, tít. XVI. *Ibid.*, pág. 9-10.

45 «Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. L. 49 Lib. 50 tít. 16.» En BELLO Andrés, Proyecto de Código Civil [Anotaciones de Gabriel Ocampo], Imprenta Nacional, Santiago, Chile, 1855, pág. 151.

Cabe señalar que esta alusión al derecho romano se encuentra en algunos trabajos antiguos bajo una redacción ligeramente distinta y similar a; «Enimveró NATURALITER bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, beatos faciunt. BEARE EST PRODESSE. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt; sed & si bona fide à nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus. Nam haec omnia in bonis esse videntur. d.l.49. Naturaliter.» En FLAVIUS JUSTINIANUS I (Imperator), GODEFROY

Los bienes para los romanos según Espíndola al formar el contenido del patrimonio, debían ser, parafraseando al mismo, «...susceptibles de valoración pecuniaria o sea representados por una suma de dinero»⁴⁶.

A la utilidad que reporta el bien Espíndola añade una susceptibilidad de valoración en dinero, la que pretende evidenciar a propósito de la conceptualización del término ‘bien’ relacionándolo con el de ‘pecunia’, en especial al atribuir un valor computable al patrimonio, relativizando ambos conceptos, sustentado su argumentación en el Comentario de Paulo antes señalado en relación con dos comentarios de Javoleno; el primero contenido en el número 11° del tít. XIV del libro XLIX del Digesto⁴⁷ y el segundo contenido en el número 83° del tít. XVI del libro L del Digesto⁴⁸, y un comentario de Celso contenido en el número 88° del mismo tít. y libro⁴⁹.

Jaques, RANCHIN Francois, POTHIER R. J., JUSSE Daniel. *Pandectae Justinianae*. [en línea]. Vol. III. À Lib. XXXIX. ad L. Lib. XLII. PANDECTARUM. Tit. V de rebus auctoritate judicis possidendis, Titulus V. De Rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis, sectio I, Articulus I. Quid fint bona in quae mittuntur creditores, E ad quae porrigatur haec miffio. Sumptibus Bernuset et Sociorum, 1782, pág. 181, Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=Qw5QAAAAcAAJ>

46 HANISH ESPÍNDOLA, Hugo. *El patrimonio en el Derecho Romano con notas en relación con su concepto en el derecho actual*. Ponencia, II Congreso Latinoamericano de Derecho Comparado Romano, Xalapa, Veracruz, México, 24-28 julio de 1978, pág. 14.

47 11. IAVOLENUS libro IX, Epistolarum.- Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoibus superfutura sunt; id enim bonorum cuiusque ese intelliguntur, quod aeri alieno superest.

11. JAVOLENO; Epístolas, libro IX.- No pueden pertenecerle al fisco ningunos bienes, sino los que les han de sobrar á los acreedores; porque se entiende que son bienes de alguno lo que sobra de las deudas. En JUSTINIANO, *Op. Cit.*, lib. 49°, tít. XIV, pág. 832.

48 83. IAVOLENUS libro quinto ex Plautio. Proprie “bona” dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent.

83. JAVOLENO; en el libro quinto de Plaucio. No pueden llamarse propiamente “bienes” las cosas que representan más desventajas que ventajas. En Digesto, lib. 50°, tít. XVI. En IRIGOYEN TRONCONIS, Martha, *Op. Cit.*, pág.16.

49 88. CELSUS libro octavo decimo digestorum. Propemodum tantum quisque pecuniae relinquit, quantum ex bonis eius refici potest; sic dicimus, centies aureorum habere, qui tantum in praediis ceterisque similibus rebus habeat. Non ídem est in fundo alieno legato, quamquam is hereditaria

Así, Espíndola presupone que realizar una valoración económica de verbigracia; un derecho, es equivalente a decir que sea factible representar el mismo como una suma de dinero. No adherimos a esta postura ya que ello nunca fue expresado de tal forma por los romanos respecto del concepto de pecunia, siendo dicho razonamiento una construcción a partir de la valoración del ‘patrimonio’ expresado en procedimientos en la época clásica por el autor en comento y de la inclusión del concepto de pecunia en éste.

La valoración de tal cosa o bien pudo efectuarse en su valor equivalente en especies metálicas por el valor de la materialidad de las mismas así también como respecto de la esencia de la cosa misma que es representativa del dinero. La avaluación en dinero de una cosa no era requisito para que esta fuera parte del patrimonio de alguien. Esto era entendido por Heineccio quien comentando a Vinnio escribía; «... En general bajo la palabra pecunia se comprenden todas aquellas cosas que están en el patrimonio, I 5. I. pecuniae 222. De verb. sign. Y por esta razón dice aquí pecunia numerata; designando de ese modo tan solo las monedas; esto es, la plata, el oro ó cobre acuñado, ó sea marcado con el sello público, cuyo uso y dominio no se considera por su esencia, sino por su cantidad ó valor impositicio, I. 1. de cont. empt. ...»⁵⁰.

Otra de las fuentes que pudo influenciar el pensamiento de Bello respecto de los conceptos de cosa y bien fue la obra de Joaquín Escriche, ‘Diccionario razonado de la legislación civil, penal, comercial y forense’, donde se exponen definiciones para ambos conceptos.

pecunia parari potest; neque quisquam eum, qui pecuniam numeratam habet, habere dicit, quidquid ex ea parari potest.

88. CELSO; en el libro décimo octavo de los digestos, De semejante manera a cuando alguien <al morir> tanto dinero cuanto puede obtenerse por la <liquidación> de sus bienes, así decimos, que tiene cien mil áureos quien sólo <los tiene> en predios y en otras cosas similares. No es lo mismo <que se tenga> en un fundo ajeno legado, aunque éste pueda ser adquirido con dinero heredado y nadie dice que el que tiene dinero “contante y sonante” tiene lo que puede adquirir con éste. En Digesto, lib. 50^o, tít. XVI. En IRIGOYEN TRONCONIS, Martha, *Op. Cit.*, pág.17.

50 HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnodo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano, Op. Cit.*, pág. 337.

El primero de ellos es definido como: «... todo aquello que no siendo persona ni acción*⁵¹ puede ser de utilidad al hombre ...»⁵², afirmando que aquellas cosas que están en nuestro patrimonio «... son las que pueden adquirirse por los particulares por cualquiera de los modos autorizados por las leyes ...»⁵³. Encontrándose por tanto fuera de nuestro patrimonio aquellas que fueren ‘comunes, públicas, concejiles, universitarias, las de ninguno y las de derecho divino’.

Entendiendo a su vez por ‘bien’: ‘La utilidad, provecho ó beneficio, como bien de la república, bien de la patria;- y antiguamente el caudal ó hacienda’ y bienes en dos sentidos; en el primero como, ‘todas aquellas cosas que no siendo personas pueden ser de utilidad al hombre, más especialmente a las cosas que componen nuestra hacienda, caudal o riqueza’, en el segundo sentido recurriendo al verbo latino beare para esgrimir que solo pueden considerarse propiamente bienes las cosas que están en el comercio.⁵⁴

Sobre el último sentido cabe tener presente que la noción de comercio no se explicita, y su referencia en la misma obra no equivale a decir que trata de aquellas cosas que pueden ser objeto de relaciones jurídico privadas sobre las cuales puede recaer un derecho real o personal.

En ambos casos se incluyen para la definición de bienes dos características; primero, se circunscriben en la definición de bienes a las acciones en derecho cualesquiera fuere su especie (lo que remite al pensamiento de Ulpiano). Y segundo, el hecho de que ésta posee un carácter positivo (reiterando el pensamiento de Javoleno y Paulo; ‘Bona intelluguntur quae aere alieno, supersunt’).

51 *El autor utiliza la palabra acción, en su significado ordinario y no relativo al accionar en derecho.

52 ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de la legislación civil, penal, comercial y forense*, Librería de Calleja é hijos, Madrid, España, 1842, pág. 151.

53 *Loc. Cit.*

54 *Vid. Ibid.*, pág.65.

A propósito de la noción de bien es necesario efectuar dos precisiones, primero, en lo que atañe a la inclusión de todo tipo de acción en el concepto de bienes no es posible determinar si ello implica que se hable de estos como una universalidad. Y segundo, que no obstante referir al célebre comentario ‘Bona intelliguntur...’ el carácter positivo no hace referencia a la cualidad del bien en sí (como pecuniaria) sino a una forma de referirse de forma general al conjunto de estos.

Tanto las cosas como los bienes, en cuanto son susceptibles de ser corporales e incorporeales, se distinguen en términos filosóficos propios del estoicismo, haciendo referencia en especial al carácter de incorporeal como «... aquellos que no existen sino intelectualmente ó no pueden tocarse, como las servidumbres, herencias, y en general los derechos»⁵⁵.

Además de la obra de Escriche, gran parte de la doctrina ha creído ver una influencia de la obra de Delvincourt en la inserción de los conceptos de cosa y bien en el Código Civil, en especial sobre la clasificación de cosas corporales e incorporeales, ello a razón de las anotaciones hechas al margen por Bello en los proyectos de código civil.

En esta investigación se refuta la idea sostenida por algunos como Claro Solar, al aseverar que Bello adoptó casi exactamente las definiciones de los bienes corporales e incorporeales efectuadas por el exegeta Delvincourt⁵⁶, ello en atención a los siguientes argumentos: Primero, si bien nuestro legislador en el Proyecto de Código Civil del año 1853 anotaba a propósito del art. 668º una mención a la obra del exegeta, esta no refería a la definición misma del concepto de cosa y de bien, sino más bien a su ordenación dentro del código, así, se observa que el tít. I ‘De

55 ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de la legislación civil, penal, comercial y forense*, Op. Cit., pág.67.

56 CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* [en línea]. Vol. III, De los Bienes, lib. II, Editorial Jurídica de Chile, s/a 23º nota al margen, pág. 13. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=KWJYY2bNsLgC>

las varias clases de bienes' principia distinguiendo entre cosas y bienes para luego hacer lo propio entre cosas corporales e incorporeales, lo que es sino una reiteración de la section première y la section II, del titre premier 'De la Distinction des Biens' que efectúa el autor en comento en su obra *Cours de Code Civil*⁵⁷. Dicha ordenación no es fuente de la definición de los conceptos de cosa ni bien por cuanto Delvincourt no los definió en esta, sino que remitió a la obra de Pothier 'Traité de la Communauté' para su estudio⁵⁸, donde este hace lo propio sin definirlos⁵⁹ pero asignando un carácter económico a los conceptos, lo que se observa en el cap. II cuando se explicita que trata «De choses dont test composée, tant actif qu' en passif, la communauté legale»⁶⁰, mención que no fue recogida por nuestro legislador para la redacción del código, ni tampoco en su ordenación, diversa a la de Delvincourt donde se trataba la distinción entre bienes corporales e incorporeales a propósito de los bienes muebles. Segundo, pensar que el carácter económico del concepto de bien deriva de la influencia del pensamiento de Pothier al de Delvincourt, y luego al de Bello, no es solo un error a razón de que para la época en que escribió el segundo su obra los conceptos de cosa y de bien generalmente aceptados por la doctrina no hacían necesaria dicha relación⁶¹, sino porque Bello fue llamado a redactar un código para la

57 DELVINCOURT M. *Cours de Code Civil* [en línea]. Tome Premier, Livre II, Paris, 1819. pág. 137-138. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=Yo_RLCFbpYQC

58 *Ibid.*, notas explicativas de la pág. 134, 1^{er} num., pág. 486.

59 Pothier no elabora sobre la distinción conceptual entre bien y cosa, pero al referirse a las cosas muebles corporales, establece que son cosas <quae tangi possunt> y al referir a las incorporeales, <qua' in jure consistunt>. Vid. infra n.60 (Pothier pág. 60 y 75)

60 POTHIER R. Joseph, *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit francais*. [Traité de la puissance du mari. Traité de la communauté. Traité des donations entre mari et femme. Appendice au traité des donations]. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par le soins de M. Dupin,... augmentée d'une dissertation sur la vie et les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte par la même... [en línea]. Tome VI, Bêchet aîné, Paris, 1824-1825, pág. 59. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb311401494>

61 Como así lo señalaba Victor Proudhon, aludiendo por una parte remite a la jurisprudencia romana: «On entend en général parla dénomination et sous le nom de biens, toutes les choses qui contribuent au bien-être de l'homme: Naturaliter bona ex eo dicuntur, quòd beant, he est beatos faciunt; eare est prodesse (1) et de lá il resulté qu'a proprement parler, la dénomination de biens n'est point applicable aux choses qu Nous sont plutôt nuisibles qu'utiles: Propriè bona dici non possunt, quae plus incommodi quàm

primera nación de América y segunda a nivel mundial en abolir la esclavitud por derecho constitucional, de donde se sigue que no pudo tomar prestado el fondo o contenido del concepto de cosa sobre el que se construye el concepto de bien de un autor como Pothier quien fuere otrora un defensor de la esclavitud.

Así dado el análisis de las fuentes vistas, y teniendo presente que tales conceptos no fueron tratados por otro cuerpo legal en la época, y que en esta investigación al intentar dar sentido a la noción de patrimonio cultural se deben considerar los términos de cosa y bien en la forma expresadas en el Código Civil, se tendrá que entre cosa y bien existe una relación de género a especie respectivamente, que su catalogación entre corporales e incorporales se efectúa en mérito a si estos pueden o no ser percibidos por cualquiera de los sentidos⁶². Y que la definición de bien no envuelve necesariamente la existencia de una utilidad económica intrínseca a estos, hecho que como se verá tiene especial importancia para determinados bienes patrimoniales.

commodi habent (2)». (En las notas al margen 1 y 2 remite al L.49, D. al L.83, del lib 50, tit. 16 respectivamente). Y por otra a la doctrina: «C'est ce qui fait dire à Toullier, n°2: «Les choses et les biens ne sont point, en jurisprudence, des expressions synonymes. La première est plus étendue et plus Générale, elle comprend toutes les choses qui existent, et qui peuvent être à l'homme de quelque utilité, quoiqu'il ne les possède pas, quoiqu'elles ne fassent point enore partie de son patrimoine. Ainsi l'on met au rang des choses et non des biens, l'air, la mer, les terres désertes, les animaux sauvages, parce qu'ils ne sont possédés par personne. La denomination de biens ne comprend que les choses qu'on possède les choses qui Font partie de notre patrmoine, comme une maison, un champ, un cheval, etc. Car ce n'est que par la possession qu'on en a prise, que les choses prennent la qualité de biens. En un mot les choses sont tout ce que l'on peut posséder, les biens tout ce que l'on possède.» Op. conf. de DURANTON, n° 3et 4. Pour copléter l'observation de Toullier, il faut dire en outre, avec ROLLAND DE VILLARGUES, que le mot chose se dit de tout ce dont l' homme peut retirer quelque utilité ou avantage quoiqu'il ne le possède pas, même ne le puisse posséder, (V°Chse.)» En PROUDHON, *Traite du Domaine De Propriété ou De La Distinction Des Biens Considérés Principalement Par Rapport Au Domaine Privé* [en línea]. Meline, Cans, Bruxelles, Belgica, 1842, pág. 1. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=UUpgk03M4XkC>

62 Considerando que Bello no adscribió a la corriente filosófica estoica, como reconoce al afirmar: «Así, los antiguos; nosotros que no somos adscriptos al Pórtico, cual si fuese la gleba, entendemos por Derecho Natural ...» En BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Derecho Romano*, Ministerio de Educación, vol. XVII, Fundación la Casa de Bello, II ed., Caracas, Venezuela, 1981, pág. 298.

2) El patrimonio como universalidad

El concepto de universalidad se encuentra presente en las diversas fuentes que inspiraron la creación de nuestro Código Civil, siendo empleado tanto para referirse a determinadas agrupaciones de cosas, bienes, derechos y obligaciones, como para definir y caracterizar el concepto de patrimonio, razón por la que merece nuestra atención su examen.

De forma generalizada, el concepto de patrimonio ha sido definido como una universalidad jurídica, la que en su sentido y alcance ha mutado a través del tiempo presentando diversos matices entre los autores que se han vertido a su estudio, motivo por el que resulta de conveniencia desarrollar su examen a propósito de las dos teorías que explican el concepto de patrimonio generalmente empleadas por la doctrina mayoritaria, a saber: la teoría del patrimonio subjetiva o clásica y la teoría del patrimonio objetiva o finalista, sin perjuicio de que ambas generalizan en un planteamiento común los de diversos autores (no absolutamente concordantes entre sí) y tuvieron un desarrollo posterior a la redacción de nuestro Código Civil.

2.1) El concepto de universalidad jurídica para la teoría clásica o subjetiva del patrimonio

Para los autores reunidos dentro de la teoría subjetiva o clásica del patrimonio, el concepto de universalidad jurídica posee como origen mediato la distinción entre universalidad de hecho y jurídica efectuada por los glosadores en la edad media, bien es sabido que ambos conceptos nacen entre los glosadores por la introducción de una ‘suma divisio’ entre las ‘universitates rerum’, que distingue entre ‘universitas facti y universitas iuris’, o también, ‘universitas corporea e incorporea’, así como que tradicionalmente se ha atribuido dicha distinción al comentarista

Bártolo quien estableciere que «se entendería por *universitas facti, numeri o corporis* un agregado de cosas corporales muebles, como el rebaño o la biblioteca y por *universitas iuris o iurium*, un conjunto de derechos, o de cosas y derechos, como la herencia, la dote, el peculio o el patrimonio completo de una persona –donde–⁶³ *universitas facti* es equiparada a una *res o iudicium singulare*, mientras que la *universitas iuris* lo es a una *res o iudicium universale*, por cuanto la *univ. facti* puede ser objeto de *rei vindicatio* (acción real singular), mientras que la *univ. iuris* sólo puede reclamarse como tal de un poseedor no legitimado por medio de una acción universal (particularmente la *hereditatis petitio*, en el caso de la herencia)»⁶⁴. A razón de lo expuesto, es la aplicación de dos máximas atribuidas al mismo Bártolo sobre el carácter de las universalidades jurídicas, la primera: ‘*In universalibus (iudiciis) pretium succedit loco rei: secus in particularibus*’ y la segunda: ‘*Subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatum est*’, que se distingue entre uno y otro tipo de universalidad, como explica Claro Solar: ‘*In Iudiciis universalibus, pretium succedi loco rei, et res loco pretii...*’ por el efecto de la subrogación, el objeto subrogado no viene solamente a tomar de hecho en la universalidad que entra, el lugar que en ella ocupaba aquél a que es substituido, reviste también, como elemento de esta universalidad la naturaleza jurídica de este último: ‘*subrogatum sapit naturam subrogati...*’ por lo que «... en las universalidades de derecho, como el patrimonio, cuando un objeto es vendido, el precio toma el lugar del objeto, y recíprocamente, cuando un objeto es comprado, se substituye

63 *Locución incluida en el texto citado para su cabal comprensión.

64 Gl. Singulas ad D. 6,1,56: «*Quia peculium continet actiones et obligationes cum corporibus... grex autem sola corpora*». BARTOLUS, ad D. 25,1,5 pr: «*Quaedam sunt nomina iuris rerum tantum, ut grex. Quaedam sint nomina universitatis iurium et rerum, ut hereditas, peculium, dos, patrimonium et similia*»; vid. Tambipen su comentario a D. 15,1 ante l. [...] ad D. 30,22 «*ad universitatem dari rei vindicatione; quod verum esse intelligas, in universitate continente corpora tantum, ut est grex; secus in universitate continente non solum corpora, sed iura, ut est peculium*». Baldus, ad D. 23,3,16: «*Universitas iuris sunt quatuor; hereditas, bonorum possessio, peculium et patrimonium*» SANTOS, Francisco Javier A., *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de subrogación real*, Universidad de Valladolid, Anuario de Derecho Civil, N.º 2, Valladolid, España, 1998, págs. 690-691.

al precio que ha servido para su adquisición: en otros términos, se opera de derecho una subrogación real entre los bienes que salen del patrimonio y los que son adquiridos en reemplazo de ellos»⁶⁵.

Como antecedentes próximos a la postura luego sostenida por la teoría clásica es posible citar los trabajos de Pothier, Merlin de Douai y Karl Salomo Zachariae von Lingenthal. El primero de ellos enunciando un criterio de distinción entre un tipo universalidad y otro: «Il ne faut pas confondre avec l'universalité de biens ce qui n'est qu'universalité de choses, tel qu'est un troupeau de moutons, un haras de chevaux: ces espèces d'universalité ne sont considérées que comme choses particulières, et peuvent être l'objet de l'action de revendication: Posse etiam gregem vindicari Pomponius, libro lectiunum 25º scribit: ídem de armentis est de equitio; L. 1, § 3, ff. de rei vind.»⁶⁶. El segundo replicando las ideas de universalidad de cosas y de bienes en su Repertorio de Jurisprudencia. Y el tercero siendo objeto de estudio y traducción⁶⁷ especialmente en su obra 'Handbuch des Französischen Civilrechts' para Aubry y Rau, en la que el patrimonio es expuesto como una universalidad jurídica.

65 CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Op. Cit.*, págs. 290-291.

66 POTHIER R. Joseph. *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit francis. Traité des personnes et des choses, de la propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, du contrat de nantissement, des cens, des champarts.* [en línea]. Tome VIII, Imprimerie de J. Tatsu, IX ed., M. Dupin. Benchet ainé, Paris, Francia, 1825, pág. 238. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb311401494>

67 De la traducción al francés de la obra de Karl Salomo, Aubry y Rau estiman que: «Le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses biens, c'est-à-dire, des objets extérieurs sur lesquels elle a des droits à exercer, en tant qu'on les considère comme des biens.» En ZACHARIAE C.S. *Cours de droit civil francais, (traduit de l'allemand, de M.C.S.Zachariae... revu et augmenté, avec l'agrément de l'auteur par MM. C. Aubry et C. Rau...)* [en línea]. II ed. Tome IV, Estrasburgo, Francia, 1844, pág. 99. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=V11DAAAACAAJ>

Lo expresado sin perjuicio de que Karl Salomo no llega a emplear el concepto de universalidad, y prefiere definir al patrimonio en los siguientes términos (de donde Aubry y Rau extraen dicha noción): «Das Vermögen einer Person ist die Gesamtheit der äußeren Gegenstände, die einer Person gehören ...», En ZACHARIAE Karl Salomo. *Handbuch des Französischen Civilrechts* [en línea]. Vol. IV, Heidelberg, Alemania, 1812, pág. 3, Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=NdIEAAAACAAJ>

En el sentido de lo expuesto, es que Aubry y Rau llegan a definir al patrimonio como ‘una universalidad de derecho’⁶⁸, donde todos los bienes pueden reconducirse a la idea común de valor pecuniario, por lo que revisten el carácter de cosas intercambiables entre sí, siendo de esta forma que existe una fungibilidad de sus elementos integrantes que da fundamento a la idea de subrogación real’⁶⁹. En la misma línea de pensamiento que Aubry y Rau, los neoclásicos Capitant y Colin expresaban que en tanto universalidad jurídica⁷⁰ «Le patrimoine comprend donc tous les droits ayant une valeur pécuniaire qui appartiennent à un homme et toutes les obligations, représentant une valeur pécuniaire, dont il est tenu à l’égard d’autrui. Les droits sont l’actif, les dettes le passif du patrimoine»⁷¹.

68 Siendo dicha universalidad jurídica, la razón por la que puede ocurrir el fenómeno de la subrogación real, la que se tiene por característica de esta a diferencia de la universalidad de hecho; «La subrogation suppose, en fait, que l’origine et l’identité de l’objet réclamé comme formant à ce titre un élément de telle ou telle universalité juridique, se trouvent dûment constatées. D’un autre côté, la subrogation n’étant qu’une fiction fondée sur la fongibilité des éléments composant une même universalité de droit, elle ne peut s’opérer qu’entre deux objets dont l’un, ayant remplacé l’autre comme élément d’une pareille universalité, est réclamé en vertu d’un iudicium universale. Si au contraire, il était question de l’exercice d’une action portant, non point sur une universalité de droit, ou sur les éléments qui la composent, mais sur une ou plusieurs choses particulières, prises en elles-mêmes, la fiction précédemment indiquée manquerait de base, et la subrogation n’aurait plus lieu de plein droit. In iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii.» En AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français: d’après la méthode de Zachariae*. [en línea]. Tome IX, Bibliothèque nationale de France, Département Droit, économie, politique, V ed., imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Marchal et godde, Successeurs, 27, Place Duphine, Paris, Francia, 1917, pág. 343. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb30416330g>

69 SANTOS Francisco Javier A. *Op Cit.*, pág.708.

70 Colin y Capitant replican las ideas antes expuestas de Aubry y Rau; «Le patrimoine représente une universalité juridique indépendante des éléments qui le composent. Lorsqu’on l’envisage ainsi, les modifications qui se produisent dans le nome de ces éléments, les fluctuations qui augmentent ou réduisent le passif ou l’actif, n’altèrent pas le caractère de cette universalité et ne n’empêchent pas de subsister comme entité distincte. Les droits qui composent le patrimoine peuvent s’éteindre et être remplacés par d’autres; les dettes peuvent également disparaître et faire place à de nouvelles dettes; il peut même arriver que la Somme des obligations dépasse la valeur du montant des biens, que le passif soit supérieur à l’actif; toutes ces transformations ne modifient pas l’unité et l’existence du patrimoine. Bien plus, le patrimoine subsiste même quand il n’y a ni droits ni obligations; l’enfant qui vient de naître a un patrimoine; toute personne a nécessairement un patrimoine.» COLIN A. CAPITANT H. *Cours élémentaire de droit civil français*, [en línea]. Tome Premier, Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie, politique, VI ed., Librairie Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, Francia, 1930, pág. 106-107. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb319054440>

71 COLIN A. CAPITANT H. *Op Cit.*, pág. 106.

Así se tiene que para los clásicos y los neoclásicos⁷², por un lado, la universalidad jurídica es un continente ‘cosa’ diferente de su contenido, enmarcada en una relación de activo y pasivo, y sobre la cual opera una subrogación real sobre sus componentes. Mientras que la universalidad de hecho es considerada únicamente respecto de los bienes considerados individualmente sin posibilidad de formar un pasivo, ni siéndole aplicable la subrogación real de pleno derecho.

2.2) El concepto de universalidad jurídica para la teoría objetiva o finalista del patrimonio

Los autores agrupados dentro de la teoría objetiva o finalista del patrimonio, convergen en descartar la idea de considerar a la universalidad como un ente diferente de los bienes que la componen, un ejemplo de ello se haya en los planteamientos de Coviello (para algunos adherente a la teoría realista del patrimonio), quien expone que la ‘universitas iuris’ ‘no puede formar una categoría general las cosas. Salvo en la herencia no existe otra universitas iuris’⁷³. En el mismo sentido se expresa Luis Bustamante, que replicando las ideas de Coviello, refiere a las universalidades de hecho como «un conjunto de elementos, de naturaleza idéntica o diferente, “puramente activos”, y que conservan, no obstante la unidad ideal, su propia individualidad –y a las universalidades de derecho como– “un acervo activo”, de diferente composición, “gravado por un pasivo correlativo”, tal como lo señala la máxima “aes alienum et onus universo patrimonio, non singularum rerum»⁷⁴.

72 Cabe tener presente que para éstos, la noción de patrimonio en cuanto universalidad jurídica, se une necesariamente a la persona en cuanto sujeto de derecho.

73 COVIELLO Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, UTEHA, México, 1938 pág. 293.

74 BUSTAMANTE Luis, *El patrimonio: dogmática jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1979, pág.74.

Demogue considera que el concepto universalidad es una forma cómoda para referirse a agrupaciones de objetos que poseen rasgos comunes, negando la idea de que mediante esta se explique el fenómeno de la subrogación real, llegando a afirmar que sobre las universalidades de hecho como el rebaño, la biblioteca, opera la subrogación de hecho (que no es propiamente la subrogación real) ya que cada parte que compone dicha universalidad, «... cada libro cada, cabeza de ganado, son reunidas entre sí por un lazo intelectual, que es la valorización del todo por cada uno [...] en estas universalidades si una cabeza de ganado es enajenada o una parte del rebaño perece, si ciertos libros son vendidos o destruidos, la universalidad disminuye otro tanto»⁷⁵ y a la inversa.

Bonniecse, por su parte opina que el efecto de la subrogación real no debe explicarse por medio de la antes dicha forma de agrupar bienes, por cuanto puede explicarse remotamente por interés de la organización jurídica.

Así, se pueden sintetizar los argumentos de esta teoría⁷⁶ en que tanto las universalidades de hecho como de derecho, son formas de denominar agrupaciones de cosas que no se diferencian de los bienes que las componen en tanto no son ‘cosas’, estas poseen un valor representativo económico, pudiendo únicamente las universalidades de derecho contar con un pasivo y donde la fungibilidad de sus componentes no depende necesariamente de esta forma de agrupar las cosas.

75 CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Op Cit.*, pág. 299.

76 Para quienes adhieren a esta teoría, no existe una relación necesaria entre la persona (en tanto sujeto de derecho) y la universalidad como elemento del patrimonio, lo que se debe en gran medida a que en su evolución se incorporaron ideas como las de Rudolph von Jhering que sostendrían los argumentos a favor de considerar algunos objetivos jurídicamente deseados (fines) como verdaderos sujetos de derecho, al existir legítimos intereses jurídicos operables sobre estos.

2.3) Consideraciones a propósito del concepto de universalidad para la teoría clásica o subjetiva del patrimonio

A propósito del planteamiento de la teoría clásica, se refuta aquí la idea de explicar la fungibilidad de los componentes de la universalidad jurídica por medio de la atribución de un valor pecuniario de reemplazo a los mismos. En lo que atañe a la gestación y aplicación de las máximas ‘in universalibus pretium succedit loco rei: secus in particularibus’, y ‘Subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatum est.’, estas por sí solas no explican la necesidad de que una universalidad jurídica este compuesta por un contenido con un valor pecuniario de reemplazo para que opere la subrogación real en esta. Sobre lo afirmado, la máxima ‘in universalibus pretium loco rei: secus in particularibus’, en su primera parte fue interpretada y discutida de forma diversa entre glosadores y postglosadores, así se observa en los comentarios a la Glosa de Bártolo; quien «... reproduce casi literalmente la expresión de Paul. D. 5,3,22, referido a la regulación de la hereditatis petitio: ...quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum. Así, la glosa quia potest ad h.l. dice: «...Et not. hic, quod pretium succedit loco rei: quod est speciale in petitione hereditatis... Regulariter autem contra:... Item si stipulatus sum hominem a te et eum vendideris, non venit pretium in stipulatione...». Por tanto, la aplicación de la máxima está aquí expresamente limitada al caso de la hereditatis petition, sin mención alguna de la distinción univ. iuris-univ. facti.»⁷⁷ Al igual que «en la gl. dicemus ad D. 4,2,18: «...ut hic subiicit: cum pretium loco rei succedat, sicut in petitione hereditatis...»⁷⁸. Donde ‘iudiciis universalibus’ aparece como sinónimo de acción hereditaria y no de ‘unviersitas iuris’. Con todo, ésta fue aplicada a

⁷⁷ SANTOS Franciso Javier A. *Op. Cit.*, pág. 693.

⁷⁸ *Loc. Cit.*, 45º nota al margen.

situaciones jurídicas diversas (fuera de la acción de petición de herencia) con posterioridad, no obstante, la adhesión de ‘et res in locum pretii’ al final de la máxima universalibus (iudiciis) pretium succedit in locum preti, no fue conocida por los romanos, y si bien fue una adaptación aceptada como un parecer común en derecho hasta finales del siglo XIX, de ello no se sigue que existiere un tratamiento único de la misma para los autores que antecedieron sus postulados como pretendían Aubry y Rau al exponer «Cette règle était généralement admise par nos anciens auteurs qui se fondaient ...»⁷⁹ lo que si bien podría ser aplicable a la primera parte de la máxima no lo sería para la segunda.

La segunda máxima nunca fue utilizada de forma absoluta y al igual que la primera fue utilizada atendiendo al elemento procesal más que al de fondo⁸⁰.

Así, no es posible afirmar que las máximas atiendan directamente a la naturaleza del contenido de las universalidades, sino que atienden más bien a los efectos jurídicos que puedan nacer sobre determinados componentes de estas. Y aun si se pensare que estas condicionan al menos a una cualidad extrínseca de los elementos que la componen, de ello no se deduce necesariamente que para el caso de la universalidad jurídica todos sus componentes sean subrogables realmente, y aún menos atendiendo a que esta es ‘cosa diferente de su contenido’ exista en derecho.

79 AUBRY et RAU, *Op. Cit.*, pág. 341, 4º nota al margen.

80 «Bártolo nunca utilizó una formulación tan absoluta; el origen de la máxima se pone en relación con su comentario a D. 2, 11, 10, 2, que dice, refiriéndose propiamente a la actio ex stipulatu: «actio, quae in alicuius locum subrogatur, sapit naturam aius, in cuius locum subrogatur» Aquí de nuevo prima el argumento procesal. Bártolo se refiere únicamente a la naturaleza y efectos de la acción que se plantea en sustitución de una anterior; la acción que se subroga en el lugar de otra asume su naturaleza primordial, no la accidental; [remite a un comentario de Gothofredus] pero no habla en absoluto de aspectos sustantivos relacionados con el intercambio de elementos patrimoniales. Tampoco hay referencia alguna a las universitates.» SANTOS Franciso Javier A., *Op. Cit.*, pág. 695.

Se refuta por tanto igualmente la idea defendida por Aubry y Rau de negar la aplicación de la subrogación real a las universalidades de hecho⁸¹ no solo porque la aplicación de las máximas antes dichas no son capaces por si mismas de explicar dicha distinción, sino también porque la idea de que la subrogación real no pueda ser extendida a aquellas donde la universalidad representa una forma de referirse al contenido sin ser una entidad superior existiendo un valor o interés jurídico carece de fundamento, postura que acogió nuestro legislador a propósito de algunas universalidades de hecho⁸².

2.4) Consideraciones a propósito del concepto de universalidad para la teoría objetiva o finalista del patrimonio

Los autores asociados a esta teoría, mantienen la caracterización de las universalidades de hecho y jurídicas como agrupaciones de cosas susceptibles de apreciación pecuniaria en tanto las primeras forman un activo y las segundas además de éste pueden formar un pasivo.

A pesar de que, como se señaló con anterioridad las ideas de Jhering fueron recogidas con el pasar del tiempo para dar cabida a la teoría objetiva, estos seguían considerando como los clásicos una noción económica de los conceptos cosa y bien, llegando inclusive a desconocer la utilidad de su distinción como lo hizo a su tiempo Coviello cuando sostenía que: «Por eso cosa

81 «De pareilles universalités ne se composant que d'objets semblables par leur nature constitutive, il est impossible d'y appliquer la règle. Et si, de fait, par suite d'un échange, tel livre, par exemple, vient prendre place dans une bibliothèque tandis que tel autre en sort, ce n'est pas à dire pour cela que le premier soit subrogé au second, puisqu'il entre bien moins dans la bibliothèque comme remplaceant de celui-ci, que comme faisant, par sa nature même, et par la destination que lui donne le propriétaire, partie intégrante de cette universalité de fait.» AUBRY et RAU, *Op. Cit.*, pág. 343, 9º nota al margen.

82 Como se observa en el artículo 788º del CC que reza de forma contraria a propósito de la universalidad de hecho 'rebaño' o 'ganado'.

en el sentido jurídico, es todo lo que puede ser objeto de derechos patrimoniales; todo lo que es permutable, porque presenta una utilidad estimable en dinero por vía directa o indirecta»⁸³.

Es verdaderamente esta noción económica de cosas y bienes lo que explica por qué no obstante no ser necesario un valor de reemplazo pecuniario atribuible a la subrogación real de los componentes de la universalidad jurídica que para algunos se explica por la afectación del contenido a un fin o interés protegido, como lo son evitar el enriquecimiento sin causa y la preservación de los bienes sobre los que surte efecto el derecho de prenda general del acreedor, se siguen refiriendo a la universalidad como continente cuyo contenido es susceptible de apreciación pecuniaria.

2.5) Universalidades de hecho y de derecho

Sobre lo que debe entenderse por universalidades de hecho y de derecho para esta investigación se acogen en parcialmente los planteamientos de Gonzalo Figueroa Yáñez.

Para las primeras, se afirma que estas consistirían en una pluralidad de cosas homogéneas u heterogéneas, correspondientes a bienes formados por una pluralidad de objetos no cohesionados físicamente entre sí pero unidos por una destinación común que no tiene lugar en torno a una cosa principal⁸⁴, en cuanto a su origen, si este se haya o no únicamente en la voluntad humana, se propone aquí que es erróneo sostener que no obstante existir universalidades de hecho regladas por la ley como lo son; el ganado, los bosques y arbolados y el establecimiento comercial, el valor jurídico de estas no va más allá del ámbito de la voluntad que les dio origen, arguyendo verbigracia, que si bien la ley suple la voluntad de las partes al regularlas, nada impide a las

83 COVIELLO Nicolás, *Op. Cit.*, pág. 269.

84 *Vid.*, FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, III ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2015, págs. 57-58.

partes celebrar actos jurídicos sobre las partes que componen la universalidad jurídica separadamente; como en el caso de los bosques y arbolados, celebrar un acto jurídico respecto de determinado árbol. Ello en atención a que existen otro tipo de universalidades como los campos arqueológicos y paleontológicos, sobre los cuales no es posible prescindir de la universalidad establecida por la ley.

Respecto a si existe una destinación económica sobre los bienes que conforman la universalidad de hecho, se ha de contestar de forma negativa como se verá más adelante.

Para las segundas, se observa el carácter necesario heterogéneo de las partes que las componen, su origen legal, así como la existencia de un fenómeno de subrogación entre los bienes que ingresan y los que salen de esta. No obstante, al igual que para las universalidades de hecho se ha de negar que todos sus componentes tengan necesariamente una expresión valorable pecuniariamente, sin perjuicio que sea posible la conformación de un activo y pasivo en la universalidad jurídica sobre algunos de sus componentes.

3) Sobre el contenido del concepto de patrimonio: bienes, derechos y obligaciones

El inciso segundo del art. 951^o del CC expone que: «... se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles ...», disposición que ha sido ampliamente utilizada para referirse al patrimonio y su contenido, así lo han sostenido autores como Figueroa Yañez, Máximo Pacheco⁸⁵, Claro Solar⁸⁶, entre otros. Llegando este último a sostener a propósito de la

85 Máximo Pacheco si bien en su obra distingue entre los conceptos de cosa y bien, expone que: «El Derecho sólo considera a las cosas como objetos jurídicos cuando producen una utilidad al hombre y son susceptibles de apropiación. Las cosas que reúnen los dos requisitos indicados, se denominan bienes, y son las únicas que verdaderamente pueden llamarse objetos del Derecho.» PACHECO G. Máximo, *Teoría del derecho*, IV ed., Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 198.

86 Con la expresión «todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles», la ley designa el patrimonio de la persona difunta. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, [en línea]. Vol. VIII, Editorial Jurídica de Chile, 1978, pág. 11. Disponible en:

norma antes dicha que « 7.- En el lenguaje jurídico, bienes, cosas, derechos, significan lo mismo, porque las cosas son bienes o derechos; según sean corporales o incorporeales, los bienes consisten precisamente en cosas corporales o incorporeales, y los derechos se refieren también a esas dos clases de cosas ...»⁸⁷. Lo expuesto evidencia que para Claro Solar no solo hay una relación simplificadora entre los conceptos de cosa y de bien, sino que la redacción del inciso segundo del art. 951.º del CC resulta inútil en cuanto reitera bienes por bienes y derechos.

En esta investigación se ha de diferir con dicha postura, ello a razón de lo expresado en el análisis de ambos conceptos, así como en atención a que el propio Código Civil a propósito de la sucesión a título universal ilustra que nunca estuvo en el pensamiento del legislador tenerlos por tales. Así, si se reconoce que «... la lectura de Tropolong, Duvergier, Dlenagle, Durantón i otros varios comentadores que don Andrés Bello no había logrado procurarse antes, modificó algunas de sus ideas i le abrió nuevos horizontes ...»⁸⁸, entre los diversos proyectos de código civil, se observará que la redacción actual del art. 951.º corresponde a la del Proyecto Inédito del Código Civil en su art. 1111.º, inciso 2.ª, la cual difiere de la redacción del Proyecto de Código Civil del año 1853, abandonándose la redacción: «... son asignaciones a título universal las de todos los bienes, o las de una cuota de ellos ...»⁸⁹ por «... se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos i obligaciones ...»⁹⁰. Ocurriendo algo diferente con los diversos artículos que hacen mención a la expresión ‘bienes’ en la materia, como se acusa en; el art. 1113.º, inciso 1.º del Proyecto Inédito (actual art. 955.º, inciso 1.º): «La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su

<https://books.google.cl/books?id=Vk8RaTY5jvwC>

87 CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, [en línea]. *Op. Cit.*, pág. 12.

88 BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto Inédito del Código Civil*, vol. XIII, Pedro G. R. Santiago, Chile, 1890, pág. XLI

89 Art. 1112.º, en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto de Código Civil del año 1853*, vol. XII, Pedro G. R. Santiago Chile, 1888, pág. 255.

90 Art. 1111.º, inciso 2.ª en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto Inédito del Código Civil, Op. Cit.*, pág. 245.

muerte en su último domicilio ...»⁹¹; en el art. 1113.º, inciso 2.ª del Proyecto de Código Civil del año 1853, correspondiente al art. 1111.º, letra ‘a’ del Proyecto Inédito (actual art. 952.º, inciso 2.ª): «... la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada ...»⁹²; el art. 1111.º del Proyecto de Código Civil del año 1853, correspondiente al art. 1112.º del Proyecto Inédito de Código Civil (actual art. 953.º): «... Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley, o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes ...»⁹³ En los cuales se mantuvo la redacción, lo que nos revela que se hizo una distinción especial en el art. 951.º que no fue replicada en los artículos le que siguen.

El origen de la distinción no se haya cercana a la época de promulgación del mismo, sino que corresponde a una idea que Bello plasmó en uno de sus primeros trabajos, ‘De la sucesión por causa de muerte del 21 de mayo del año 1841, donde en su art. 2.ª, inciso 1.º expuso: «Herencia es la colección de todos los bienes, derechos i obligaciones de una persona difunta, o una cuota determinada de dichos bienes, derechos i obligaciones, como la mitad tercio o quinto ...»⁹⁴ Explicando en una de las notas al margen relativas al inciso siguiente el porqué de dicha mención: «... pues lo que constituye al heredero universal i lo que le hace un verdadero representante del difunto, es el derecho a todos sus bienes i acciones, i la responsabilidad de sus deudas ...»⁹⁵ dejando entrever que se optó por esta redacción distinguiendo posteriormente entre

91 Art. 1113.º, inciso 1.º, BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto Inédito del Código Civil, Op. Cit.*, pág. 246.

92 Cfr. Art. 1113.º, inciso 2.ª, en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto de Código Civil del año 1853, Op. Cit.*, pág. 256 / Art. 1111.º, letra ‘a’, en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto Inédito del Código Civil, Op. Cit.*, pág. 245.

93 Cfr. Art. 1111.º, en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto de Código Civil del año 1853, Op. Cit.*, pág. 255 / Art. 1112.º en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto Inédito del Código Civil, Op. Cit.*, págs. 245-246.

94 Art. 2.ª, inc. 1.º, Primer Proyecto de Código Civil de la sucesión por causa de muerte, en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, vol. XI, Pedro G. R. Santiago, Chile, 1887, pág.4.

95 *Ibid.*, nota al margen letra ‘b’, pág. 5.

bienes, derechos y obligaciones. Así, surge la pregunta de si por su naturaleza Bello diferenció entre acción y derecho o si es posible la existencia de derechos como acciones dentro del patrimonio que no encajen con la definición formal de bien, dicha cuestión al no ser propiamente materia central de esta investigación se dejará como un planteamiento futuro. Con todo y al no poder extraer más del pensamiento del legislador se optará aquí por tratar como bienes tanto derechos como acciones sin llegar a igualarlos.

4) El valor pecuniario en el concepto de patrimonio

Teniendo en consideración el análisis conceptual efectuado por Figueroa Yáñez sobre el concepto de patrimonio, se concuerda que aquel presente en el Código Civil se acerca más a la teoría subjetiva del patrimonio que a la teoría objetiva del mismo,⁹⁶ sin embargo, no se asentará en que los bienes, derechos y obligaciones que lo forman necesariamente posean una potencialidad económica.

Argumentar que los bienes, derechos y obligaciones deben ser susceptibles de apreciación pecuniaria para formar parte del patrimonio, es un error causado por la lectura equívoca de las disposiciones antes comentadas sobre la sucesión por causa de muerte, en especial del art. 951^o así como por una interpretación arbitraria de la mención ‘fuerzas del patrimonio’ como una valoración pecuniaria presente en algunos artículos del código como en el 1066^o, inciso 2.^a; 1134^o, inciso 1.^{er} y 1744^o, inciso 2.^a,

El primer planteamiento que refuta esta idea, yace en que la mención de porción o cuota que efectúa el art. 951^o del CC, no implica necesariamente que los bienes, derechos y obligaciones, para ser considerados como bienes y obligaciones en sí, sean susceptibles de apreciación

96 *Vid.*, FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Op. Cit.*, pág. 82-84.

pecuniaria, ya que estos integraron el patrimonio del difunto con anterioridad a que formasen parte de la herencia y por tal motivo fueren susceptibles de ser indicados en porción o cuota por el causante mediante acto testamentario o por la ley en su silencio.

El segundo planteamiento atiende a que si bien no es posible encontrar un concepto de lo que se debe entender por fuerzas del patrimonio en el Código Civil, el análisis histórico normativo revela que Bello al utilizar la expresión: ‘fuerzas’ o ‘las fuerzas del patrimonio’, lo hacía refiriéndose al concepto de bienes, como cuando escribió: «[...] el marido o sus herederos podrán pedir que se les reembolse de los bienes propios de la mujer, por la mitad, la parte de dichas expensas que no cupiere en los gananciales; i quedará a la prudencia del juez acceder a esta demanda en todo o parte, tomando en consideración las fuerzas i obligaciones de los dos patrimonios»⁹⁷. Entendiendo por ello que fuerzas o las fuerzas refieren más bien a una cantidad de estos y no a una valoración pecuniaria. Si se piensa que debe deducirse de la mención ‘fuerza’ o ‘fuerzas del patrimonio’ obligatoriamente una potencialidad económica, resulta pertinente cuestionar el por qué Bello⁹⁸ no utilizó un concepto más adecuado como cuantía y optó por dicha denominación.

El carácter pecuniario del patrimonio, nace como se ha observado, para varios autores desde la propia caracterización del concepto de bien como algo pecuniario, hecho que es posible observar particularmente en la obra de Luis Bustamante quien señala sobre las teorías del patrimonio que: «De patrimonio se habla en un triple sentido. El concepto de, como anota

97 Cfr. Art. 251^o, Proyecto de Código Civil, de los contratos i obligaciones convencionales, de las capitulaciones matrimoniales. En BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello*, Proyectos de Código Civil, *Op. Cit.*, pág. 471 / Art. 1898^o, inciso 2^a en BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello*, *Proyecto de Código Civil del año 1853*, *Op. Cit.*, pág.454.

98 Bello parecía admitir el carácter de económicamente valorable de los bienes, al indicar, «Cuando se dejan a una persona todos los bienes como lo hai realmente bienes sino los que restan despues de deducidas las deudas ...» mas aquí se sostiene que con ello solo revelaba la cantidad del acervo hereditario y no una cualidad bien en sí. Vid. supra n. 95 pág. 40.

Coviello, puede denotar el conjunto de relaciones jurídicas de una persona, valuables en dinero, y este caso no sólo el complejo de derechos, sino también el de deudas y entonces se habla de activo y de pasivo en el patrimonio; puede denotar también, únicamente, el conjunto de derechos valuables en dinero pertenecientes a una persona, esto es patrimonio bruto; y finalmente, el conjunto de valores que restan después de deducidas las deudas*⁹⁹: patrimonio neto.»¹⁰⁰, en un primer sentido reconoce a autores como Capitant, Bonafante, Fadda y Bensa, Ferrara entre otros¹⁰¹; en un segundo sentido a Bianchi y en el tercero a Windscheid, Roguin entre otros¹⁰².

De lo anterior se observa que como otros autores, éste recoge divisiones conceptuales heredadas (al igual que Figueroa de Castán Tobeñas, Stutchkin y Stutzin), siendo así, la forma en que trata el concepto de bien es idéntica a la de Josserand y Coviello¹⁰³, concordando con este último a propósito de la crítica que realiza éste a la teoría subjetiva del patrimonio, reafirmando la idea de que no todas las personas poseen un patrimonio «... como aquel pobre que no posee más que los andrajos que tiene encima y alguna calderila recogida por limosna»¹⁰⁴. Donde se infiere que el carácter pecuniario adhiere a la definición misma de bien, no obstante, no lo haya expresado al definir patrimonio como: «... una universalidad de bienes e intereses, adscrita a la

99 *Se reitera la idea de “bona intelliguntur cujusque qual deducto aere alieno supersunt” D.50, 16, 39,1.

100 BUSTAMANTE Luis, *Op. Cit.*, pág. 24.

101 V. gr. Gazin y Van Bemmelen.

102 V. gr. Dernburg, Otero y Valentín.

103 Para Nicolás Coviello, el concepto de cosa es sinonímico del concepto de bien: «“cosa” no puede ser cualquier ente imaginable, sino únicamente lo que puede producir utilidad al hombre, eso es un bien. Y por la misma razón no puede coincidir el significado jurídico de cosa con el significado físico, ya que no todas las cosas corpóreas constituyen un bien, existiendo bienes que no participan de tal índole [...] por eso cosa en el sentido jurídico, es todo lo que puede ser objeto de derechos patrimoniales; todo lo que es permutable, porque presenta una utilidad estimable en dinero por vía directa o indirecta.» Concepto de cosas, CRF. Simoncelli en el Foro italiano, 1910, p.1, col.64 y sig. En COVIELLO Nicolás *Loc. Cit.* [en una nota al margen explica que este concepto está fundado en la ley misma que declara: “todas las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles o inmuebles” (art. 406 del cod. civ.), donde es de notar que la palabra “propiedad” está empleada en el amplio sentido de pertenencia.]

104 COVIELLO, *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Milán, 1924, pág. 273. Apud BUSTAMANTE Luis, *Op. Cit.*, pág. 31.

satisfacción de una finalidad, carente de titularidad jurídica activa, a la cual, sin embargo, quedan vinculadas todas las acciones y derechos de los terceros cuando concurren los presupuestos que el ordenamiento jurídico señala»¹⁰⁵. Bien reconoce que «sobre la característica pecuniaria de los bienes o derechos que integran el patrimonio, se ha dicho que ella es la de ser pecuniariamente apreciable».¹⁰⁶

Con todo, señala dos puntos útiles a la postura sostenida en esta investigación; el primero dice relación con la crítica elaborada por Stitchkin a la teoría de Aubry et Rau sobre el patrimonio, donde afirma que «... plantean un conflicto irreparable al sostener por una parte el concepto de patrimonio emanación de la personalidad, por otra, al configurar el patrimonio como un conjunto de bienes o deudas de contenido pecuniario.»¹⁰⁷, el segundo refiere al reconocimiento que efectúa Stitchkin sobre «... la existencia de una porción de intereses que carecen de contenido pecuniario en sí mismos y que integran la personalidad, son propios de ella, y que ostentan, en principio por lo menos un valor puramente moral [...] pero de todas formas están en el patrimonio de su titular toda vez que el orden jurídico vigente les reconoce trascendencia jurídica, ‘por cuanto tales valores constituyen un acervo tan valioso e indispensable como el acervo material’»¹⁰⁸.

Hasta ahora se ha afirmado que el contenido del concepto de patrimonio incluye bienes, derechos y obligaciones, en el que como se ha venido sosteniendo los bienes no están

105 BUSTAMANTE Luis, *Op. Cit.*, págs. 101-102.

106 *Vid.* Albaladejo, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, 1960, 1964, vol. 1. pág. 283; y también Cossio y Corral, *Instituciones de Derecho Civil*, parte general, Madrid, t. 1, 1975, pág. 130. Apud *Ibid.*, pág. 40.

107 Stitchkin, *Los bienes extrapatrimoniales*, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año 1961, N.º115, pág. 5. Apud *Ibid.*, pág. 44.

108 Stitchkin, *Los bienes extrapatrimoniales*, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año 1961, N.º115, págs. 23-24. Apud *Loc. Cit.*

necesariamente sujetos a ser susceptibles de apreciación pecuniaria para formar parte de éste, a lo que cabe preguntarse si ocurre lo mismo respecto de las obligaciones que lo forman. Sin ánimo de simplificar de forma desmesurada una materia tan abundante en ensayos y escritos como lo es derecho de obligaciones, se acogerá la postura de quienes opinan que el concepto de obligación presente en nuestro Código Civil no limita únicamente la existencia de obligaciones dentro del patrimonio a aquellas que son susceptibles de apreciación pecuniaria, a razón de los siguientes argumentos: primeramente, éste recoge en materia de obligaciones la fórmula utilizada en el Project de Cambacérés donde se exponía en su art. 1.^{er}, ‘L’obligation est le lien par lequel une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose’, redacción que posee una influencia notoria de la definición de obligación otorgada por Pothier ampliamente citado por Bello en el Proyecto de Código Civil del año 1853, y que se haya a propósito de la noción de contrato tanto en el Código Napoleónico de 1804 como en nuestro Código Civil. Luego, la letra de la ley en el art. 1437.^o del CC dispone que «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad.», lo que debe concordarse con la letra del art. 1438.^o del CC, «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.», lectura que no nos revela que la llamada ‘patrimonialidad’, para los autores de la teoría clásica o ‘susceptibilidad de apreciación pecuniaria’, sea necesaria para el objeto de la obligación. Segundo, la idea de sustentar la

susceptibilidad de apreciación pecuniaria basada en la nominación del contenido de obligación a propósito de la noción de contrato o convención, no implica que deban confundirse tanto el objeto del contrato como el objeto de la obligación. Con todo, es el mismo art. 1437.^o el que se encarga de despejar las dudas sobre las formas de dar origen a estas, señalando como ejemplo a aquellas que dan origen a la responsabilidad extracontractual, como aquellas obligaciones que proceden de lesiones corporales, las que, si bien pueden resolverse en una indemnización de perjuicios en dinero por el juez como mecanismo de reparación, no implican que el objeto de la obligación no inferir daño o injuria a la integridad física y psíquica de la persona (como parte del daño moral), sea susceptible de apreciación pecuniaria. Tercero, si bien la doctrina contemporánea ha considerado que como afirma Stichkin que éstas (las obligaciones) pueden resultar ineficaces si no es posible obtener el cumplimiento forzado de ellas¹⁰⁹, hacemos eco al cuestionamiento de Narciso Garay en línea con el pensamiento de De Diego Clemente¹¹⁰, al señalar el despropósito de negar la protección jurídica a una obligación no pecuniaria¹¹¹ si ella encierra un interés digno de amparo.

109 GARAY Narciso, *Teoría de las obligaciones*, Facultad de Derecho, Universidad de Panamá, ciudad de Panamá, Panamá, s/a, págs. 10-11.

110 «Todo interés digno de protección en la concepción dominante de un pueblo según su grado de cultura [...] es apto para engendrar un vínculo obligatorio válido, aunque directa e inmediatamente no represente un valor económico» DE DIEGO CLEMENTE, Felipe. *Curso Elemental de Derecho Civil Español*, Tomo V, págs. 27 y siguientes. Apud *Ibid.*, pág.10.

111 Nótese que Narciso Garay utiliza como sinónimos obligación patrimonial y pecuniaria, a diferencia de otros autores como Dr. Antonio Silva Sánchez, en: *La Prestación de la Obligación y la Protección de Intereses no Patrimoniales en el Derecho Romano y en la Dogmática Jurídica Moderna*. Tesis doctoral, Universidad de Extremadura, España, 2001.

5) Concepto de patrimonio cultural

5.1) Elementos que componen el patrimonio cultural

Considerando todo lo antes expuesto, se puede deducir que según se adhiera a una u otra teoría que intenta dar sentido al concepto de patrimonio, la interacción entre el continente y contenido de este con el sujeto que lo detenta han de variar. Con todo, en ambas el contenido refiere a los mismos elementos, así, si se traslada dicho razonamiento al estudio del patrimonio cultural, en tanto patrimonio (forma preliminar), correspondería este a una universalidad jurídica, compuesta por bienes derechos y obligaciones sobre las que subyace un interés científico (histórico, arqueológico, paleontológico o afín) artístico o sociocultural reconocido por la comunidad social, así como por el Estado del cual son parte.

5.1.1) Concepto de patrimonio cultural material

Para el concepto de patrimonio cultural material, como se verá mas adelante, no existe una única definición en los diversos instrumentos legales vigentes, sin embargo conviene exponer el sentido otorgado a este por la convención sobre la Protección del patrimonio Mundial Cultural y Natural (UNESCO) de 1972, por ser la primera que le dedicó un articulado bajo tal denominación como se indicó al inicio de esta investigación, «A los efectos de la presente convención se consideran “patrimonio cultural”: Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

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

Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico»¹¹².

De la norma expuesta, se dirá aquí que propiamente no define en términos jurídicos la noción de patrimonio cultural, limitándose a enunciar una serie de bienes (culturales) que lo componen, concordamos con Paola Gonzáles al señalar que «En general los instrumentos de la UNESCO que emplean el término patrimonio cultural [...] no han establecido una definición universalmente aceptada. Cada Convención o Recomendación ha definido el término de acuerdo a los propósitos de ese instrumento en particular»¹¹³, hecho que representa ciertas dificultades a la hora de vincular sus conceptos con los de la legislación interna, un ejemplo de esto es la definición del concepto de monumento presente en la enumeración antes dicha, la que difiere de aquella plasmada en la Ley N.º18362 ya que en esta se incluyen a los Monumentos Naturales como contenedores de un interés cultural, a instancias de que en la convención estos serían parte del patrimonio natural restando cualquier vínculo apreciativo de un carácter cultural o social atribuible como valor equivalente al de patrimonio cultural.

112 Art. Primero, Convención para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, en UNESCO. Actas de la Conferencia General 17ª reunión París, 17 de octubre - 21 de noviembre de 1972, Resoluciones Recomendaciones, vol. 1.º, París, 1973, pág. 141.

113 GONZÁLES CARVAJAL, Paola, *Régimen Jurídico de Protección del Patrimonio Cultural y de los Pueblos Indígenas en la Legislación Chilena*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Profesor Guía: Gonzalo Figueroa Yáñez. Santiago, Chile, 2001, pág. 11.

5.1.2) Concepto de patrimonio cultural inmaterial

El concepto de patrimonio cultural inmaterial en nuestro ordenamiento jurídico ha adquirido reconocimiento de forma progresiva desde las primeras formaciones de grupos intermedios y asociaciones que buscaban fomentar las tradiciones orales y el folclore, pasando por la creación de la comisión nacional asesora del patrimonio cultural inmaterial y oral, primer intento del establecimiento de un inventario del patrimonio cultural inmaterial y de una política de preservación y registro nacional de obras, así como por las discusiones producidas en la comisión de institucionalidad patrimonial del fallido instituto del patrimonio, hasta nuestros días.

Su estudio y discusión se ha centrado principalmente a propósito de la implementación de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Inmaterial, ratificada por el Estado de Chile, la que lo describe como «... usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural»¹¹⁴.

A su contenido, la convención le atribuye un carácter continuo o transmisible de generación en generación, el cual se ve limitado en su compatibilidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y el respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y el desarrollo sostenible.

Cabe señalar respecto de esta noción del patrimonio cultural, que se dificulta su estudio en los términos conceptuales como se ha visto antes, en atención a que este refiere a acciones, usos sociales, actos festivos, rituales, los que son representativos de conductas humanas. Con todo

114 Art. 2^a, num. 2^a, UNESCO. Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial. [Chile ratifica el 10/12/2008], París, 2003, pág. 2.

estas suelen reconocerse junto a las producciones intelectuales que les dan sustento, las cuales pueden ser comprendidas dentro del concepto de bien antes visto.

5.2) Concepto de bien cultural

En lo que atañe al primero de sus componentes, 'bien cultural', estos pueden definirse como cosas patrimoniales corporales o incorpóreas, apropiables por alguno de los medios que establece la ley, sin importar su origen público o privado, muebles o inmuebles, sobre los que existe una utilidad reconocida por la comunidad social o el Estado y que a su vez es elemento esencial del interés antes dicho que se les atribuye.

Como ejemplos de bienes culturales corporales se puede hallar al Castillo Mancera (Monumento Histórico por Decreto N.º3859/1950) y su entorno (Zona Típica por Decreto N.º725/1973) y al Torreón Picarte (Monumento Histórico por Decreto N.º744/1926). Por su parte los bienes culturales incorpóreas corresponden en general a la inventiva humana, correspondiendo a 'prácticas, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que se transmiten de generación en generación' como lo son las técnicas y formas artesanales de los grupos aborígenes reconocidos por el Estado.

En cuanto a los derechos que componen dicho patrimonio (como bienes culturales), es dable señalar que pueden ser reales o personales. Como ejemplo de los primeros podemos señalar los derechos reales limitativos de dominio presentes en los arts. 11.º y 12.º de la Ley N.º17288 que actúan sobre aquellos bienes declarados Monumentos Históricos, así como la limitación que sufre el propietario de un bien artístico para extraer del territorio nacional de los bienes culturales a los que refiere el art. 43.º de la Ley N.º16441, ya que de acorde a lo dispuesto en la norma no podrá hacerlo sino con la autorización respectiva que allí se menciona. De los

segundos es posible citar como ejemplo a aquellas indemnizaciones que nacen de la comisión de delitos que afectan al patrimonio cultural, como el delito de tráfico ilícito de bienes culturales. Así como aquellos que nacen del canje y préstamos de bienes culturales muebles entre museos.

5.3) Obligaciones en el patrimonio cultural

En cuanto a las obligaciones, como parte del patrimonio cultural representan un elemento que no ha sido discutido por la doctrina, ya que, si se piensa que de forma general se suele referir al patrimonio cultural como un conjunto de bienes culturales sin otra mención, no se ha reflexionado si este en cuanto patrimonio posee o no pasivo. Como ejemplo de estas se puede citar las que nacen el fondo del patrimonio cultural con aquellos adjudicatarios de programas de restauración de bienes patrimoniales.

5.4) Objeto de la protección jurídica

Como se ha visto, el patrimonio cultural se compone de bienes, derechos y obligaciones, los que a su vez constituyen el objeto de su protección. En especial respecto de los bienes, corresponde hacer dos observaciones: primero en cuanto a su valor, este no siempre es susceptible de apreciación pecuniaria, ello considerando que existen bienes culturales que dado su carácter excepcional ya fuere porque no existen bienes similares con los que pueda llegarse a algún tipo de cálculo o estimación pecuniaria o porque dada su importancia para la comunidad (social o científica) es impensado otorgarles un valor pecuniario, no por ello dejan de ser bienes, y de ser útiles a la sociedad que los reconoce, esto ocurre principalmente a propósito de los Monumentos Arqueológicos, como lo es el caso de los Geoglifos de Pintados de la Pampa del Tamarugal (declarados Monumento Histórico por el Decreto N.º5591/1969). Reiterándose de

esta forma la idea propuesta en el análisis anterior de los conceptos de cosa y bien en el derecho chileno. Segundo, la protección que recibe el objeto se supedita a la naturaleza del bien que la recibe, donde es posible estudiar cuatro clasificaciones que atienden a tal naturaleza y que ayudan a entender cómo opera dicha protección, así se distingue entre bienes: a) materiales o inmateriales, b) muebles o inmuebles, c) particulares o bienes nacionales, d) singulares o plurales.

Sobre la primera clasificación, es posible señalar que la materialidad o inmaterialidad de los bienes que forman parte del patrimonio cultural, condiciona la normativa que les es aplicable en determinados casos, como en la protección conferida por la Ley N.º17288 donde el objeto de protección recae únicamente respecto de bienes culturales materiales, a instancias de que en cuerpos legales como en la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial esta se confiere tanto a bienes inmateriales como al soporte material de estos.

La segunda clasificación del objeto de protección jurídica, permite de igual forma determinar a más del tipo de protección que se le atribuye, a las formas en la que se aplica, tal es el caso de los bienes inmuebles declarados como Monumentos Nacionales puesto que solo estos pueden contar con la exención del 100% del pago del impuesto territorial¹¹⁵. Por su parte, solo respecto de los bienes culturales muebles procede la aplicación del art. 2.º de la Ley N.º17236.

El distinguir si el objeto de protección corresponde a un bien de dominio particular o a un bien nacional, determina el régimen jurídico al cual pende, así por ejemplo, los bienes culturales fiscales se sujetan al régimen de derecho privado, atendiendo a que forman parte del comercio humano, sin perjuicio de que disponen de leyes especiales al respecto¹¹⁶, en contraposición, los

115 *Vid.*, REVETRÍA BELTRAN Mafalda, *La propiedad monumental en Chile, su régimen jurídico*, 2 Monografías, Revista de Derecho Público, Santiago, Chile, 1977, pág. 20.

116 *Vid.*, *Ibid.*, pág. 24.

bienes culturales que a su vez son bienes nacionales de uso público, se sujetan al régimen de derecho público, siendo inalienables e imprescriptibles, tal es el caso de los Monumentos Públicos.

La cuarta clasificación del objeto de protección, entre bienes singulares y bienes plurales, se relaciona con la primera al permitir distinguir el tipo de reglas particulares aplicables a estos, siendo ejemplo de los primeros los Inmuebles de Conservación Histórica, y de los segundos las Zonas de Conservación Histórica.

6) Antecedentes generales de la protección del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno

En nuestra legislación, el concepto de patrimonio cultural obtuvo rango normativo constitucional por vez primera en el art. 19° num. 10° de nuestra Constitución Política del año 1980, empero, es posible encontrar antecedentes de la protección del contenido del mismo, bajo denominaciones diversas como patrimonio artístico e histórico, patrimonio monumental, bienes culturales, entre otras, desde inicios del siglo XX. Por lo que antes de avanzar hacia el estudio de su regulación en los diversos instrumentos legales vigentes, conviene realizar una síntesis cronológica de su evolución histórica.

Si bien en lo que respecta a la protección del patrimonio cultural (más bien de lo que luego sería entendido como parte de su contenido) es posible encontrar manifestaciones tempranas a propósito del fomento de la educación y forjamiento de una identidad como lo fue la Ley de Instrucción Primaria del año 1813, de la erección de monumentos públicos como el monumento al capitán de fragata Arturo Prat y sus valerosos compañeros en el año 1879; así como normas penales relacionadas a la protección de museos en los nums. 5° a 7° del art. 485° del Código

Penal (CP) del año 1874, concordamos con Alicia Cabello Quezada¹¹⁷, en que el primer antecedente de la protección del patrimonio cultural en nuestra legislación corresponde al Decreto N.º80 del año 1908 que sancionó la adhesión del Estado de Chile a los acuerdos adoptados en la Segunda Conferencia Internacional de la Haya del año 1907, ello en atención a que en estos se explicitó por primera vez que el establecimiento de su protección obedecía a un carácter especial, un interés histórico propio de los bienes objeto de dicha protección.

En la conferencia antes mencionada se aprobaron 13 convenios¹¹⁸, entre los cuales se encuentra el IV Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento anexo, siendo este último sustancia de nuestro interés al adicionar a la primigenia redacción¹¹⁹ de su art. 27.º, la protección a los monumentos históricos, quedando como sigue: «En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos ...»¹²⁰. Junto con ello, dicho reglamento en su art. 56.º incluyó limitaciones al derecho del Estado ocupante sobre el bien o bienes que fueren de comunidades, consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, los cuales deberán ser tratados como propiedad privada aun cuando fueren pertenecientes al Estado, prohibiéndose toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de

117 CABELLO QUEZADA, A. Andrea, *La Protección Jurídica de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, Convención de la Haya de 1954 y sus dos Protocolos*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2008, pág. 26.

118 *Vid.*, ABRISKETA URIARTE, Joana, *Hitos del Derecho de la guerra en el siglo XX: Se consolida y evoluciona, Derechos y Libertades*, revista de filosofía del derecho y derechos humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; I. Dykinson, Madrid, España, enero 2012, N.º26, págs. 45-82.

119 La redacción del reglamento de la primera conferencia del año 1899, no incluía mención a los monumentos históricos.

120 Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, La Haya, 18/10/1907.

monumentos históricos y de obras artísticas y científicas, estableciendo a su vez el deber de persecución de los estados signatarios a toda contravención a sus disposiciones.

Como segundo antecedente es posible citar el proyecto de ley sobre la conservación de monumentos históricos presentado al Congreso Nacional el año 1910, el cual fue el primer intento legislativo por desarrollar un articulado de normas para: el reconocimiento de bienes inmuebles como monumentos históricos; la creación de una institucionalidad encargada de su declaración y clasificación (Comisión de Monumentos Históricos dependiente del Ministerio de Instrucción Pública), vigilancia «... para perseguir la responsabilidad criminal i civil que afecte a las personas que destruyan o transformen monumentos ...»¹²¹ e inventariado; establecer sanciones (ya que vinculaba las penas establecidas en los arts. 485° y 486° del CP a la destrucción y deterioro de los Monumentos históricos) y obligaciones como las de reparación y conservación para el Estado en su art 6°.

Luego, el 25 de marzo de 1923 se celebró en la ciudad de Santiago la V Conferencia Panamericana (quinta sucesora de la conferencia de Washington, cual fuera a su vez coetánea a la I Conferencia de la Haya antes mencionada) en la que se trataron materias relacionadas a la preservación y conservación de sitios arqueológicos e históricos de los países americanos, en particular sobre el «... estudio de un plan por medio del cual y con la aprobación de los eruditos e investigadores de los diversos países, se pueda llegar a establecer por los Gobiernos de las Américas, un sistema, más o menos uniforme, para la protección de documentos arqueológicos y otros necesarios para la formación de una buena historia americana»¹²², en suma ‘medios de educación y publicidad’ para fomentar el estudio de la historia y de la civilización de la América

121 Art. 4°; inciso 7°, Proyecto de ley sobre conservación de Monumentos Históricos, Ministerio de Instrucción Pública, Santiago, Chile, 1910.

122 Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores Culto y Colonización (V Conferencia Panamericana 1923), Noviembre de 1919 - Junio 1923, Santiago de Chile, pág. 267.

latina¹²³, y la posibilidad de promulgar leyes relativas a la protección de los bienes de interés en los estados participantes. Es opinión común de diversos autores que dicha Conferencia fue fuente de inspiración de la legislación nacional posterior, que inició con la dictación del Decreto N.º3500 del año 1925, el cual de forma provisoria nombró una Comisión Gubernativa que dictó normas y fijó atribuciones y deberes¹²⁴ para la redacción de un cuerpo legal en la materia, y que culminó en la dictación del Decreto Ley N.º651 en octubre del mismo año. Dicha inspiración es atribuible en especial a dos de las recomendaciones dictadas en la sesión quinta de la Conferencia del mes de abril, donde se propuso entre otras cosas, la de legislar en la materia con el fin de obligar a quienes descubrieren restos arqueológicos de denunciar a las autoridades administrativas los hallazgos, así como para la asignación de presupuestos anuales para excavaciones y estudios de restos arqueológicos, para su expropiación y fomento de museos y bibliotecas¹²⁵.

El Decreto N.º651 en su art. 1.º introdujo el concepto de Monumentos Nacionales, correspondiente a aquellos «... edificios o ruinas de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios de aborígenes; los objetos o piezas antropo-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 jeneral, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio

123 ROWE L. S., GIL BORGES E., Informe sobre los Trabajos de la Unión Panamericana 1923-1927, Unión Panamericana, Imprenta del gobierno de los Estados Unidos de América, Washington, Estados Unidos de América, 1927, pág. 7.

124 *Vid.*, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N.º17288, 4/2/1970 [en línea], 2018, pág. 6. Disponible en: <http://s.bcn.cl/22zc1>

125 *Vid.*, num. 5.º del Acta Final de la 5.º Sesión de la Conferencia, del 13 de abril de 1923, en Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores Culto y Colonización, *Op. Cit.*, págs. 371- 373.

público con carácter conmemorativo ...»¹²⁶. Asimismo, definió en sus arts. 7.º y 12.º los conceptos de; Monumentos Históricos y Monumentos Públicos, respectivamente, categorías que quedarían sin modificaciones por casi 35 años. Se estableció de igual forma que dichos bienes quedarían bajo la protección del Estado y del organismo competente para su vigilancia. Tal organismo fue creado por el mismo decreto y paso a ser llamado Consejo de Monumentos Nacionales, único ejemplo de la institucionalidad relacionada al patrimonio cultural hasta la creación de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos en noviembre de 1929.

En diciembre de 1925 de forma coincidente con el interés (que inició con los acuerdos de la Conferencia Internacional de la Haya de 1907) por incluir la protección a los bienes culturales en el ordenamiento jurídico (entonces bajo una denominación diversa) se incorpora un tipo penal al Código de Justicia Militar en su art. 261.º, que reza, «Será castigado con una pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados: [...] 2.º El que, contraviniendo las instrucciones recibidas, sin necesidad y maliciosamente, ataque hospitales o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos para tales casos, o destruya templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte»¹²⁷.

Con posterioridad y como se adelantaba, en noviembre de 1929, se dictó el Decreto con Fuerza de Ley N.º5200 que creó la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos con motivo de dar solución a la necesidad de estructurar instituciones y servicios llamados a cumplir con una misión cultural en el país, así se fijó entre algunas de sus disposiciones, en particular en su art. 9.º un rol dual para la Biblioteca Nacional al reconocer que ‘La Biblioteca Nacional es el centro

126 Art. 1.º, Decreto Ley N.º651, Monumentos Nacionales [en línea]. Ministerio de Instrucción Pública, BCN, Chile, publicado el 30/10/1925 (derogado). Disponible en: <http://bcn.cl/1v5hs>

127 Art. 261.º, num. 2.ª, Decreto Ley N.º806. Aprueba el Código de Justicia Militar [en línea]. Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra, BCN, Chile, publicado el 24/12/1925. Disponible en: <http://bcn.cl/1v9pm>

bibliográfico de la cultura intelectual en Chile y tiene doble carácter de biblioteca coleccionista central y de biblioteca pública'¹²⁸. Se establecieron funciones a su vez para el Archivo Nacional e impartieron instrucciones para museos como el Museo Histórico Nacional.

El 12 de febrero de 1938 por medio del Decreto N.º1861 se aprobó el Tratado sobre Protección de Muebles de Valor Histórico, expresión de un lenguaje jurídico propio de la propiedad monumental, el cual en su art. 1^{er} enuncia que tipos de bienes que se han de considerar Monumentos Muebles. La importancia de este tratado radica en el establecimiento de prácticas innovadoras luego adoptadas por la Ley N.º17288 y por la Ley N.º16441, entre las que destacan principalmente dos: la primera presente en el art. 3.º del tratado, que insta a los Estados a legislar en la obtención de un permiso de exportación para aquellos Monumentos Muebles de los que trata. Y la segunda presente en sus arts. 5.º y 6.º al establecer un lineamiento operativo entre los servicios de aduanas y las instituciones destinadas a la vigilancia de los Monumentos Muebles dentro del territorio de los respectivos Estados, así como la obligación tales signatarios de informar la exportación ilícita de Monumentos Muebles a aquellos de su origen.

El mismo tratado en su art. 8.º dispone además el deber de los Estados de declarar que los bienes Monumentos Muebles no podrán ser botín de guerra para los Estados signatarios, donde la doctrina nacional aún no se resuelve si ha operado realmente una derogación parcial tácita de lo dispuesto en el art. 640.º del CC sobre la captura bélica de bienes, cuestión sobre la que no se tomará una postura en esta investigación en atención a que la propia redacción del art. 8.º del tratado dispone una obligación para los Estados de declarar a futuro, sin determinar la forma en que se realizará dicha declaración.¹²⁹

128 Disposición eliminada por la Ley N.º21045.

129 De forma diversa responde Alicia Cabello Quezada a la cuestión planteada, señalando que, con posterioridad a la entrada en vigor del tratado sobre la protección de bienes muebles de valor histórico, dicha disposición del Código Civil debe considerarse tácitamente derogada en lo que refiere a los

El 22 de enero de 1967 se publicó la Ley N.º16615 que modificó la Constitución Política de la República de 1925 en su art. 10º num. 10º, la que a propósito de la función social de la propiedad en su tercer inciso añadió un derecho para reservar por medio de ley «... el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país»¹³⁰ cuando el interés de la comunidad nacional lo exigiere.

Esta modificación constituyó un hito en la normativa nacional no solo porque su dictación concedió rango constitucional a una norma que permitía por medio del mecanismo expropiatorio preservar bienes culturales de interés para la comunidad nacional, sino también por el debate generado a propósito de su implementación en el Parlamento, a su respecto, es posible ver como en el análisis de la cuestión social de la propiedad como fundamento de eventuales expropiaciones de bienes, en el primer trámite constitucional del Senado se argumentaba que: «... la ley sólo puede reservar para el Estado aquellos bienes que tengan para el país importancia preeminente”, o sea, la importancia superior o más elevada.»¹³¹ Por lo que si el interés que acompaña a estos bienes es cultural, este debe serlo de igual forma. En el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados se discutió ampliar el proyecto de ley modificador de la Constitución Política de la República, agregando numerales al artículo en cuestión, en el primero (15º) se proponía la adhesión de un derecho social relacionado a la seguridad social, en el que el Estado debía adoptar «todas las medidas tendientes a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y

bienes culturales muebles, debido a que el tratado correspondería a una norma de jerarquía superior.
130 Ley N.º16615, Modifica la Constitución Política del Estado [en línea]. Ministerio de Justicia, BCN, Chile, publicada el 20/1/1967. Disponible en: <http://bcn.cl/21tuh>
131 BULNES SANFUENTES, Primer Trámite Constitucional: Senado, Discusión en Sala, Sesión 93º del 12/4/1966 en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley N.º16615, 20/1/1967 [en línea]. s/a, pág. 283. Disponible en: <http://s.bcn.cl/24gtc>

dignidad humanas»¹³². Y en el segundo (16º), a propósito de la igualdad de acceso a beneficios y responsabilidad de la colectividad, se proponía como deber del Estado promover «... el acceso a todos los niveles de la educación y de la cultura y aquellos servicios necesarios para conseguir tales objetivos, todo a través de los sistemas e instituciones que establezca la ley»¹³³.

En febrero de 1970, dada la necesidad de mejorar la normativa plasmada en el Decreto N.º651, en especial para ampliar el catálogo de protección, mejorar el sistema de registro e inscripciones y perfeccionar el sistema de penas, se creó la Ley N.º17288 que derogó el decreto N.º651 y lo sustituyó en todas sus partes. Esta ley introdujo tres nuevas categorías de protección en sus arts. 21.º, 29.º y 31.º; los Monumentos Arqueológicos¹³⁴, las Zonas Típicas y Pintorescas y los Santuarios de la Naturaleza respectivamente. Asimismo, incorporó normas relativas al canje y préstamo entre museos de bienes corporales sujetos de protección de carácter mueble. En lo que respecta al sistema de registro, el catálogo que debían confeccionar Museos y establecimientos indicados en el art. 37.º de la ley, incluiría a más de a aquellos bienes existentes y adquiridos en lo sucesivo, a aquellas 'piezas o colecciones que hubieren sido dadas de baja, facilitadas en préstamo o enviadas en canje a otros establecimientos similares'.

En cuanto a las sanciones, estas se actualizaron en su cuantía y procedimiento, sin embargo, no se lograrían ampliar las mismas hasta el año 2005 mediante la introducción de un tipo penal en la ley.

Cabe mencionar que el mensaje presidencial presentado en la tramitación del proyecto de ley de la Ley N.º17288, se utilizó una mención sinonímica entre bienes culturales y patrimonio

132 Segundo trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe de Comisión de Constitución del 17/5/1966, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley N.º16615, 20/1/1967 [en línea]. *Op. Cit.*, pág. 503-504.

133 *Ibid.* pág. 504.

134 A propósito de las excavaciones se elimina la mención a aquellas de carácter paleoantropológico presentes en el Decreto N.º651.

(cultural)¹³⁵ que no fue replicada dentro del proyecto, aún más, la propia denominación del mismo como ‘Proyecto de Ley que establece la Protección del Patrimonio Histórico Cultural del Estado’, aparece adelantada a la de su redacción final.

El 2 de agosto de 1970 se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual, la que protege parte material e inmaterial de lo que compone hoy el concepto de patrimonio cultural, y que en su art. 11.º, presentó el concepto de ‘patrimonio cultural común’, correspondiente a situaciones en que la protección extendida por la ley a las obras que señala en su art. 3.º deja de existir, ya fuere por causas de caducidad de la misma, renuncia al derecho por parte de su autor, por ser no correspondiente a ninguna categoría de protección o por encontrarse extinguido el derecho por causa de expropiación por parte del Estado.

En septiembre del año 1972 se dictó la Ley N.º17729, la cual además de establecer normas sobre el reconocimiento de indígenas y sus tierras, creó el Instituto del Desarrollo Indígena, el cual dentro de sus objetivos principales debía «... promover el desarrollo social, económico, educacional y cultural de los indígenas y procurar su integración a la comunidad nacional, considerando su idiosincrasia y respetando sus costumbres»¹³⁶. Si bien esta ley no refirió de forma directa al patrimonio cultural ni a sus bienes, si lo hizo de forma indirecta al encargarse el fomento desde el Estado por intermedio del Instituto antes dicho¹³⁷ de medios y técnicas que dan

135 Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Cuenta en Sesión 21.º, Mensaje del Ejecutivo de 18/3/1969, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N.º17288, 4/2/1970 [en línea]. 2018, pág. 4. Disponible en: <http://s.bcn.cl/22zc1>

136 Art. 34.º, inciso 3.º, Ley N.º17729. Establece Normas sobre Indígenas y Tierras Indígenas [en línea]. Ministerio de Agricultura, BCN, Chile, publicada el 26/9/1972 (derogada). Disponible en: <http://bcn.cl/27sti>

137 En su art. 68.º, la Ley N.º17729 establecía como obligación del Instituto de desarrollo indígena el «... promover la educación profesional y técnica de los indígenas, desarrollar la cultura y la artesanía y estimular su gradual integración a las diversas actividades nacionales con plenitud de derechos y responsabilidades». *Ibid.*

origen a bienes culturales como lo son la técnica y artesanía indígenas. No obstante el carácter enriquecedor de esta ley, al tratar lo que luego se denominaría como parte del patrimonio cultural intangible (técnicas artesanales tradicionales), fue modificada con posterioridad en marzo del año 1979 por el Decreto Ley N.º2568 que puso fin a toda mención relativa ello y puso fin al Instituto de Desarrollo Indígena.

En abril de 1976, se publicó la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la que adicionó al catálogo de protección de bienes culturales dos nuevas categorías, los Inmuebles de Conservación Histórica y las Zonas de Conservación Histórica, estableciendo una limitación de acción para el Estado y sus organismos y una limitación al derecho de dominio sobre estos, ya que no podían ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo correspondiente. Esta primera normativa de la Ley General de Urbanismo y Construcciones relacionada con el patrimonio cultural no llegó a definir que comprendían tanto los Inmuebles como las Zonas de Conservación Histórica, dejando a discreción de los diversos planes reguladores, las características requeridas para valorar el interés de conservación requerido para su categorización.

En el mes de febrero del año 1980, se ratificó en Chile la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, la que por primera vez otorgó un concepto de lo que debe entenderse por patrimonio cultural (diferenciándolo del patrimonio natural) en su art. 1^{er}, decretando que se compone de tres categorías: ‘monumentos, conjuntos y lugares, todos correspondientes a bienes muebles e inmuebles corporales’.

El mismo año, el día 11 de agosto se publicó el Decreto Ley N.º3464 que fijó el texto de la Constitución del año 1980 y que otorgó rango constitucional a la protección del patrimonio cultural en su art. 19^o num. 10^o, el cual en su inciso 6^o dispuso: «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»¹³⁸, siendo la culminación de más de 6 años de trabajo legislativo.

En el año 1993 se publicó la Ley N.º19253, que reconoció a la cultura indígena como patrimonio de la Nación, y que a su vez incorporó a la institucionalidad cultural a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, la que entre sus fines debe «Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios de investigación al respecto»¹³⁹, así también estableció requisitos para la venta, exportación y cualquier tipo de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.

En el Decreto Ley N.º3464 además de lo antes aludido sobre el derecho a la educación, se incorporaron preceptos relacionados al patrimonio cultural relativos al medio ambiente, al derecho de propiedad y a la propiedad intelectual e industrial en los num. 8.º, 24.º y 25.º del art. 19.º respectivamente. Sobre ello, la remisión a la protección del medio ambiente adquiriría gran importancia, toda vez que el 9 de marzo de 1994 al entrar en vigor la Ley N.º19300, se encasilló a la de patrimonio cultural, como parte del concepto de medio ambiente (posición sostenida por la doctrina mayoritaria a pesar de no existir mención expresa) al definir este en su art. 2.º dígrafo 'II' como: «... el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus

138 Art. 19.º, num. 10.º inciso 6.º, Decreto Ley N.º3464, Ministerio del Interior, Aprueba Nueva Constitución Política y la Somete a Ratificación por Plebiscito [en línea]. Ministerio del Interior, BCN, Chile, publicado el 11/8/1980. Disponible en: <http://bcn.cl/1zjs2>

139 Art. 39.º, inciso 2.º, letra 'i', Ley N.º19253. Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena [en línea]. Ministerio de Planificación y Cooperación, BCN, Chile, publicada el 5/10/1993. Disponible en: <http://bcn.cl/22p04>

múltiples manifestaciones».¹⁴⁰ Además de lo expuesto, la importancia de esta ley como bien señalaba Sebastián Murillo, en relación a la norma constitucional antes mencionada es que «... se hace cargo en forma expresa del resguardo al patrimonio cultural al someter a un novedoso Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, específicamente a la presentación de un Estudio de Impacto ambiental, a todos aquellos proyectos o actividades, señaladas en su artículo 10.º que produzcan una alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y en general, de los pertenecientes al patrimonio cultural»¹⁴¹.

En abril de 1994, se dictó el Decreto N.º392 que aprobó el reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas, el cual estableció un procedimiento común con el Consejo de Monumentos Nacionales para la obtención de permisos para la venta, exportación y cualquier tipo de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.

Varios años más tarde, el 25 de junio de 2001 se publicó en el diario oficial el Decreto N.º75 modificadorio del Decreto N.º47 que contiene la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, el cual complementó la normativa relacionada al patrimonio cultural presente en la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Este decreto sustituyó el art. 1.1.2 de la misma e incorporó las definiciones de Inmuebles de Conservación Histórica y Zonas de Conservación Histórica. Introdujo el concepto de ‘recursos de valor patrimonial’ a propósito de los

140 Art. 2.º, dígrafo ‘II’, Ley N.º19300, Aprueba Ley Sobre Bases General del Medio Ambiente [en línea]. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, BCN, Chile, publicada el 9/3/1994. Disponible en: <http://bcn.cl/1vz37>

141 MURILLO CASTILLO Sebastián, *Protección Jurídica al Patrimonio Cultural Urbano en Chile*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, profesor guía: Enrique Navarro Beltrán, Santiago, 2013, págs. 34-35.

instrumentos de planificación territorial (art. 2.1.18) así como otras normas que mejoraron el actuar entre instituciones que intervienen sobre el patrimonio cultural urbano y los propietarios de dichos bienes. Ejemplo de lo anterior lo fue, la modificación que recibió el art. 1.4.4., incorporando al num. 5.º de su inciso 5.º al certificado de Informaciones previas, la identificación de las «Zonas o Construcciones de Conservación Histórica o Zonas Típicas y Monumentos Nacionales, con sus respectivas reglas urbanísticas especiales»¹⁴². De igual forma lo fue la introducción del art. 2.1.38 que permite a los propietarios de edificaciones sobre las que puede existir un interés urbanístico «... solicitar al Consejo Municipal mediante carta dirigida al alcalde la declaración de la construcción de interés patrimonial cultural mediante su incorporación como inmueble de conservación histórica al plan regulador comunal o seccional correspondiente»¹⁴³. Y también lo fue el establecimiento de la obligación legal de obtener un permiso para efectuar alteraciones reparaciones o reconstrucciones en bienes ligados a Monumentos Nacionales e Inmuebles o Zonas de Conservación Histórica.

El año 2003 y a razón de modernizar la institucionalidad en materia de cultura, en especial en lo que respecta a la difusión, fomento y financiamiento del patrimonio cultural, se creó el Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes (CNCA). El establecimiento de este servicio tuvo como algunos de sus objetivos el «... estimular la creación artística, preservar y desarrollar el patrimonio cultural de la nación, ampliando las oportunidades para el ejercicio de las libertades, iniciativa y creatividad de los chilenos ...»¹⁴⁴, ‘Mejorar la coordinación y eficiencia de los

142 Art. 1.4.4, Decreto N.º75, Modifica Decreto N.º47, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, BCN, Chile, Publicado el 25/6/2001, promulgado el 25/5/2001. Disponible en: <http://bcn.cl/1v3e8>

143 Art. 2.1.38, Decreto N.º75, *Op. Cit.*

144 Mensaje del Ejecutivo, Primer Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N.º19891, 23/8/2003 [en línea]. 2018, pág. 9. Disponible en: <http://s.bcn.cl/2361i>

esfuerzos y recursos que el Estado destina al fomento del desarrollo cultural 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' e 'incentivar a la participación de la sociedad civil y el sector privado en la gestión y financiamiento de la cultura y las artes'.

La discusión del proyecto de ley de la Ley N.º19891 fue particularmente provechosa para la protección del patrimonio cultural ya que esta se desarrolló con conceptos legales modernos (ya no propios de la propiedad monumental), citando legislación internacional como fuente reconocida por la Constitución de obligaciones para el Estado de Chile como al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado el año 1972¹⁴⁵. Asimismo, se logró discutir el alcance de la noción de 'cultura' del patrimonio cultural, diferenciándolo de aquella expuesta a propósito del derecho de la educación¹⁴⁶ en la Constitución.

Con posterioridad y con miras a perfeccionar el sistema de sanciones presente en la Ley N.º17288, se publicó el 14 de junio del año 2005 la Ley N.º20021, que incorporó entre otras disposiciones un tipo penal para la protección de los Monumentos Nacionales en su art. 38 bis.

En marzo del año 2007 el Estado de Chile ratificó la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, la cual definió entre otros conceptos; expresiones culturales, protección (cultural) así como una serie de obligaciones para el Estado de Chile en torno al cuidado y promoción de parte del patrimonio cultural intangible.

145 *Vid.*, Primer Informe Comisión de Educación, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N.º19891, 23/8/2003 [en línea]. *Op. Cit.*, págs. 33-35.

146 *Vid.*, Discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 345, Sesión 10, 30/10/2001, *Ibid.*, pág. 92.

Un año después¹⁴⁷, en el mes de septiembre el Estado de Chile adhirió a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, a su reglamento y al Primer y Segundo Protocolo. Luego a tres meses de ello, se ratificó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, la que definió al concepto de patrimonio inmaterial y estableció como obligación para los Estados adherentes la de implementar medidas de salvaguardia como la de confeccionar inventarios del patrimonio cultural inmaterial.

En el año 2014 y tras la preocupación modernizar el sistema de resguardo de bienes culturales por parte del Estado, se ratificó la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales.

El 15 de Octubre de 2016 se publicó la Ley N.º20958 modificatoria de la Ley General de Urbanismo y Construcción, que suprimió el inciso primero y tercero del art. 46.º de la misma, e incorporó al art. 28.º ter que migró la siguiente materia de los planos seccionales a los planos de detalles (subordinados a estos o a los comunales o intercomunales): «... la fijación con exactitud del diseño y características de los espacios públicos, límites de las distintas zonas o áreas del plan y, en el caso de los planes reguladores comunales y seccionales, el agrupamiento de edificios y las características de los proyectos que al encontrarse vinculados a monumentos nacionales o zonas de conservación histórica o en sectores en que el plan regulador exija la adopción de una determinada morfología o un particular estilo arquitectónico de fachadas ...»¹⁴⁸.

147 En 2008 se publicó la Ley N.º20249, que en su art. 3.º vinculó la protección a las áreas del mar que comprende a la conservación factores (tradiciones aborígenes) vinculados a bienes culturales inmateriales.

148 Art. 28.º ter, Decreto con Fuerza de Ley N.º458, Aprueba Nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones [en línea]. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, BCN, Chile, publicado el 13/4/1976. Disponible en: <http://bcn.cl/23sr7>

Finalmente, en noviembre de 2017, se publicó la ley que creó el ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, que entre otras cosas; creó una institucional relacionada al cuidado del patrimonio cultural, derogó al CNCA, y creó en reemplazo al Consejo Nacional de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN CHILE

1) Antecedentes y fuentes del establecimiento de la protección al patrimonio cultural en la constitución

Como se pudo apreciar en el capítulo anterior a propósito de la evolución de la protección del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno, los antecedentes (fuentes materiales) y fuentes (fuentes formales) de la primera inclusión del concepto de patrimonio cultural en nuestra carta fundante, se hayan en gran medida en discusiones sobre el progreso económico y sociocultural de la sociedad así como en una normativa cuyo rango normativo es de ley o inferior, correspondiendo los primeros principalmente a debates sobre la construcción de una identidad nacional, al reconocimiento de una cultura común y al establecimiento de un sistema educacional y adelantamiento cultural de la nación, y las segundas (principalmente directas¹⁴⁹) a convenios internacionales adheridos o ratificados por el Estado de Chile, leyes especializadas y sus reglamentos, decretos y ordenanzas.

149 Con anterioridad a la incorporación del concepto de patrimonio cultural en la Constitución Política de la República, es posible hallar fuentes formales indirectas relacionadas con el desarrollo doctrinario de la discusión sobre su protección, como la investigación de Mafalda Revertía (pág. 52 *passim*) no obstante, tal desarrollo doctrinal es excepcional y se encuentra principalmente ligado al trabajo legislativo en la materia.

Sin perjuicio de que dichos antecedentes y fuentes se erigieron por casi un siglo fuera del desarrollo creativo constitucional, y sólo tomaron forma a partir de la inclusión del concepto de patrimonio cultural como parte integrante del derecho a la educación en el año 1980, resulta de conveniencia para comprender cómo opera la protección al patrimonio cultural en nuestro ordenamiento jurídico, observar en detalle la evolución de algunas de las disposiciones relacionadas que sí lo tuvieron y que hoy interactúan definiendo marcos de acción, características y límites para la protección vigente.

Para ello corresponde analizar primeramente aquella normativa infra-constitucional vigente, en especial respecto de los 4 cuerpos normativos que interactúan con mayor frecuencia con la protección del patrimonio cultural, con el fin de evidenciar el sentido y alcances de dicha protección, para luego hacer lo propio con aquella presente en texto constitucional.

1.1) Normativa infra-constitucional

1.1.1) Régimen de protección contenido en la Ley N.º17288

1.1.1.1) Objeto de protección

La Ley N.º17288 protege al patrimonio cultural desde distintos enfoques; esta procura el reconocimiento de determinados bienes culturales como Monumentos Nacionales estableciendo categorías de protección, luego fija una institucionalidad que vela por la conservación y defensa de estos y finalmente presenta un conjunto de normas que dan forma a dicha conservación y defensa. El objeto de protección de esta ley corresponde a bienes patrimoniales materiales de carácter mueble e inmueble.

1.1.1.2) Mecanismos de protección contenidos en la ley

1.1.1.2.1) Normas de reconocimiento

1.1.1.2.1.1) Concepto de Monumento Nacional

La ley en comento define como Monumentos Nacionales a aquellos «... lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropo-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»¹⁵⁰.

Sobre esta definición conviene tener presente que solo se pueden considerar como tales a aquellos bienes que poseen una materialidad, por lo que, no bastaría para una cosa ser corporal en los términos del Código Civil para ser Monumento Nacional, por cuanto esta debe percibirse por más de un sentido, tal es así que la canción nacional que puede ser percibida por uno de los sentidos «no podría ser declarada monumento histórico, pues no existe materialidad que pueda ser conservada y sobre la cual recaer la declaración». Si podrían, en cambio ser declaradas las partituras originales de la canción compuesta por Carnicer y Lillo»¹⁵¹.

150 Art. 1^{er} Ley N.º17288, Legisla Sobre Monumentos Nacionales; Modifica las Leyes 16617 y 16719; Deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925 [en línea]. Ministerio de Educación Pública, BCN, Chile, publicada el 4/2/1970. Disponible en <http://bcn.cl/22irq>

151 REVETRÍA BELTRAN Mafalda, *Op. Cit.*, pág. 18.

1.1.1.2.1.2) Clasificación de los Monumentos Nacionales

Los Monumentos Nacionales se clasifican en: Monumentos Históricos, Monumentos Públicos, Monumentos Arqueológicos, Zonas Típicas o Pintorescas, y Santuarios de la Naturaleza.

1.1.1.2.1.2.1) Monumentos Históricos

Los Monumentos Históricos corresponden a «... lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo»¹⁵².

De la definición se desprende que pueden ser considerados dentro de esta categoría tanto bienes muebles o inmuebles. Asimismo, se observa que pueden ser tanto objetos singulares como plurales, ejemplo es estos últimos son el mobiliario histórico emplazado en la biblioteca del Instituto Nacional (Decreto N.º337/2004).

La categoría de Monumento Histórico, requiere que el bien objeto de la declaración sea idóneo, lo cual se determina por el interés que se le atribuye, histórico, artístico o por su antigüedad. Sobre esta última en la ley no se contiene una disposición que establezca la cantidad de tiempo para que se suscite el interés en su declaración.

152 Art. 9º, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

1.1.1.2.1.2.2) Monumentos Públicos

Los Monumentos Públicos corresponden a «... estatuas, columnas, fuentes, pirámides, placas, coronas, inscripciones y en general, todos los objetos que estuvieren colocados o se colocaren para perpetuar memoria en campos, calles, plazas y paseos o lugares públicos»¹⁵³.

De estos se deduce que corresponden a bienes inmuebles por destinación. Sobre su naturaleza, se ha discutido si es requisito para ser considerados como tales que estos se encuentren emplazados en lugares públicos (al ser a bienes nacionales de uso público¹⁵⁴), a lo que se responderá aquí que la parte final del art. 17^o no es de carácter imperativo, ya que refiere en general a aquellos objetos que fueren comprendidos en las categorías enunciadas en su primera parte. Siendo lo esencial de un Monumento Público el perpetuar la memoria.

1.1.1.2.1.2.3) Monumentos Arqueológicos

Por su parte los Monumentos Arqueológicos corresponden a «... lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional [...] así como también [...] las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren»¹⁵⁵. Como bien ha señalado Paola Gonzáles, el concepto de Monumento Arqueológico debe ser complementado con lo expresado a propósito de la definición de Monumentos Nacionales, ya que esta menciona a «... los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropo-arqueológicos, paleontológicos [...] que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas

153 Art. 17^o, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

154 Esta categorización comúnmente usada nace de una lectura parcial del art. 589^o del CC al referir al uso del bien o bienes en cuestión. Y de una lectura extensiva del art. 17^o de la Ley N.º17288.

155 Art. 21^o, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

jurisdiccionales ...»¹⁵⁶. Por tanto, los Monumentos Arqueológicos pueden ser bienes muebles como inmuebles ya fueren singulares o plurales.

1.1.1.2.1.2.4) Santuarios de la Naturaleza

La ley los define como «... todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de la ecología o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sean de interés para la ciencia o para el Estado»¹⁵⁷.

Si bien bajo esta categoría pueden ser declarados como tales únicamente bienes inmuebles, el objeto de protección no se centra únicamente en este tipo de bienes, ya que la ley procura el resguardo del ‘estado natural’ de los sitios.

A propósito de sus características, no debe confundirse a esta categoría de Monumento Nacional con Parques o Reservas Nacionales y Monumentos Naturales. Dichas categorías fueron incorporadas por el Decreto N.º531/1967¹⁵⁸, las que fueron modificadas por la Ley N.º18362 que creó un sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado.

Los primeros corresponden a «... un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de

156 Art. 1^{er}, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

157 Art. 31^o, inciso 1^{er}, *Ibid.*

158 Decreto N.º531, Contiene la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, (Washington 1940) [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 4/10/1967. Disponible en: <http://bcn.cl/1vd6d>

flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo»¹⁵⁹.

Las Reservas Naturales corresponden a «... áreas cuyos recursos naturales es necesario conservar y utilizar con especial cuidado, por la susceptibilidad de estos a sufrir degradación o por su importancia relevante en el resguardo del bienestar de la comunidad»¹⁶⁰.

Y los Monumentos Naturales se definen como «... un área generalmente reducida, caracterizada por la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios geológicos relevantes desde el punto de vista escénico, cultural, educativo o científico»¹⁶¹.

La Ley N.º17288 hace incompatibles las calidades de Parque Nacional y Santuario de la Naturaleza, no obstante, no se pronuncia sobre las otras categorías, lo que, sumado a la indeterminación del interés del Estado al definir Santuario de la Naturaleza, desdibuja las líneas que diferencian a estos de las Reservas Naturales y Monumentos Naturales. Con todo se aprecia que el objeto de protección es aparentemente más específico que en el señalado para los Santuarios de la Naturaleza, lo que los diferenciaría y que se explica mejor en sus objetivos de manejo y conservación.

1.1.1.2.1.2.5) Zona Típica o Pintoresca

Las Zonas Típicas y Pintorescas, son definidas en virtud del interés que existe en «... mantener el carácter ambiental y propio de ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos»¹⁶². Parte de la doctrina

159 Art. 5º, inciso 1º, Ley N.º18362, Crea un sistema de áreas silvestres protegidas por el Estado [en línea]. Ministerio de Agricultura, BCN, Chile, publicada el 27/12/1984. Disponible en: <http://bcn.cl/luyk3>

160 Art. 7º, inciso 1º, *Ibid.*

161 Art. 6º, inciso 1º, *Ibid.*

162 Art. 29º, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

no las ha identificado propiamente como un Monumento Nacional ya que esta requiere de la existencia o bien de sitios arqueológicos o bien de Monumentos Históricos para ser declarada como tal. Y además a diferencia de los Santuarios de la Naturaleza, no recibe una mención expresa o descriptiva a propósito de la definición de Monumento Nacional. En esta investigación se opinará de forma contraria, puesto que si se observa a esta última, se tendrá que al referir a ‘lugares’ no lo hace describiendo exclusivamente la noción de Monumento Histórico como podría pensarse, ya que tal mención es igualmente funcional a la descripción de Monumento Arqueológico, por lo que bien podría serlo para las zonas más amplias donde estos se emplacen.

1.1.1.2.2) Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales

La Ley N.º17288 mantuvo el organismo creado por el Decreto Ley N.º651/1925 (Consejo de Monumentos Nacionales), contemplándolo esta vez como un organismo técnico.

Con la modificación introducida por la Ley N.º21045, quedó establecida su dependencia del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, y cambió su estructura jerárquica, al crearse la Secretaría Técnica de Monumentos Nacionales, integrante del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, a cargo del Secretario de Monumentos Nacionales, la que entre sus funciones tiene el «Promover y ejecutar planes y programas relativos a la recuperación, valoración y sustentabilidad del patrimonio protegido por la ley 17288 ...»¹⁶³, así como velar por el cumplimiento de los permisos administrativos que trata la ley, sobre intervenciones en los bienes y excavaciones.

163 Art. 30º, inciso 1.º num. 1.º, Ley N.º21045, *Op. Cit.*

El antedicho consejo vela por la conservación de los bienes culturales que la ley protege, entre algunas de sus atribuciones más importantes se encuentran: el pronunciamiento sobre la conveniencia de atribuir la calidad de Monumento Nacional y solicitar su declaración a la autoridad competente, elaborar los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los Monumentos Nacionales para su eventual concreción y conceder los permisos o autorizaciones para excavaciones de carácter histórico arqueológico.

Su rol no se limita a ordenar la conservación de los bienes culturales antes mencionados, ya que posee entre sus facultades la difusión del patrimonio cultural que custodia por medio de investigaciones, monografías, trabajos y exposiciones.

1.1.1.2.3) Normas que dan forma a la conservación y defensa del patrimonio cultural en la Ley N.º17288

Estas normas pueden catalogarse en tres tipos, 1. aquellas que refieren a la declaración de los bienes en alguna de las categorías antes mencionadas, como a los efectos que produce tal declaración, 2. aquellas que refieren al registro e inscripción de los bienes objetos de protección, y 3. aquellas que establecen acciones y sanciones.

1.1.1.2.4) Normas que refieren a la declaración de los bienes en algunas de las categorías de protección.

1.1.1.2.4.1) Sobre los Monumentos Históricos

La declaración de un bien como Monumento Histórico se efectúa por decreto supremo dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales, pudiendo

cualquier persona solicitar por escrito que algún bien mueble o inmueble pueda ser considerado como tal. Acompañando a la solicitud los antecedentes que permitan su declaración.

La declaración de un bien como Monumento Histórico envuelve ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad sobre estos, a su respecto para algunos autores en la Ley N.º17288 se debe distinguir la graduación de dichas limitaciones, siendo de un tipo aquellas que condicionan el ejercicio del derecho dominio sobre los bienes, restricciones administrativas, y de otro, aquellas que ponen término a este, correspondiendo a expropiaciones.

Las primeras corresponden a los arts. 11.º, 12.º y 15.º de la ley, en orden:

El art. 11.º, dispone que el Consejo de Monumentos Nacionales posee el control y la supervigilancia de dichos bienes. Por lo que todo trabajo o restauración sobre estos, así como la remoción de objetos que pertenezcan a este tipo de bienes deberá ser autorizada por el Consejo de Monumentos Nacionales. Ello con sola excepción de los «... préstamos de colecciones o piezas museológicas entre museos o entidades del Estado dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural»¹⁶⁴.

Por su parte el art. 12.º establece limitaciones únicamente respecto de la propiedad particular, disponiendo que «... el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, no hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales ...»¹⁶⁵. Asimismo, establece una condicionante adicional si dichos bienes correspondieren a lugares o sitios eriazos donde no se podrá excavar o edificar si la antes dicha autorización administrativa.

164 Art. 11.º, inciso 3.º, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

165 Art. 12.º, inciso 1.º, *Ibid.*

El art. 15° limita la opción de venta o remate de un Monumento Histórico al disponer que el Estado tendrá la preferencia para su adquisición, fijando a su vez una obligación para las casas de Martillo de comunicar al consejo y con una anticipación mínima de 30 días la subasta pública o privada de objetos o bienes que notoriamente puedan constituir Monumentos Históricos¹⁶⁶.

El segundo tipo de norma, se encuentra el art. 16° de la ley, donde se faculta al Consejo de Monumentos Nacionales para solicitar «... a los organismos competentes la expropiación de los Monumentos Históricos de propiedad particular, que, en su concepto, convenga conservar en poder del Estado»¹⁶⁷.

1.1.1.2.4.2) Sobre los Monumentos Públicos

Respecto a la constitución de Monumentos Públicos, la ley fija una serie de restricciones que dicen relación con el sujeto que posee la vigilancia y cuidado de los mismos, así establece que tales bienes estarán bajo la tuición de Consejo de Monumentos Nacionales, depositando en los municipios donde estén ubicados los bienes la obligación de su mantención. Obligación compartida con los Intendentes y Gobernadores quienes «velarán por el buen estado de conservación de los Monumentos públicos situados en las provincias y departamentos de su jurisdicción ...»¹⁶⁸ los que además deberán informar cualquier deterioro o alteración que estos sufran al organismo que posee su tuición.

Además, la ley incluye una norma prohibitiva general la que impide a cualquiera cambiar la ubicación de tales bienes de no contar con la respectiva autorización del organismo que los tiene bajo su tuición y en las condiciones que establezca su reglamento.

166 *Vid.* Art. 15°, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

167 Art. 16°, *Ibid.*

168 Art. 20°, inciso 2.ª, *Ibid.*

1.1.1.2.4.3) Sobre los Monumentos Arqueológicos

Estos a diferencia de los Monumentos Históricos, Santuarios de la Naturaleza y Zonas Típicas, adquieren la calidad de tales por el solo ministerio de la ley, pasando a ser propiedad del Estado de igual forma. Con todo, tal disposición no opera con efecto retroactivo sobre aquellos bienes que hubieren sido adquiridos con anterioridad a la promulgación de la Ley N.º17288.

Para la protección de los Monumentos Arqueológicos la ley establece normas preventivas y reactivas, las primeras corresponden aquellas que buscan evitar la producción de daño sobre los bienes en cuestión, y las segundas actúan o bien cuando se ha incumplido la norma preventiva o se ha producido el daño a los bienes.

De forma preventiva establece la ley que «... toda persona natural jurídica que al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, encontrare ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador Provincial, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él»¹⁶⁹.

Asimismo, establece que para efectuar excavaciones de tipo antropo-arqueológico o paleontológico, las personas naturales o jurídicas interesadas, deberán solicitar el permiso de Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma establecida por el reglamento. Y sobre las personas naturales o jurídicas extranjeras agrega como requisitos adicionales el pertenecer a una institución científica extranjera que sea solvente y que además «... trabaje con colaboración de una institución científica estatal o universitaria chilena»¹⁷⁰.

169 Art. 26º, inciso 1º, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

170 Art. 23º, inciso 2º, *Ibid.*

De forma reactiva, establece métodos de distribución de los bienes encontrados y sanciones. Los primeros dicen relación con el derecho preferente del Estado de escoger los bienes hallados, así como las medidas de resguardo debidas al realizar excavaciones e investigaciones que actúan sobre dichos bienes. Así se distingue entre aquellas excavaciones efectuadas por organismos fiscales (incluyendo a Consejo de Monumentos Nacionales) o por personas o corporaciones que reciban subvención del Estado y aquellos hallazgos y excavaciones efectuados por particulares. Tanto en las primeras como en las segundas, los bienes hallados se distribuirán en virtud de lo dispuesto en el reglamento, no obstante, en estas últimas las personas naturales o jurídicas deben asumir el costo de la entrega de todo el material extraído o encontrado al Consejo de Monumentos Nacionales. Las segundas como se verán más adelante buscan evitar la apropiación indebida, exportación y daño que sufran los bienes y que establecen sanciones administrativas, civiles y penales al incumplimiento de sus disposiciones

1.1.1.2.4.4) Sobre los Santuarios de la Naturaleza

Una vez declarado un sitio como Santuario de la Naturaleza, estos quedan bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente. Al igual que con los Monumentos Históricos, se establecen ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad respecto de los dueños de los terrenos donde estuvieren situados, respecto de los que «... no se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural»¹⁷¹, cabe mencionar que la autorización administrativa señalada emana hoy de Consejo

171 Art. 31º, inciso 3º, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

de Monumentos Nacionales ya que el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas aún no existe.

Además de la autorización, la ley exige para los dueños del terreno donde se sitúa el Monumento Nacional, el denunciar cualquier daño producido por causas ajenas a la voluntad de estos a Consejo de Monumentos Nacionales (en reemplazo del servicio antes mencionado).

1.1.1.2.4.5) Sobre las Zonas Típicas o Pintorescas

La declaración de las Zonas Típicas o Pintorescas se efectuará por decreto supremo, previa solicitud efectuada al Consejo de Monumentos Nacionales, por cualquier persona o institución pública privada. Lo cual se efectuará mediante el ingreso a dicho organismo de un expediente de solicitud de declaratoria en conformidad al reglamento¹⁷².

Una vez declarada como tal el área, los bienes que en esta se encuentren y que no correspondan a las categorías de Monumento Arqueológico e Histórico, se encontrarán sujetos a las limitaciones que establece la ley, donde se tiene que para realizar construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, se requerirá la autorización previa de Consejo de Monumentos Nacionales, por otra parte aquellas intervenciones que dicen relación con la instalación de anuncios, avisos publicitarios, carteles, y relacionados. se registrarán por lo dispuesto en el art. 23.º del reglamento. Las intervenciones en estacionamiento de automóviles, expendio de gasolina y lubricantes, hilos telegráficos o telefónicos, en general instalaciones eléctricas, quioscos, postes, locales y

172 *Vid.* Decreto N.º223, Reglamento sobre Zonas Típicas o Pintorescas de la Ley N.º17288 [en línea]. Ministerio de Educación, BCN, Chile, 4/2/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/22clx>

cualesquiera otras construcciones permanentes o provisionales, se registrarán por lo dispuesto en el art. 24°.

Cabe notar que el Reglamento de Zonas Típicas y Pintorescas, agrega un tipo de intervención no mencionado en la ley y que refiere a aquellas intervenciones que requieran obras de desarme o demolición total, facultando a Consejo de Monumentos Nacionales para exigir antecedentes más detallados además de los requeridos por el art. 21° del mismo reglamento.

1.1.1.2.5) Registro e inscripciones

La Ley N.º17288 contempla un sistema de registro de bienes y museos públicos y privados que poseen bienes sujetos a la protección de la ley, ello de forma aparente, ya que desde la modificación introducida por la Ley N.º21045, se trasladó el registro de Monumentos Nacionales a la Secretaría Técnica del Consejo de Monumentos Nacionales, y el registro e inscripciones de museos al Sistema Nacional de Museos. Sobre esta particularidad introducida, se sostiene aquí que se dificulta la labor del manejo de la información por el organismo idóneo para su estudio, al aumentar de forma innecesaria la burocracia del aparato estatal con el sistema de información duplicada que mantendrá actualizado ambos registros.

1.1.1.2.6) Acciones y sanciones para la protección de los bienes culturales que resguarda

Las acciones concedidas por la Ley N.º17288 pueden ser ejercidas tanto por el organismo encargado de la tuición de los bienes que protege como por cualquier persona mediante una acción popular.

Sobre esta última, la ley establece que como premio se otorgará al denunciante un 20% de la multa que se aplique al infractor, lo cual parece razonable, ya que incluye a la participación de la comunidad social en la tutela del patrimonio cultural¹⁷³, con todo, se propone aquí que dicho incentivo podría redirigirse a la recuperación del bien afectado por el incumplimiento, en aquellos casos en que la multa no cubra los costos reales del daño ocasionado sobre estos.

La ley establece sanciones Administrativas, Civiles y Penales:

1.1.1.2.6.1) Sanciones administrativas

Estas consisten en multas, cuyo valor desde la modificación a la ley en el año 2005 se representan en montos equivalentes a la unidad tributaria mensual.

Para los Monumentos Históricos se establece este tipo de sanción ante el incumplimiento de lo dispuesto en los dos primeros incisos del art. 12°.

Para los Monumentos Públicos, se considera este tipo de sanción en dos oportunidades, primero al no contar con los permisos de Consejo de Monumentos Nacionales para iniciar los trabajos en estos (5 a 50 UTM) y luego al infractor que cambie la ubicación de los mismos sin el permiso respectivo (5 a 100 UTM).

Para los Monumentos Arqueológicos, la ley establece tres ocasiones en las que se aplica, la primera cuando personas naturales o jurídicas chilenas realicen excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico sin el permiso administrativo correspondiente (10

173 En el mismo sentido se expresa Rodrigo Mella al señalar: «... la aplicación de normas como estas podrían dar en el futuro un mayor sentido de protección a los monumentos nacionales». En MELLA CÁCERES, Rodrigo. *El Caso del Navío Oriflama y la Legislación sobre Monumentos Nacionales*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, profesor guía: Claudio Herrera Jarpa. pág. 77.

a 500 UTM); la segunda cuando personas naturales o jurídicas extranjeras realicen excavaciones de tipo antro-po-arqueológico sin el permiso administrativo correspondiente (10 a 500 UTM); y la tercera cuando cualquier persona natural o jurídica sin distinción de origen al realizar obras de excavación hallare objetos con carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico y no realizare la debida denuncia al Gobernador Provincial (5 a 200 UTM). Sobre esta última se dirá que el legislador no previó las dificultades de efectuar dicha denuncia.

Para las Zonas Típicas o Pintorescas la ley contempla este tipo de sanción a la realización de construcciones nuevas, de reconstrucción o mera conservación, así como las intervenciones mencionadas en el num. 2.^a del art. 30.^o sin el debido permiso de la autoridad administrativa respectiva (5 a 200 UTM).

En lo que atañe a los Santuarios de la Naturaleza, la ley sanciona los trabajos de construcción, excavación o desarrollo de actividades de explotación rural y en general toda alteración del estado natural del sitio sin la debida autorización de Consejo de Monumentos Nacionales (50 a 500 UTM).

1.1.1.2.6.2) Sanciones civiles

Estas se presentan dos casos;

La primera al señalar que existirá «... responsabilidad civil solidaria de los empresarios o contratistas a cargo de las obras, por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de denunciar el hallazgo»¹⁷⁴. Y la segunda al señalar que «... las obras o trabajos que se inicien en contravención a la presente ley, se denunciarán como obra nueva ...»¹⁷⁵, esta norma debe

174 Art. 26.^o, inc. 2.^a, Ley N.º17288, *Op. Cit.*

175 Art. 40.^o, *Ibid.*

concordarse con lo dispuesto en el inciso 2.^a del art. 18.^o y con el inciso 2.^a del num. 2.^a del art. 30.^o. Así se sujetarán en su tramitación a lo dispuesto en los arts. 565.^o a 570.^o del CC en relación con lo establecido en el art. 930.^o a propósito de las acciones posesorias especiales.

1.1.1.2.6.3) Sanciones penales

La ley establece 3 sanciones de este tipo;

La primera en el inciso 3.^o del art. 23.^o, al establecer la sanción de expulsión del territorio nacional a aquellos extranjeros cuando realizaren excavaciones sin contar con el permiso administrativo requerido, para lo que se remite a lo dispuesto en el Decreto Ley N.º1094/1975.

La segunda en su art. 38.^o, la que tiene lugar frente al daño producido que afectare de cualquier modo la integridad del monumento nacional, y que corresponde a la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas UTM. Y la Tercera que refiere a «... la apropiación de un monumento nacional constitutiva de los delitos de usurpación, hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación ...», la que lleva una multa asociada de cincuenta a doscientas UTM y una pena privativa de libertad en el caso del hurto, si no fuere posible determinar el valor del monumento nacional de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, de lo contrario se estará a las reglas generales (párr. IV, tít. IX CP); en el caso del robo con fuerza en las cosas (párr. III, tít. IX CP), la pena asociada cuando es el lugar habitado es de presidio mayor en su grado mínimo, si fuere en lugar no habitado, con presidio menor en sus grados medio a máximo; en el caso del robo con violencia e intimidación en las personas (párr. II, tít. IX CP) con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando con motivo y ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación, con presidio mayor en su grado máximo a presidio

perpetuo cuando con ocasión o motivo del robo se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los arts. 395^o, 396^o y 397^o, num. 1^{er}, y con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando se cometieren lesiones de las que trata el num. 2^a del art. 397^o o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito. Y en el caso de la receptación se estará a lo dispuesto en el art. 456^o bis A del CP, y en el de la usurpación a las reglas del párr. VI del título IX del mismo.

1.1.2) Régimen de protección contenido en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza

Las normas relacionadas a la protección del patrimonio cultural en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza, pueden agruparse en tres grupos; 1. aquellas que fijan una institucionalidad que actúa sobre los bienes con valor patrimonial, 2. aquellas que reconocen a determinados bienes como parte del patrimonio cultural y 3. aquellas que establecen normas de planificación territorial que intervienen sobre estos.

1.1.2.1) Mecanismos de protección contenidos en la ley

1.1.2.1.1) Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales

La ley identifica algunas entidades que actúan sobre los de los bienes patrimoniales como lo son el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de su División de Desarrollo Urbano (DDU), a los servicios de vivienda y urbanización (SERVIU), a las municipalidades, sus direcciones de obras municipales y consejos municipales, a los gobiernos regionales y sus

consejos regionales, a los alcaldes e intendentes, entre otras. Así también señala atribuciones a estas, sobre las que se citan dos ejemplos:

La confección por parte de las municipalidades los planes reguladores comunales, que contienen las memorias explicativas donde se identifican los bienes sujetos a la protección dentro del área afecta a planificación¹⁷⁶.

Y la intervención de la dirección de obras municipales a petición de un interesado emitiendo un certificado de informaciones previas, el cual debe incluir entre sus antecedentes complementarios la indicación de normas urbanísticas aplicables al predio como « 1) Zonas o Construcciones de Conservación Histórica o Zonas Típicas y Monumentos Nacionales, con sus respectivas reglas urbanísticas especiales»¹⁷⁷.

1.1.2.1.2) Normas de reconocimiento

Son aquellas que identifican aquellos bienes que forman parte del patrimonio cultural. La ley establece dos categorías de protección, a saber: Inmuebles y Zonas de Conservación Histórica.

Los primeros corresponden a aquellos que, dadas sus características arquitectónicas, históricas o de valor cultural, sin ser Monumento Nacional, son individualizados como Inmueble de Conservación Histórica por un instrumento de planificación territorial. Las características que deberán poseer estos bienes para ser declarados:

176 *Vid.* Art. 2.1.10, Decreto N.º47, Fija Nuevo Texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones [en línea]. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, BCN, Chile, publicado el 5/6/1992. Disponible en: <http://bcn.cl/27xcp>

177 Art. 1.4.4, inciso 7.º, num. 5.º, letra '1', *Ibid.*

- a) Que se trate de inmuebles que representen valores culturales que sea necesario proteger o preservar, sean estos arquitectónicos o históricos, y que no hubieren sido declarados Monumento Nacional, en la categoría de Monumento Histórico.
- b) Que se trate de inmuebles urbanísticamente relevantes cuya eventual demolición genere un grave menoscabo a las condiciones urbanísticas de la Comuna o localidad.
- c) Que se trate de una obra arquitectónica que constituya un hito de significación urbana, que establece una relación armónica con el resto y mantiene predominantemente su forma y materialidad original.¹⁷⁸

Las Zonas de Conservación Histórica por su parte son definidas como un área o sector conformada por uno o más conjuntos de inmuebles de valor urbanístico o cultural cuya asociación genera condiciones que se quieren preservar, y al igual que para los Inmuebles de Conservación Histórica, son identificados como tales en un instrumento de planificación territorial. Las características que deberán poseer estas zonas para ser declaradas como tales son:

- a) Que se trate de sectores cuya expresión urbanística represente valores culturales de una localidad y cuyas construcciones puedan ser objeto de acciones de rehabilitación o conservación.
- b) Que se trate de sectores urbanísticamente relevantes en que la eventual demolición de una o más de sus edificaciones genere un grave menoscabo a la zona o conjunto.
- c) Que se trate de sectores relacionados con uno o más Monumentos Nacionales en la categoría de Monumento Histórico o Zona Típica. En estos casos deberán identificarse

178 *Vid.* Art. 2.1.43, inciso 1.^a, num. 2.^a, letras ‘a’, ‘b’ y ‘c’, Decreto N.º47, *Op. Cit.*

los inmuebles declarados Monumento Nacional, los que se registrarán por las disposiciones de la Ley N.º17288.¹⁷⁹

De forma complementaria a la normativa inserta en los instrumentos de planificación territorial, la ley dispone que se deben reconocer en estos las áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural, las que se entienden como «... aquellas zonas o inmuebles de conservación histórica que defina el plan regulador comunal e inmuebles declarados monumentos nacionales en sus distintas categorías ...»¹⁸⁰. Si bien estas no corresponden propiamente una categoría de protección, fijan un grado especial de interés frente a alteraciones e intervenciones que puedan sufrir las dos categorías antes definidas.

Se debe mencionar además, que en la ley se contempla solo un tipo de solicitud de declaración de bien de interés patrimonial cultural, y corresponde a la declaración de bien Inmueble de Conservación Histórica. Esta se efectúa por escrito mediante una carta dirigida al alcalde para solicitar al consejo municipal la declaración de tal bien y su incorporación al plan regulador comunal o seccional que corresponda. A lo que el interesado deberá acompañar los documentos señalados en el inciso final del art. 2.1.38.

1.1.2.1.3) Normas de planificación territorial¹⁸¹

La ley establece una obligación de contenido para los planos reguladores en su art. 60.º que tiene gran importancia a la protección del patrimonio cultural, al disponer que «... el plan regulador señalará los inmuebles o zonas de conservación histórica, en cuyo caso los edificios

179 *Vid.* Art. 2.1.43, inciso 1.º, num. 1.º, letras 'a', 'b' y 'c', Decreto N.º47, *Op. Cit.*

180 Art. 2.1.18, inciso 4.º, *Ibid.*

181 Sobre estas, se debe tener presente la circular DDU 400 del 12/2/2018 que derogó la circular DDU 240 (que a su vez derogó la circular DDU 186), y que trata sobre las áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural inmuebles y zonas de conservación histórica, zonas típicas y monumentos históricos.

existentes no podrán ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo correspondiente»¹⁸².

En la materia intervienen principalmente los planes de desarrollo comunal e intercomunal, los cuales se relacionan en su contenido ya que ambos pueden contener planos de detalle.

Sobre la relación de estos, vale tener presente que las disposiciones de los planes intercomunales que constituyan alteraciones a las disposiciones de los planes reguladores comunales existentes, se entenderán automáticamente incorporadas a éstos y que en las comunas que carecen de plan regulador comunal, los intercomunales hacen las veces de estos.¹⁸³

Los planos de detalle son elaborados por el municipio o por la secretaría regional ministerial de vivienda y urbanismo, aprobados por el consejo municipal y promulgados por decreto alcaldicio si son planes comunales o seccionales, y por el consejo regional, promulgados por resolución del intendente, si son planes intercomunales.

Sobre los planos de detalle, la ley señala que subordinados a los planes reguladores comunales y seccionales podrán contener entre otras cosas «... las características arquitectónicas de los proyectos a realizarse en sectores vinculados con monumentos nacionales, en inmuebles o zonas de conservación histórica o en sectores en que el plan regulador exija la adopción de una determinada morfología o un particular estilo arquitectónico de fachadas ...»¹⁸⁴ los que para su aprobación deberán contener una breve memoria y disposiciones reglamentarias, donde se incluye la participación de la comunidad mediante la realización de una o más audiencias públicas en los barrios o sectores afectados por la propuesta del plan de detalle.

182 Art. 60°, inciso 2°, Decreto con Fuerza de Ley N.º458, *Op. Cit.*

183 *Vid.* Art. 38°, *Ibid.*

184 Art. 28° ter, *Ibid.*

Ello concuerda con lo dispuesto en la Ordenanza General de la ley sobre que el plan regulador comunal deberá contener entre otros documentos una memoria explicativa y la ordenanza local. Donde la primera deberá contener una identificación de los Inmuebles o Zonas de Conservación Histórica además de los inmuebles declarados Monumento Nacional y las Zonas Típicas, dentro del diagnóstico del área de planificación. Y la segunda, fijará normas urbanísticas sobre estas.

En el mismo sentido la Ordenanza reitera al establecer que: «Las Municipalidades, a través de Planos Seccionales, podrán establecer características arquitectónicas determinadas para los proyectos que se realicen en sectores ligados a Monumentos Nacionales, o cuando se trate de inmuebles o zonas de conservación histórica, de manera que las nuevas construcciones, o la modificación de las existentes, constituyan un aporte urbanístico relevante ...»¹⁸⁵.

Sobre la planificación territorial, cabe señalar que tanto los planes regionales de desarrollo urbano como los intercomunales y comunales, «... deben someterse al nuevo Sistema de Evaluación Ambiental Estratégica, que establecen los actuales artículos 2, letra i) bis, 7 bis), 7 ter) y 7 quater) de la ley 19.300»¹⁸⁶.

1.1.2.1.4) Normas sobre la intervención de bienes

Como se ha observado, las intervenciones se encuentran condicionadas a las disposiciones establecidas en los planos intercomunales, comunales o seccionales. Y sobre estos adquieren especial relevancia lo dispuesto en los arts. 2.7.8 y 2.7.9 de la Ordenanza General, siendo este último el que faculta a los municipios a «... establecer como obligatorio para todos o algunos de

185 Art. 2.7.8, Decreto N.º47, *Op. Cit.*

186 MURILLO CASTILLO Sebastián, *Op. Cit.*, pág. 80.

los inmuebles integrantes de un sector, plaza, calle o avenida, según lo hubiere determinado el Plan Regulador Comunal, la adopción de una determinada morfología o un particular estilo arquitectónico de fachadas, incluyendo disposiciones sobre la altura total de éstas y sobre la correlación de los pisos entre sí, con el fin de obtener un efecto armónico mediante el conjunto de edificaciones»¹⁸⁷.

En la misma línea con lo antes expresado sobre la Evaluación Ambiental Estratégica, la Ordenanza dispone que se encuentra exento de someterse a Evaluación de Impacto Ambiental, el procedimiento de modificación del plan regulador comunal cuando dichas «... se refieran exclusivamente a la incorporación de inmuebles o zonas de conservación histórica ...»¹⁸⁸ conforme a lo dispuesto en el inciso 2.^a del art. 60.^o de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Así también, la ley establece una excepción al cumplimiento de las normas de seguridad contenidas en el título IV de la Ordenanza General, al señalar que «El Director de Obras Municipales podrá autorizar o aprobar cualquier solicitud referida a una o más edificaciones por la autoridad como de interés patrimonial cultural, tales como Monumentos Nacionales, inmuebles de conservación histórica y edificios pertenecientes a zonas típicas, sin que les sean aplicables las normas de seguridad contenidas en los Capítulos 2 y 3 del Título 4, siempre que se acompañe un estudio de seguridad que señale las condiciones contempladas para resguardar a los ocupantes»¹⁸⁹, dicha excepción se hace extensible a las disposiciones del capítulo IV del título II.

De forma especial la Ordenanza contempla la aprobación de excepciones al cumplimiento de alguna de las normas del capítulo IV de su título II cuando los estacionamientos, accesos y salidas

187 Art. 2.7.9, inciso 1.^{er}, Decreto N.º47, *Op. Cit.*

188 Art. 2.1.11, inciso final, *Ibid.*

189 Art. 2.1.38, inciso 1.^{er}, *Ibid.*

vehiculares se relacionen o con Monumentos Nacionales, Zonas Típicas, Inmuebles o Zonas de Conservación Histórica¹⁹⁰.

Otra de las dimensiones de la intervención en los bienes patrimoniales, dice relación con el agrupamiento de los edificios y su relación con el suelo, a su respecto la Ordenanza señala que «En las zonas típicas, sectores aledaños a Monumentos Nacionales y en las zonas de conservación histórica, los Planos Seccionales podrán establecer condiciones urbanísticas especiales en cuanto al agrupamiento de los edificios y su relación con el suelo»¹⁹¹. De forma adicional y en lo que atañe a los grupos armónicos la ley establece que sobre los bienes emplazados en el mismo terreno o en un predio contiguo que Monumentos Nacionales o Inmuebles de Conservación Histórica, las ampliaciones, restauraciones, remodelaciones, reparaciones o rehabilitaciones contempladas en el inmueble declarado Monumento Nacional deberá contar con la autorización previa de Consejo de Monumentos Nacionales y cuando dichas obras se realicen en u bien Inmueble de Conservación Histórica, con la autorización previa de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo¹⁹².

1.1.3) Régimen de protección contenido en la Ley N.º19300

1.1.3.1) Concepto de medio ambiente

Como se señaló antes, la Ley N.º19300 define ‘medio ambiente’ como «... el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica,

190 *Vid.*, art 2.4.1, Decreto N.º47, *Op. Cit.*

191 Art. 2.6.1, inciso 5º, *Ibid.*

192 *Vid.* Art. 2.6.4, inciso 2º, letra ‘b’, num. 3º, *Ibid.*

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»¹⁹³

Sobre la naturaleza del concepto de medioambiente se debe anotar que se compone tanto de elementos materiales como inmateriales. Y que a razón del elemento sociocultural presente en su definición ha sido argumento frecuente para vincular al patrimonio cultural con el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación garantizado por nuestra carta fundante.

1.1.3.2) Concepto de patrimonio ambiental

El concepto de patrimonio ambiental no es definido por la ley, pudiendo extraerse su contenido de la definición de conservación del patrimonio ambiental efectuada por la misma, motivo por el que ha sido tratado por la doctrina de forma polisémica, representándose compuesto por una parte por el patrimonio cultural y por otra por el patrimonio natural de un país.

Tal relación disocia los conceptos de patrimonio natural y patrimonio cultural, y si bien va de acorde a lo establecido en convenios internacionales como la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, que separan el patrimonio natural del cultural, no responden a la realidad de la protección actual en categorías como Santuarios de la Naturaleza, Parques y Reservas Nacionales, donde también puede existir un interés cultural (como aquellos que obedecen fines educativos) en su preservación. Se postula aquí que dicha separación si bien es útil desde un punto de vista dogmático-jurídico, no puede convertirse en una limitante a la defensa de los bienes culturales, la que responde de forma indistinta a esta (especialmente en ámbitos como la gestión de los bienes), más aún si es la misma ley la que define como recursos

193 Art. 2^a, dígrafo 'II', Ley N.º19300, *Op. Cit.*

naturales a «... los componentes del medio ambiente, susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos»¹⁹⁴, razón por la que los conceptos de patrimonio natural y cultural no deben ser considerados como elementos extraños sino como un conjunto en la definición de patrimonio ambiental.

1.1.3.3) Mecanismos de protección contenidos en la ley

1.1.3.3.1) Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales

Para la protección del medio ambiente, la ley señala como organismos relacionados, al Ministerio del Medio Ambiente y a la Superintendencia del Medio Ambiente, al primero entre otras atribuciones, para la administración del Fondo de Protección Ambiental «... para financiar total o parcialmente proyectos o actividades orientados a la protección o reparación del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental»¹⁹⁵. Y a la segunda para coordinar el sistema único de fiscalización, que incluye «... el cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, de las medidas e instrumentos que establezcan los Planes de Prevención y de Descontaminación, de las normas de calidad y emisión, así como de los planes de manejo establecidos en la presente ley ...»¹⁹⁶. De igual forma, la ley señala al Servicio de Evaluación Ambiental como el encargado de la

194 Art. 2^a, letra 'r', Ley N.º19300, *Op. Cit.*

195 Art. 66º, *Ibid.*

196 Art. 64º, *Ibid.*

administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y de la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo, para los efectos de obtener los permisos o pronunciamientos¹⁹⁷. A los Tribunales Ambientales, competentes para conocer de las reclamaciones que se impongan contra de las resoluciones de la Subsecretaría del Medio Ambiente, y las acciones por daño ambiental. Y a las Subsecretarías mencionadas para la coordinación del Ministerio.

1.1.3.3.2) Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Como se pudo observar a propósito de la normativa contenida en La Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza, la Ley de Bases de Medio Ambiente contempla un mecanismo de protección denominado Evaluación Ambiental Estratégica al cual se encuentran sujetos los planes territoriales regionales, intercomunales y comunales. De forma adicional a este, la ley contempla un sistema de evaluación de impacto ambiental, en el que en conformidad a lo dispuesto en el art. 10^o en relación con el 11^o de la ley, es requerido para aquellos proyectos que produzcan una «... alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural»¹⁹⁸, un estudio de impacto ambiental.

Dicho estudio deberá sujetarse en su contenido a lo dispuesto en el art. 12^o de la ley, siendo de especial interés a la protección del patrimonio cultural las letras ‘d’ y ‘e’. La primera considera una «... predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo ...»¹⁹⁹ y la segunda «las medidas que se adoptarán

197 Vid. Art. 8^o, inc. final, Ley N.º19300, *Op. Cit.*

198 Art. 11^o, letra ‘f’, *Ibid.*

199 Art. 12^o, letra ‘d’, *Ibid.*

para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente»²⁰⁰.

1.1.3.3) Normas de calidad ambiental y de la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental

Considerando lo antes dicho sobre la noción de patrimonio ambiental, resulta útil mencionar que la ley impone al Estado el deber de administrar un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de «... conservar el patrimonio ambiental»²⁰¹. En concordancia con esto se incluye que «... fomentará e incentivará la creación de áreas silvestre protegidas de propiedad privada ...»²⁰².

1.1.3.3.4) Acceso a la información ambiental

Uno de los medios que establece la ley para la protección del patrimonio ambiental es el establecimiento como deberes del Estado; el otorgar acceso a la información ambiental, facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente²⁰³.

Reitera esta idea en al señalar que, «toda persona tiene derecho de acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N.º20285 ...»²⁰⁴. A su respecto señala los medios y contenidos de dicha información, la que incluye «... bienes del patrimonio

200 Art. 12º, letra 'e', Ley N.º19300, *Op. Cit.*

201 *Vid.* Art. 34º, *Ibid.*

202 *Vid.* Art. 35º, *Ibid.*

203 *Vid.* Art. 4º, inciso 1º, *Ibid.*

204 Art. 31º bis, inciso 1º, *Ibid.*

cultural cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medioambiente ...»²⁰⁵ señalados en la letra 'a' y los factores señalados en las letras 'b' y 'c' del art. 31^o bis, a saber:

- a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos.
- b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior.
- c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento.²⁰⁶

1.1.3.3.5) Protección al patrimonio cultural inmaterial en la ley

La ley establece que «... los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas en

205 Art. 31^o bis, inciso 2^a, letra 'f', Ley N.º19300, *Op. Cit.*

206 *Vid.* Art. 31^o bis, letras 'a', 'b' y 'c', *Ibid.*

conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes»²⁰⁷.

Mediante esta obligación introducida por la Ley N.º20417 del año 2010, se imponen lineamientos para la protección del patrimonio cultural intangible a los que debe someterse la institucionalidad medioambiental y los órganos del Estado en general en tanto posean competencias ambientales.

1.1.3.3.6) Derecho real de conservación medioambiental

En junio del año 2016 se promulgó la ley que establece el derecho real de conservación medioambiental y que en general complementa las disposiciones de la Ley N.º19300 y fue creada con el fin de promover la participación de particulares y grupos intermedios en la conservación ambiental.

Dicho derecho real inmueble «... consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste²⁰⁸ siendo constituido de forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada»²⁰⁹. Y se constituye mediante un contrato solemne, en razón de las prohibiciones, restricciones y obligaciones señaladas en el art. 6.º de la Ley N.º20930.

Es un derecho transferible salvo que en su contrato constitutivo se estimare de forma contraria, y en aquellos casos de venta forzada en que la hipoteca del acreedor hipotecario sea

207 Art. 4º, inciso 2ª, Ley N.º19300, *Op. Cit.*

208 Juan Andrés Orrego señala que la mención de dichos tributos o funciones mediante un análisis de la historia de la ley refieren al patrimonio ambiental y no ‘al predio’. En ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS, *El derecho real de conservación*, Apuntes, 2017, pág. 6.

209 Art. 2º, Ley N.º20930, Establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental [en línea]. Ministerio del Medio Ambiente, BCN, Chile, publicada el 25/6/2016. Disponible en: <http://bcn.cl/lwbvn>

preferente al derecho real de conservación (contra excepción; que el adquirente del inmueble consienta en la mantención de dicho derecho). Es transmisible, inembargable, indivisible y de duración indefinida salvo pacto en contrario.²¹⁰

1.1.3.3.7) Sistema de responsabilidades

Frente al daño ambiental (que puede recaer sobre bienes del patrimonio cultural materiales e inmateriales), la ley dispone un «... sistema de responsabilidad civil de carácter extracontractual subjetivo (pero con culpa presumida en caso de existir infracción a normas de calidad ambiental y otra de similar naturaleza), aplicable respecto de cualquier agente, sea este público o privado, y con un procedimiento especialísimo ...»²¹¹, al señalar que «Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias».²¹²

La protección aquí hace alusión al daño en los componentes del medio ambiente como bienes jurídicos de interés colectivo, lo que se hace patente al disponer la ley que «Son titulares de la acción ambiental [...] con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado ...»²¹³, con todo, en la misma se contempla que el daño ambiental puede lesionar otros

210 *Vid.* ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS, *Op. Cit.*, págs. 6-7.

211 FUENTES ROPERT R., SAAVEDRA FERNANDEZ R. *La protección del patrimonio cultural en la ley 19.300 de bases generales del medio ambiente a la luz de dos sentencias recientes*, Revista de derecho N.º11, Consejo de Defensa del Estado, 2004, pág. s/n. (194) Disponible en: <http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/revista-de-derecho>

212 Art. 52º, Ley N.º19300, *Op. Cit.*

213 Art. 54º, inciso 1º, *Ibid.*

bienes jurídicos de carácter particular, razón por la que hace compatibles la acción por daño ambiental y la acción indemnizatoria ordinaria.

La acción por daño ambiental referida en la ley es de carácter popular por cuanto «cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente, para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental»²¹⁴. Y su conocimiento y tramitación se regirá por las normas contenidas en la Ley N.º20600 que creó los Tribunales Ambientales.

1.1.3.3.8) Fiscalización

Frente al incumplimiento de las normas ambientales, se establece un sistema de comisión compartida por las municipalidades quienes actuarán como intermediarios de quienes denuncien tales incumplimientos y la superintendencia del medio ambiente para que esta les de curso.

1.1.4) Régimen de protección contenido en la Ley N.º19253

1.1.4.1) Concepto de patrimonio indígena

Esta ley no otorga una acepción de lo que debe entenderse por patrimonio indígena, sin perjuicio de que da ciertos indicios sobre su posible significado, ello en virtud de lo señalado en los arts. 7.º inciso 2.º y 28.º, toda vez que, en el primero reconoce a las culturas indígenas como parte del patrimonio de la nación chilena (donde la noción de ‘patrimonio de la nación’ se utiliza

214 Art. 54.º, inciso 2.º, Ley N.º19300, *Op. Cit.*

como sinónimo de patrimonio cultural²¹⁵), y en el segundo indica que «... el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará: [...] f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena»²¹⁶.

Así es posible inferir que el patrimonio indígena corresponde a una subcategoría del patrimonio cultural, en la que toman el protagonismo los bienes materiales e inmateriales sujetos a un interés cultural, histórico y de las ciencias que responde a un carácter indígena de tales expresiones.

1.1.4.2) Mecanismos de protección contenidos en la ley

1.1.4.2.1) Normas que versan sobre la institucionalidad relacionada a la protección de los bienes culturales

La Ley N.º19253 creó una serie de cuerpos y organismos dedicados a la protección del patrimonio cultural indígena, entre los que es posible mencionar a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, encargada de «... promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural [...] estableciendo como algunas de sus funciones el [...] b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en

215 Ello se colige de la historia de la ley, cuya noción sinonímica quedó expresada a propósito del rechazo de la solicitud del senador Cantuarias de suprimir y reemplazar el inciso segundo del art. 7.º, donde la expresión de mayoría dispuso ello «habida consideración de la necesidad de conservar la cultura indígena dentro del concepto de patrimonio cultural de la nación chilena ...», en Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas, Indicación n.º20, En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N.º19253, 5/10/1993 [en línea]. 2018, pág. 300. Disponible en: <http://s.bcn.cl/22y9w>

216 Art. 28.º, letra 'f', Ley N.º19253, *Op. Cit.*

coordinación con el Ministerio de Educación [...] f) Promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, velar por su equilibrio ecológico, por el desarrollo económico y social de sus habitantes a través del Fondo de Desarrollo Indígena y, en casos especiales, solicitar la declaración de Áreas de Desarrollo Indígena de acuerdo a esa ley [...] i) Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto»²¹⁷.

Esta ley fue ideada para accionar de forma descentralizada, por lo que creó subdirecciones nacionales, encargadas de orientar y ejecutar ‘la acción de la Corporación en favor de las personas, agrupaciones y Comunidades Indígenas dentro de su respectivo ámbito’ las que cuentan con la dirección de un subdirector nacional, el que especialmente dentro de sus atribuciones debe: «... c) Someter al Consejo Nacional, por medio del Director, la aprobación de planes y programas de desarrollo indígena para su ejecución en el ámbito de la Subdirección. Y d) Ejecutar los planes y programas aprobados por la Corporación en el ámbito de su jurisdicción ...»²¹⁸

Además, esta ley introdujo la participación indígena al aparato de gestión por medio de los consejos indígenas como organismos consultivos.

1.1.4.2.2) Normas de reconocimiento

De forma principal, en esta se establece que 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

217 *Vid.* Art. 38° y 39°, Ley N.º19253, *Op. Cit.*

218 Art. 45°, *Ibid.*

ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.»²¹⁹. Lo que debe concordarse con sus arts. 2º y 9º que definen la calidad de indígena y comunidades indígenas respectivamente, así, por tanto, ilustra su objeto de protección y lo circunscribe a parte del patrimonio cultural proveniente de tales individuos o agrupaciones.

Junto con lo anterior la ley condiciona el reconocimiento, mantención y desarrollo de tales manifestaciones, en todo lo que no sean contrarias a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, siendo a su vez deber del Estado promover sus culturas, lo que va en consonancia con el deber de promoción del patrimonio cultural establecido en la Constitución. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] el Estado debe estimular la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación (artículo 19Nº10) y debe promover la integración armónica de todos los sectores de la nación (artículo 1º, inciso final)»²²⁰.

De forma particular la ley introdujo normas especiales sobre el reconocimiento, respeto y protección de las culturas indígenas como se señaló anteriormente en su art. 28º, en especial en su letra 'f'.

1.1.4.2.3) Normas relativas a la educación, identidad y lengua indígena

Por medio de esta ley, el Estado asume la responsabilidad de promover una educación intercultural y bilingüe, la que envuelve la preparación de los educadores y los educandos, poniendo especial ahínco en la educación superior.

219 Art. 1º, inciso 1º, Ley N.º19253, *Op. Cit.*

220 Sentencia dictada por el Ilmo. Tribunal Constitucional, Rol N.º1988-11, Requerimiento presentado por 17 Senadores respecto de la inconstitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones vegetales (UPOV-91). Boletín N.º6426-10. En ARIZTÍA VILLASECA, A, y BORDACHAR BENOIT M., *Protección Constitucional del Patrimonio Cultural Intangible*, Memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Público, profesor guía: Enrique Navarro Beltrán, 2017, págs. 129-130.

La educación como principio formativo, y el lenguaje como medio de transmisión y portador de la memoria son concebidos como canales de expresión para el patrimonio cultural indígena y de la identidad de individuos y sus creaciones (que pueden comprender bienes culturales) que protege la ley. Dentro de sus disposiciones ordena «El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente»²²¹, ello fomenta el acceso a la educación e información de las culturas indígenas y establece un contenido orientado en las capacitaciones²²² que va de acorde al principio de promoción del patrimonio cultural establecido en la misma.

Como instrumento de fomento y resguardo desde el punto de vista educativo al patrimonio cultural indígena, la ley creó al Archivo General de Asuntos Indígenas, continuador legal del Archivo General de asuntos Indígenas al que aludía la Ley N.º17729, el que tiene como fin reunir y conservar, documentos oficiales que se generan sobre materias indígenas, piezas, datos, fotos, audiciones y demás antecedentes que constituyen el patrimonio histórico de los indígenas de Chile²²³.

1.1.4.2.4) Participación Indígena en materias de injerencia que la ley señala

En lo que respecta a esta, la ley es complementada por el Reglamento de Consulta Indígena, el cual dicta que «la consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un

221 Art. 28º, letra 'b', Ley N.º17253, *Op. Cit.*

222 La redacción de esto último, hace pensar que puede resultar de ello una imposición negativa a la libertad de conciencia entre quienes fueren eventualmente capacitados, con todo se piensa en esta investigación que el límite a la valoración positiva esta dado por la no contravención a la ley, la moral y las buenas costumbres.

223 *Vid.* Art. 30º, Ley N.º19253, *Op. Cit.*

derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativa, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente ...»²²⁴. Lo que debe observarse en relación a lo dispuesto especialmente en los incisos segundo y tercero de su art. 7º ya que en estos se relaciona al patrimonio cultural inmaterial con las medias legislativas y administrativas.

La participación indígena se relaciona con el patrimonio cultural material e inmaterial y es considerada como un deber para los servicios de la administración del Estado y organizaciones de carácter territorial, cuando estas traten materias que digan relación con cuestiones indígenas. Dicha participación podrá ser individual, tanto escrita como oral, con todo, la ley contempla que para «... aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena [...] cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios»²²⁵.

Dado esto es como se relaciona normativa aplicable en el Reglamento del Servicio de Impacto Ambiental respecto de los estudios de impacto ambiental que señala la Ley N.º19300 a la participación indígena. Donde se contemplan dos mecanismos, la consulta a pueblos indígenas y las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. La primera toma lugar «... en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas»²²⁶. Dicha participación envuelve deberes de información e integración dentro

224 Art. 2ª, Decreto N.º66, Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del art. 6N.º1 letra a) y N.º2 del convenio N.º169 de la OIT [en línea]. Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Servicios Sociales, BCN, Chile, publicado el 4/3/2014. Disponible en: <http://bcn.cl/luvsf>

225 Art. 34º, inciso 2ª, Ley N.º19253, *Op. Cit.*

226 Art. 85º, Decreto N.º40, Aprueba el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, Ministerio del Medio Ambiente [en línea]. BCN, Chile, publicado el 12/8/2013. Disponible en: <http://bcn.cl/luvqf>

del proceso de evaluación ambiental. Con todo se encuentra condicionado a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las partes.

La segunda toma efecto «... cuando el 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 anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas ...»²²⁷. Tales reuniones se realizan con los pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, con el propósito de recoger sus opiniones y analizar la procedencia del término anticipado del procedimiento conforme lo dispuesto en el art. 36° de la ley. Por su parte «... 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 ...»²²⁸, se analizará lo propio sobre la procedencia del art. 48° del Reglamento.

Así también como se señaló al inicio, dentro de las funciones de la Subdirecciones se contempla el sugerir mecanismos de participación indígena.

1.1.4.2.5) Informe administrativo

La ley contempla como mecanismo de protección, la extensión de un permiso administrativo que se traduce en un informe previo²²⁹ necesario otorgado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena para;

227 Art. 86°, inciso 2^a, Decreto N.º40, *Op. Cit.*

228 Art. 86°, inciso 3^o, *Ibid.*

229 *Vid.* Art. 29°, Ley N.º19253, *Op. Cit.*

- a) La venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.
- b) La salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el propósito de ser exhibidos en el extranjero.
- c) La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley N.º17288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.
- d) La sustitución de topónimos indígenas.

Cabe anotar que, sobre la antepenúltima, se contempla la consulta como medio de participación de la comunidad indígena. Por lo que no solo se concibe la protección sobre los bienes materiales, sino también en la parte del patrimonio inmaterial que pueda ser afectado.

1.1.4.2.6) Mecanismos económicos de protección al patrimonio indígena

Dentro de estos mecanismos es posible englobar por una parte a los permisos de uso y distribución de tierras, y por otra a la actividad del Fondo de Desarrollo Indígena.

Respecto de los primeros, la ley concede a los indígenas «... el derecho de ejercer comunitariamente actividades en 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»²³⁰.

Asimismo, en segundo término, la ley establece un mecanismo para que las comunidades indígenas interesadas puedan solicitar la transferencia a título gratuito de tales inmuebles.

230 Art. 19.º, inciso 1.º, Ley N.º19253, *Op. Cit.*

De forma complementaria a lo anterior, contempla la creación de Áreas de Desarrollo Indígena las que se establecen por el Ministerio de Planificación y Cooperación a propuesta de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, las que «... serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades»²³¹. Así en tales áreas, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena acciona estudiando, planificando y coordinando proyectos que interesan al patrimonio indígena.

Por su parte el Fondo de Desarrollo Indígena responde a la necesidad de financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de personas y comunidades indígenas, el cual funciona como apoyo al desarrollo de la actividad indígena, la que a su vez es muchas veces representativa de un uso o arte que posee interés a efectos de la protección del patrimonio cultural inmaterial.

1.2) Protección contenida a nivel constitucional

Las disposiciones relacionadas a la protección del patrimonio cultural en los textos constitucionales pueden agruparse en dos categorías: la primera referida a aquellas que se relacionan con el establecimiento de deberes, derechos y garantías en lo que respecta a educación y a propiedad. Y la segunda atinente al establecimiento de deberes y derechos en aquellas disposiciones relacionadas con la formación y composición del estado-nación; sus organismos, servicios e instituciones y las funciones y atribuciones relacionadas con las

231 Art. 26°, Ley N.º19253, *Op. Cit.*

anteriores. Por lo que el análisis que sigue, se centrará en el estudio de ambas categorías de forma conjunta.

1.2.1) Análisis de la regulación contenida en la materia en las constituciones previas a la del año 1925

1.2.1.1) Sobre la propiedad

El derecho de propiedad como integrante de la segunda categoría de disposiciones que contenidas en la Constitución se interrelacionan con la protección del patrimonio, remonta su acogida al texto constitucional provisorio de 1818 en el cual «la propiedad aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal»²³². Así, para la mayoría de la doctrina nacional la propiedad se constituyó en el texto de nuestra carta magna como un derecho subjetivo fundamentado en la naturaleza de la persona humana, enmarcándose dentro del individualismo jurídico, siendo a su vez ejemplo del iusnaturalismo racionalista, que nace de la construcción de un Estado que lo reconoce como una facultad o poder que tiene un individuo sobre una cosa.

En el Proyecto Constitucional de 1818 no se definió el concepto de propiedad, ni se representó en los términos de la Declaración de los Derechos de Hombre y el Ciudadano del 16 de agosto de 1789 ni del Código Civil Napoleónico de 1804, ejemplos ampliamente usados para su enmarcación dentro de una postura absolutista, pero si se describió la forma en la que procedía su ejercicio, motivo por el cual se ha encuadrado dentro de la noción más amplia y absoluta del derecho de propiedad, en la cual el Estado y los otros (cualquier habitante del

232 CORDERO QUINZACARA Eduardo, *La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno*, Revista de Derecho, vol. XIX, N.º1, julio 2006, págs. 125-148.

territorio de la nación) no debían impedir de forma alguna el ejercicio de dicho derecho. Esto se refleja en tres de las disposiciones contenidas en el Proyecto en su cap. I a propósito de los derechos del hombre en sociedad; la primera, manifiesta expresión de que el derecho a una hacienda (concepto relacionado al de bienes y patrimonio) es inalienable y perpetuo al señalar en su art. 1^{er} que «Los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil»²³³. La segunda, constituida como garantía de protección estatal y que en su art. 4.^o que versaba como sigue; «El hombre que afianza la existencia de su persona y sus bienes, a satisfacción del juez, con una seguridad suficiente, no debe ser preso ni embargado, a no ser que sea por delito que merezca pena aflictiva»²³⁴. Y la tercera, hallada en su art. 9.^o como una prohibición al Estado de privar a cualquier persona «... de su propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aun en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos»²³⁵, clara expresión el derecho de propiedad privada absoluto

El texto de la Constitución de 1822 abandonó parcialmente la mención sacramental de propiedad privada absoluta antes expuesta, eliminando aquellas expresiones que aludían a su carácter inalienable y perpetuo, trasladando dicho derecho al cap. IV ‘De la administración de justicia, y de las garantías individuales’ en su tít. VII. Allí se plasmó una variación a la redacción del art. 9.^o del Proyecto Constitucional de 1818 la que dictaba; «Todo ciudadano tiene la libre disposición de sus bienes, rentas, trabajo e industria; así es, que no se podrán poner impuestos

233 Art. 1^{er}, tít. I, cap. I, Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile, publicado en 10 de Agosto de 1818, sancionado y jurado Solemnemente el 23 de octubre del mismo [en línea]. BCN, Chile, Disponible en: <http://bcn.cl/1uynh>

234 Art. 4.^o, tít. I, cap. I, *Ibid.*

235 Art. 9.^o, tít. I, cap. I, *Ibid.*

sino en los casos muy urgentes, para salvar con la Patria las vidas y el resto de la fortuna de cada uno»²³⁶. En lo que respecta a la inviolabilidad de la propiedad se dispuso que; «A nadie le privará de sus posesiones y propiedades; y cuando algún caso raro de utilidad o necesidad común lo exija, será indemnizado el valor, a la justa tasación de hombres buenos»²³⁷. Así, además de ampliar el derecho a aquellas cosas poseídas se ampliaron también los casos en que su privación se hacía posible, siendo la utilidad y necesidad común calificadas «... por los dos Supremos Poderes, Legislativo y Ejecutivo, y por el Tribunal Supremo de Justicia»²³⁸. Esta última norma se alejó de su antecesora al dejar de referir a la propiedad privada absoluta como un derecho perteneciente al capítulo de derechos del hombre en sociedad pasando a encontrarse dentro de las facultades y límites del Poder Ejecutivo, razón por la que su redacción puede ser considerada como un resabio autoritario que generaba cierta inseguridad al régimen legal de la propiedad privada conocido.

En el texto de la Constitución moralista del año 1823, se continuó con la línea argumentativa de las cartas anteriores, no obstante, en ella la referencia al derecho de propiedad fue exigua, sobre este se mantuvo (en forma de principio) el derecho a no ser privado ninguno «... de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado notoriamente grave, y con previa indemnización»²³⁹, siendo situada ahora dicha garantía dentro del tít. relativo al poder judicial el cual versaba a su vez de los derechos individuales. Este texto no contuvo referencias relativas al derecho de propiedad similares a sus antecesoras, empero, en él se cumplió un hito

236 Art. 221.º, tít. 7.º, cap. 4.º, Constitución Política del Estado de Chile sancionada y promulgada en 30 de octubre de 1822 [en línea]. BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1v07p>

237 Art. 115.º, tít. 5.º, cap. 2.ª, *Ibid.*

238 Art. 116.º, tít. 5.º, cap. 2.ª, *Ibid.*

239 Art. 117.º, tít. XII, Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de diciembre de 1823 [en línea]. BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1v9nt>

en lo que respecta a la extensión del derecho de propiedad ya que ésta en su art. 8^o abolió de forma definitiva la esclavitud en Chile.

Por su parte la carta de 1828, si bien tuvo una vida efímera, en lo que respecta al derecho de propiedad fue redactada en consonancia a sus antecesoras, tal es así que a opinión de su comisión redactora «Los derechos individuales forman la más noble propiedad del hombre libre. La comisión en el capítulo que les ha dedicado, cree haberlos puestos á cubierto de todo ataque i usurpacion»²⁴⁰, planteamiento reafirmado al incluir dentro del capítulo de los derechos individuales a la propiedad, donde esta se aseguraba como derecho imprescriptible e inviolable²⁴¹. Además, se incluyó en la misma sección la garantía de que ningún ciudadano podría ser privado de los bienes que poseyere o de aquellos a que tuviere legítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que fuere sino en virtud de sentencia judicial, obligándose el pago del valor de lo poseído o a que tuviere legítimo derecho, sumado a una indemnización de perjuicios de ser exigida la propiedad de alguno por el servicio público²⁴². Redacción en la que se abandonó la mención a la utilidad o necesidad pública empleada por las cartas anteriores para que el Estado pudiere exigir la propiedad dejando tal decisión a discreción de servicio público. Afirmar que la forma en que se incluyó esta norma en la carta fundante, se alejaba de la noción absoluta de la propiedad privada, es negar el desarrollo doctrinario efectuado por la mayor parte

240 Discurso preliminar de la constitución (Gaceta Mercantil de 1^o de abril de 1828), Gaceta de Colombia, domingo 5 de octubre de 1828, TRIMESTRE 30, N.º376, En GACETA DE COLOMBIA, Facsímiles del N.º356- Bogotá, domingo 13 de julio de 1828 al N.º493- Bogotá, domingo 5 de diciembre de 1830 [en línea]. Banco de la República de Colombia, 1975, pág. 4. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=dSUxAQAAMAAJ>

241 “La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad [...]”, art. 10^o, cap. III, Constitución Política de la República de Chile, promulgada en 8 de agosto de 1828 [en línea]. BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1uz6a>

242 *Vid.* Art. 17^o, cap. III, *Ibid.*

de los autores en la materia, con todo no se debe olvidar que su entendimiento fue cambiando progresivamente en respuesta a las necesidades de la sociedad chilena de aquel tiempo.

La Constitución de 1833 destaca entre otras cosas por su marcada tendencia conservadora, la que buscaba entre otras cosas erigirse como un estandarte de estabilidad para el régimen político del país. Esta constitución nació de un Estado fuerte y centralista, lo que ciertamente influyó el espíritu de sus disposiciones. En lo que al derecho de propiedad respecta, esta introdujo el concepto de utilidad del Estado como causal de expropiación en el num. 6.º de su art. 12.º, cuya redacción al no definir aquella utilidad ni la forma en que esta se valoraría, permitió una apertura al posterior debate sobre la función social de esta hacia el periodo de ‘comienzos de gobierno de partido’²⁴³. Bien confirma esto el pensamiento de algunos autores en la época que consideraban que «Es indudable el derecho que tiene la nación, como suprema dueña del territorio, de poner las condiciones y modificaciones que quiera al derecho que ella misma ha establecido, porque la utilidad de todos debe sobreponerse a la individualidad, principio fundamental del pacto social»²⁴⁴.

La Constitución de 1833 al igual que la de 1828 prohibía la pena de confiscación de bienes, sin embargo y a diferencia de su antecesora, esta disposición debía interpretarse en relación a la redacción de su art. 6.º el cual era aplicable no solo a los particulares, sino también a las comunidades. La ampliación de la garantía fue discutida al finalizar el debate que puso fin las expropiaciones de las propiedades eclesiásticas hacia finales de 1830, siendo finalmente recogida por los redactores de la Constitución de 1833, así «Por ella pues, no solo se reconoce la inviolabilidad de la propiedad de cada ciudadano, como lo hacía simplemente la Constitución de

243 *Vid.* BRAVO LIRA, Bernardino, *La Constitución de 1833*, Revista Chilena de Derecho, vol. 10.º, 1983, págs. 317-329.

244 CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, Memoria, Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso, Chile, 1858, pág. 68.

1828, sino también consagra la de las corporaciones y de las comunidades religiosas. La temporalidades de los conventos no pueden ser ya confiscadas»²⁴⁵.

1.2.1.2) Sobre la educación

El proyecto de 1818 en materia de educación se constituyó como continuador del espíritu de la Ley de Instrucción Primaria de 1813. En él se estableció a propósito de la potestad legislativa, como una de las atribuciones del Senado el «... fomentar en la Capital y en todas las Ciudades y Villas, el establecimiento de escuelas públicas é institutos o colegios, donde sea formado el espíritu de la juventud por los Principios de la religión y de las ciencias.»²⁴⁶, así también se estableció como el deber para los cabildos el «fomentar el adelantamiento de la población, industria, educación de la juventud, hospicios, hospitales y cuanto sea interesante al beneficio público.»²⁴⁷, ambas normas en consonancia con la necesidad que existía entonces de fomentar una educación nacional especialmente en los jóvenes sujeta a los principios sobre los que descansaba el nuevo Estado.

Por su parte la Constitución de 1822, estableció como uno de los deberes del Congreso «dar el plan general de educación pública»²⁴⁸, donde el fomento a la educación pasó a ser estructurado como una política de Estado en la que se garantizaba que la educación pública sería uniforme en todas las escuelas. Lo que se replicaba en uno de sus capítulos a propósito de la educación

245 CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, *Loc. Cit.*

246 Art. 8º, tít. III, cap. III, Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile publicado en 10 de Agosto de 1818, sancionado y jurado Solemnemente el 23 de octubre del mismo [en línea]. *Op. Cit.*

247 Art. 2º, tít. IV, cap. VI, *Ibid.*

248 Vid. Art. 47º, num. 19, tít. 4º, cap. 4º, Constitución Política del Estado de Chile sancionada y promulgada en 30 de octubre de 1822 [en línea]. *Op. Cit.*

pública, donde quedó plasmada la intención de garantizar una estructura mínima educativa a lo largo del país²⁴⁹, así como el perfeccionamiento de la ya existente²⁵⁰.

En lo relativo a los gobiernos interiores, las facultades extendidas a los cabildos, así como su deber planteado en la Constitución Provisoria de 1818 no fueron modificadas bajo el alero de la Constitución de 1822.

La Constitución de 1823, no contuvo a diferencia de su antecesora un capítulo dedicado a la educación pública. Mantuvo dentro de las funciones del Senado el cuidar de la misma y creó un fondo de aporte que premiaba la sabiduría y los talentos literarios útiles a la Patria, lo que junto al reconocimiento de la obligación del Estado de educar a «... los jóvenes en quienes se conocieren singulares talentos para las artes o ciencias»²⁵¹, pueden considerarse como un primer intento constitucional por fomentar la generación y transmisión del patrimonio cultural.

La Constitución de 1828 hizo lo propio al mantener como deber del Congreso el fomento a la ilustración, no obstante, en esta se abandonó toda otra mención a educación salvo aquella relativa al deber de las municipalidades de «Establecer, cuidar y proteger las escuelas de primeras letras, y la educación pública en todos sus ramos»²⁵².

Al ser promulgada la Constitución de 1833, la situación del derecho de educación en su texto no surtió mayores cambios, sin embargo, durante su vigencia se dictaron una serie de leyes como la de Instrucción Primaria de 1860, la de Instrucción Secundaria y Superior de 1879 y la

249 En sus art. 232.º y 233.º, la Constitución de 1822 ordenaba el establecimiento de escuelas primarias dentro y fuera de la capital en todos los conventos religiosos y monasterios de monjas, conforme al plan de educación general creado por el Congreso Nacional.

250 En particular estableciendo como uno de los deberes del Director Supremo el cuidar del progreso y adelantamiento garantizado por la constitución al Instituto Nacional.

251 Art. 255.º, tít. XXII, Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de diciembre de 1823 [en línea]. *Op. Cit.*

252 Art. 122.º, num. 5.º, literal 'a', Constitución Política de la República de Chile, promulgada en 8 de agosto de 1828 [en línea]. *Op. Cit.*

de Instrucción Primaria Obligatoria, las que se traducirían más tarde en la dimensión social del derecho. Sin olvidar que mediante la reforma constitucional de 1874 se incorporó la libertad de enseñanza a su texto, la que se vincula a la dimensión individual de dicho derecho.

1.2.2) Análisis de la regulación contenida en la Constitución Política del año 1925

1.2.2.1) Sobre la propiedad

Cambios sociales como el establecimiento de la libertad de culto en 1865, y económicos como el establecimiento de reformas al sistema de financiamiento del gobierno, dieron paso como bien es sabido en 1890 a una crisis que culminaría en una guerra civil. Donde «El triunfo de los partidos sobre el presidente, significó también el de la interpretación parlamentaria de la constitución»²⁵³. Sin perjuicio de esto «Desde 1833 hasta 1926, la posición constitucional de la propiedad no cambió»²⁵⁴ o si lo hizo, solo fue de forma limitada, mediante la introducción de un doble deber del Estado, primero de garantizar que sólo mediante una ley se podían imponer obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública²⁵⁵, y segundo como el deber de este de propender «a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad

253 BRAVO LIRA, Bernardino, *Op Cit.* pág. 328

254 EVANS DE LA CUADRA, E., *Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile: la ley 16.615 del 20 de enero de 1967, modificatoria de la Constitución política del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967, pp. 11-12. En MIROW M. C. *Orígenes de la Función Social de la Propiedad en Chile*, Eudebe, Daniel Bonilla M. editor, Universidad de Buenos Aires, 2013, pág. 236

255 Art. 10º, inciso 3º, num. 10º, Constitución Política de la República de Chile, 18 de setiembre de 1925 [en línea]. Ministerio del Interior, BCN. Disponible en <http://bcn.cl/1v6bi>

familiar»²⁵⁶. Por lo anterior es que se denomina a este período como de la propiedad limitada, donde es «... notable la influencia del ‘constitucionalismo social’»²⁵⁷.

La Constitución de 1925, promulgada durante el segundo gobierno de Alessandri, si bien no alteró radicalmente la concepción de la propiedad privada absoluta heredada de la Constitución de 1833, si logró generar un debate enriquecedor a propósito de su redacción, sobre los fundamentos de esta y su relación con los individuos en la sociedad. En dichos debates destacó la postura del partido radical, quienes «... buscaron redefinir la naturaleza de la propiedad apelando a la idea de la función social de la propiedad»²⁵⁸, donde destacaron las posturas de Briones y Guerra, el primero siguiendo los planteamientos sobre la función social de Duguit por reconocer que la función social era una situación presente en la actividad de la sociedad (socialmente útil) y por tanto debía ser incluida necesariamente a la nueva constitución, y el segundo por y sugerir a la comisión redactora que «... siguieran la definición de propiedad como función social contenida en la Constitución alemana»²⁵⁹. Y por su redacción propuesta sobre la utilidad social contenida en la ley, como excepción a la inviolabilidad del derecho de propiedad. Con todo, y con motivo de la recurrente oposición conservadora, el debate se centró principalmente en la redistribución de tierras dentro del territorio nacional, una de las posibles razones por las que en la redacción del num. 10.º del art. 10.º se optó por hablar de utilidad pública y no función social o utilidad social.

256 Art. 10.º, inciso 2.º, num. 10.º, Constitución Política de la República de Chile, 18 de setiembre de 1925 [en línea]. *Op. Cit.*

257 CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Op Cit.*, págs. 125-148.

258 Actas oficiales de las sesiones celebradas por la comisión y subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de nueva constitución política de la república, 1925, nota 2, p.81 Apud MIROW M. C. *Op. Cit.*, pág. 238.

259 Actas oficiales de las sesiones celebradas por la comisión y subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de nueva constitución política de la república, pág. 95, Apud MIROW M. C. *Op. Cit.*, pág. 243.

El derecho de propiedad en la constitución sin mención expresa a su función social, se mantuvo sin modificaciones por casi medio siglo hasta que fue incorporado en su texto el año 1967. Ello debido en gran medida a los avances sociales hechos durante los gobiernos de Pedro Aguirre Cerda, Juan Antonio Ríos (integrante de la comisión consultiva de la constitución de 1925) y González Videla, todos adherentes al partido Radical, así como durante el segundo gobierno de Ibañez del Campo, los que para entonces permitieron su reinterpretación constitucional. Así, para cuando Jorge Alessandri asumió su gobierno y la cuestión sobre la función social se encontraba en discusión a propósito de la reforma agraria, la propiedad ya no se percibía de forma absoluta puesto que se encontraba sujeta «... a las limitaciones que el desarrollo económico nacional y en general el mantenimiento y el progreso de orden social requerirían»²⁶⁰.

1.2.2.2) Sobre la educación

El derecho de educación en la forma en que fue plasmado en la Constitución de 1925, sentó las bases para el reconocimiento del patrimonio cultural dentro de éste ya que su desarrollo en el texto se hizo tanto en su dimensión individual como social, la primera aparejada a la libertad de enseñanza y la segunda desde que se manifestó que es el Estado quien se encuentra «... obligado bajo criterios de necesidad, esto es, existiendo demanda educativa a crear establecimientos públicos, financiados con recursos públicos para satisfacer una necesidad pública concreta»²⁶¹, ello al disponer que «La educación pública es atención preferente del Estado»²⁶².

260 MIROW M. C. *Op. Cit.*, pág. 260.

261 FLORES RIVAS, Juan, *Derecho a la Educación. Su Contenido Esencial en el Derecho Chileno*, Revista Estudios constitucionales, vol. XII, N.º2, Santiago, Chile, 2014, pág. 115.

262 Art. 10, inciso 2º, num. 7º, Constitución Política de la República de Chile, 18 de setiembre de 1925 [en línea]. *Op. Cit.*

A su vez, por primera vez se estableció en esta un deber hacia sujetos titulares del derecho a la educación toda vez que se contempló la obligatoriedad de la educación primaria²⁶³.

1.2.3) Análisis de la regulación contenida en la Constitución Política de la República del año 1980

La Constitución de 1980 como se señaló con anterioridad, marcó un hito en la protección del patrimonio cultural ya que introdujo la mención al patrimonio cultural como objeto de protección e incremento de la acción del Estado. Con todo del análisis de la historia de la ley no es posible dar cuenta que para su redacción se reconociera al patrimonio cultural en la forma en la que se percibe hoy, que como se verá más adelante parece responder al fenómeno de la sobreinterpretación constitucional, ello ya que la mención al patrimonio cultural fue planteada como un precepto y no como una definición²⁶⁴. Ello se evidencia de forma patente en una de las afirmaciones de Evans sobre el contenido del patrimonio cultural, quien sostiene que (a propósito de la libertad de educación) «En primer lugar, tiene que ser entendida en cuanto ya el constituyente [...] señala cuáles son los objetivos fundamentales de la educación y dispone que debe procurarse promover en el alumnado el respeto a un conjunto de valores o bienes jurídicos que forman parte del patrimonio cultural o institucional de Chile frente al cual el concepto de “contenido” que pueden ofrecer los establecimientos educacionales queda limitado, restringido o, mejor dicho, cercado por este conjunto de bienes jurídicos y de valores humanos, nacionales y

263 *Vid.*, art. 10, inciso 3.º, num. 7.º, Constitución Política de la República de Chile, 18 de setiembre de 1925 [en línea]. *Op. Cit.*

264 Ello se evidencia en las actas de la Comisión Ortúzar en la sesión 221 de 15 de junio de 1976, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley art. 19N.º10 de la CPR de Chile de 1980, págs. 356-386.

de convivencia»²⁶⁵. Donde el patrimonio cultural responde más bien un status quo ideológico que debe ser defendido.

A propósito del derecho de propiedad, mantuvo la mención a su función social como límite de la misma en la forma establecida por su antecesora, pero ampliando las razones que darían sustento a su empleo, señalando como una de estas a la conservación del patrimonio ambiental. Con todo y a pesar de la introducción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en su art. 8.º, no sería hasta la incorporación del concepto de medioambiente en la Ley de Bases de Medio Ambiente, que podría interpretarse con mayor libertad una relación entre los conceptos de patrimonio cultural y patrimonio ambiental. Ello ya que de la historia de la ley se sigue que si bien existió una discusión al respecto de si convenía introducir el concepto del patrimonio cultural a propósito del concepto de medioambiente, toda propuesta fue eliminada en consideración a que ‘no se tenía mucha seguridad’ en cuanto a consignar un precepto separado de la preservación, conservación o cuidado del patrimonio cultural en dicho artículo, debido a que fue considerado por la comisión constituyente que era muy difícil abordar un precepto relativo a la presentación o cautela del patrimonio artístico y cultural y del paisaje²⁶⁶.

De forma adicional, esta carta mediante su art. 5.º dio apertura al reconocimiento de los derechos esenciales de la naturaleza humana, que en 1989 mediante la modificación al mismo, permitiría elevar la discusión sobre el rango jerárquico de los tratados relacionados asociados a la protección del patrimonio cultural.

265 Actas de la Comisión Ortúzar, Sesión 223 17/06/1976 en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley art. 19N.º10 de la CPR de Chile de 1980, *Op. Cit.*, pág. 426.

266 *Vid.*, Sesión 186, 9/3/1976, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley art. 19N.º8 de la CPR de Chile de 1980, 2015, pág. 34.

1.2.4) Ejes de la protección al patrimonio cultural en la constitución vigente

Así, se llega al texto constitucional vigente, el cual posee un cúmulo de normas susceptibles de ser asociadas al patrimonio cultural y su protección, entre las que destacan:

1. El art. 5° en su inciso 2°, al disponer que «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 que se encuentren vigentes»²⁶⁷. Disposición que ha permitido, como se verá en el capítulo que sigue, que permeen en nuestro ordenamiento jurídico normas y principios contenidos en dichos tratados, dando impulso al desarrollo normativo interno, de políticas, planes, y programas orientados a la protección del patrimonio cultural.

2. Los nums. 2°, 6°, 12°, 15°, 25° del art. 19°, al actuar como garantías necesarias para que el patrimonio cultural pueda manifestarse en sus diversas formas. En especial el num. 25° ya que establece entre otras cosas «La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor ...»²⁶⁸ lo que garantiza la factibilidad de crear de bienes culturales materiales e inmateriales.

3. El num. 8° del mismo artículo al disponer, «La Constitución asegura a todas las personas; [...] El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza [...] La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente»²⁶⁹. Entendiendo que, de la interpretación del concepto de

267 Art. 5°, inciso 2°, Decreto N.º100: Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de La Constitución Política de La República de Chile [en línea]. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, BCN, Chile, publicado el 22/9/2005. Disponible en: <http://bcn.cl/25mz1>

268 Art. 19°, num. 25°, Decreto N.º100, *Op. Cit.*

269 Art. 19°, num. 8°, *Ibid.*

patrimonio ambiental como parte del medio ambiente, y a su vez continente de patrimonio cultural²⁷⁰, opera como mecanismo de protección de este último al ser aplicado de forma concatenada a los incisos 2^a y 3^o del num. 24^o del mismo artículo (que atienden a la función social de la propiedad) en relación al art. 20^o inciso 2^a de nuestra carta fundante.

4. El num. 10^o inciso 6^o al disponer, «... 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»²⁷¹. Siendo el único artículo que refiere expresamente al ‘patrimonio cultural’, el cual reconoce como deber del Estado estimular su protección e incremento, lo que se relaciona con lo dispuesto el art. 1^o inciso 4^o de nuestra carta fundante el cual dispone: «Es deber del Estado [...] dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional»²⁷².

5. El num. 24^o del mismo artículo, al señalar en su inciso 2^o que «Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional y la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental»²⁷³. En atención al patrimonio cultural como límite legítimo del derecho de propiedad, en consideración a su función social, así como a lo antes dicho en relación a la amplitud interpretativa que se le ha otorgado al concepto de patrimonio

270 Como se observa en; considerando XVI, CORTE SUPREMA, Sentencia, Casación en el Fondo, causa caratulada Consejo de defensa del Estado con CTC STARTEL S.A. Rol N.º4864-2002.

271 Art. 19^o, num. 10^o, inciso 6^o, Decreto N.º100, *Op. Cit.*

272 Art. 1^{er}, inciso 4^o, *Ibid.*

273 Art. 19^o, num. 24^o, inciso 2^a, *Ibid.*

ambiental²⁷⁴. Y en su inciso tercero, al fijar los requisitos para que proceda privación de la propiedad por medio de expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, lo que se plantea como un mecanismo de protección de los bienes que forman parte del patrimonio cultural, como lo fue en el caso de la casa donde nació Arturo Prat, en San Agustín de Puñal, en Ninhue²⁷⁵.

6. El art. 22.º en sus incisos 1.ª y 2.ª, los que refieren en especial a dos cuestiones; primero al respeto a los emblemas nacionales, dirigido a todo habitante de la república, y segundo al deber general de los chilenos a contribuir a preservar los valores esenciales de la tradición chilena. El primer inciso debe ser entendido en relación al art. 2.ª de nuestra Constitución, en tanto comprende producciones intelectuales de gran importancia para la identidad cultural de nuestra Nación. Y el segundo, si bien no se tienen antecedentes sobre que valores trata, puede relacionarse igualmente a producciones intelectuales que caen en la categoría de bienes culturales inmateriales.

7. El art. 111.º inciso 1.º establece dentro de los objetivos de la administración de los gobiernos regionales ‘el desarrollo social, cultural y económico de la región’, lo que debe entenderse en relación con el art. 114.º y la transferencia de competencias efectuada por el

274 Como señaló el Excmo. Tribunal Constitucional en el caso caratulado, Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación, donde señaló en su considerando XVI: «Es precisamente la necesidad de proteger un medio ambiente libre de contaminación junto con la preservación de la naturaleza a que se refiere el numeral 8º del artículo 19 constitucional, el fundamento de la facultad que se confiere al legislador para establecer limitaciones y obligaciones que favorezcan a la conservación del patrimonio ambiental en razón de la función social de la propiedad (art. 19 N° 24º inciso segundo, de la Constitución)». TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia, Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, causa caratulada Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación, Rol N.º2299-2012.

275 Ley N.º16980, Declara Monumento Nacional la casa que señala [en línea]. Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Subsecretaría de Obras Públicas, BCN, Chile, publicada el 15/10/1968. Disponible en: <http://bcn.cl/279pm>

presidente de la república a los gobiernos regionales para los mismos fines. Ambas disposiciones se relacionan a la protección del patrimonio cultural en cuanto reiteran sus objetivos en la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, y a su vez condicionan el actuar de la administración regional, la que como dispone la ley deberá «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»²⁷⁶

8. Y el art. 118° en su inciso 4° y de forma similar que para los gobiernos regionales, señala para las municipalidades como objetivos de su desempeño el «... satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna»²⁷⁷, añadiendo en su inciso 6° que para tales fines «... podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción difusión del arte, la cultura, y el deporte ...»^{278, 279}.

Así, habiendo observado las disposiciones relacionadas al patrimonio cultural y su protección en nuestra carta fundante, de estas se identifican tres que, en atención a su inserción como derechos fundamentales, inciden de forma directa en su protección, y que a efectos de esta investigación pueden ejemplificar de mejor forma los efectos de la constitucionalización de la protección al patrimonio cultural. Y se pueden definir como ejes de esta, a saber: los nums. 10° inciso 6°; 8° y 24° incisos 2° y 3° del art. 19°, a los que se puede asociar como un cuarto eje el art. 5° inciso 2° en consideración a su rol en la introducción de normativa, planes, programas y políticas en la materia.

276 Art. 19°, letra 'f', Decreto con Fuerza de Ley 1-19175, Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional [en línea]. Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, BCN, Chile, publicado el 8/11/2005. Disponible en: <http://bcn.cl/23zcx>

277 Art. 118°, inciso 4°, Decreto N.º100, *Op. Cit.*

278 Art. 118°, inciso 6°, *Ibid.*

279 Estas ideas se encuentran reiteradas en la Ley N.º18695 en sus arts. 1° y 3° letra 'i'.

CAPÍTULO III

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

1) Desarrollo de la idea de la constitucionalización de la protección al patrimonio cultural desde el derecho interno

En nuestro país, el fenómeno de la constitucionalización del derecho comenzó a ser observado a mediados de la última década del siglo XX, entre otras razones producto del interés suscitado por los trabajos de Louis Favoreu y Ricardo Guastini²⁸⁰ en la materia. Ambos enunciantes de la ocurrencia de un fenómeno, en el cual el ordenamiento jurídico se veía transformado por la constitución, la que irrigaba con su contenido al resto de las normas.

La constitucionalización de la protección del patrimonio cultural, yace en un contexto en el que se hallan incorporados al texto constitucional los ejes de protección antes señalados, por lo que para determinar si esta tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico, en esta investigación se analizarán los planteamientos de Guastini para determinar los elementos característicos de la misma, por ser ampliamente usados por la doctrina, en relación a algunos de los efectos directos e indirectos de su ocurrencia, planteados por Luis Favoreu.

280 El primero, vinculado a varios escritos entre 1995 y 2001, relacionados a la constitucionalización del derecho, en particular a un artículo publicado en las 'Misceláneas' en homenaje a Roland Drago, "La unidad del derecho" París, Económica, 1996, pág. 25 y siguientes, reproducido en FAVOREU Luis, *La Constitucionalización del Derecho*, Revista de Derecho, vol. XII, 2001, págs. 31-43. Y el segundo, asociado a una ponencia presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 1998), denominada *La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano*.

Primeramente, se dirá que la constitucionalización del derecho es un proceso de transformación, en el que el ordenamiento jurídico resulta totalmente impregnado de normas constitucionales, el cual requiere de un desarrollo normativo constitucional sostenido en una base objetiva, lo que denomina Guastini como uno de los elementos que permite la constitucionalización del derecho: ‘rigidez y garantía jurisdiccional de la Constitución’, así, «[...] es preciso que la constitución no pueda alterarse por medios ordinarios; y para asegurar la objetividad de su significado y su aplicación, se requieren los elementos institucionales y procedimentales que caracterizan al diseño y el ejercicio del Poder Judicial, de los que carecen los órganos netamente políticos»²⁸¹, en otras palabras, «... la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquella»²⁸². Condiciones presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera característica del fenómeno de la constitucionalización, se evidencia en ‘la aplicación de las normas constitucionales como jurídicamente vinculantes’. Cuestión que incluye a las disposiciones programáticas contenidas en esta, al ser consideradas como pautas que fijan un contenido mínimo para el resto de las normas. Esta característica se relaciona con el primero de los efectos directos descritos por Favoreu, la constitución juridización, en este sentido, y como se sostuvo anteriormente, nuestra carta fundante contiene en su parte dogmática normas relacionadas a la protección del patrimonio cultural, las que son aplicables sin necesidad de que exista un desarrollo legal que les dé sostén, resultando hoy innegable su fuerza vinculante.

281 CARBONELL Miguel, SÁNCHEZ GIL, Rubén, ¿Qué es la constitucionalización del derecho?, BJV Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pág. 34.

282 FERRAJOLI Luigi, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 29 (2006), pág. 24.

La segunda característica, dice relación con la ‘sobreinterpretación constitucional’, la que implica que a las normas constitucionales es posible otorgar un significado distinto y posterior al que originalmente previera el legislador, de tal forma, «se pueden extraer del texto constitucional normas implícitas idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico»²⁸³. Esto se ha observado a través del razonamiento judicial en instancias del control de constitucionalidad, en fallos relacionados a la protección del patrimonio cultural, donde se ha interpretado de forma extensa el sentido de ciertas disposiciones, como en el caso caratulado Bellavista Oveja Tomé SPA con Consejo de Monumentos Nacionales, al incluir dentro del concepto de patrimonio ambiental al patrimonio sociocultural: «... al reconocer la Constitución en el numeral 24.º del artículo 19, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, reserva al legislador el establecimiento de los modos de adquirir y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, entre cuyas causales taxativas comprende “la conservación del patrimonio ambiental”, noción que no se restringe al medio natural, sino también el patrimonio sociocultural»²⁸⁴.

La tercera característica, refiere a ‘la aplicación directa de las normas constitucionales’, entendiéndose que esta rige tanto para las relaciones entre órganos públicos y autoridades, como entre particulares. A lo que cabe señalar, que en virtud de lo dispuesto en el inciso 2.º del art. 6.º en relación al art. 7.º de nuestra Constitución, las normas relacionadas a la protección del patrimonio cultural se aplican de forma indistinta al Estado y sus órganos como a toda persona, tanto de forma vertical como horizontal.

283 CARBONELL Miguel, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Op. Cit.* pág. 35.

284 Considerando XI, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, causa caratulada Bellavista Oveja Tomé SPA. con Consejo de Monumentos Nacionales, Rol N.º3086-2016.

La cuarta característica atiende a ‘la interpretación conforme de las leyes’, esta ocurre cuando «al tener la posibilidad un operador jurídico de aplicar a un caso concreto la interpretación X de una ley -u otro integrante ordinario del sistema jurídico- o la interpretación Y, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma y (de manera más) completa con algún mandato constitucional»²⁸⁵. En este sentido, se observa que la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural, opera mediante el análisis en conformidad realizado principalmente a propósito del control de constitucionalidad tanto preventivo como represivo (como se verá más adelante). Los que se relacionan a su vez, con el efecto indirecto de unificación del orden jurídico señalado por Favoureu, contribuyendo en cierta medida a relativizar la distinción clásica entre derecho público y derecho privado, considerando que «... las normas constitucionales se transforman progresivamente en fundamento común de las distintas ramas del derecho»²⁸⁶, lo que a modo de ejemplo, se ilustra en la forma en que los atributos o facultades esenciales del dominio han sido interpretados por el Excmo. Tribunal Constitucional, en consideración a la función social de la propiedad, la que ha operado como una forma de protección del patrimonio cultural.

La última de las características corresponde a ‘la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas’, donde las decisiones del órgano jurisdiccional que ejerce la justicia constitucional actúan como fundamento de las discusiones, propuestas y decisiones de los órganos políticos. En lo relacionado a la protección del patrimonio cultural, esta se observó a propósito del control preventivo de constitucionalidad del Convenio N.º169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde el Excmo. Tribunal

285 CARBONELL Miguel, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Op. Cit.*, pág. 37.

286 FAVOREU Luis, *Op. Cit.*, págs. 41-42.

Constitucional reparó en la forma en la que se debe interpretar su art. 6.º inciso 2.º relativo a la consulta indígena, no obstante, no declaró su inconstitucionalidad, lo que incidió en la forma en que luego se adoptó como mecanismo de protección del patrimonio ambiental en el reglamento SEIA.

Visto lo anterior sobre las características de la constitucionalización, se tiene que en lo relativo a la protección del patrimonio cultural, la fenomenología se cumple, por lo que a continuación se pasará a analizar la naturaleza de la regulación constitucional en la materia, para entender cómo ha influido en el sentido de las normas.

1.1) Análisis sobre la naturaleza de la regulación constitucional

De forma inicial, se ha de tener presente que nuestra carta fundante no establece un derecho ‘al patrimonio cultural’ como tal, refiriéndose a este únicamente a propósito de su estímulo de forma expresa como se indicó a propósito de los ejes de la protección del patrimonio cultural. Y que no obstante contener diversas disposiciones asociables a la protección del mismo (arts.: 5.º inciso 2.º; 19.º num. 2.º, 8.º, 10.º incisos 6.º, 12.º, 15.º, 24.º incisos 2.º y 3.º, 25.º; 20; 22 incisos 1.º y 2.º; 111.º inciso 1.º; 114.º y 118.º incisos 4.º y 6.º) el análisis aquí se centra en los ejes de protección antes identificados.

El primero de los ejes de la protección del patrimonio cultural, contenido en el inciso 6.º numeral 10.º del art. 19.º de nuestra carta fundante, se encuentra plasmado como un deber específico que exige un accionar positivo del Estado para estimular la protección e incremento del patrimonio cultural. En el marco de la constitucionalización del derecho, al ser aplicado como norma de forma directa, se evidencia la problemática de cómo definir su contenido, ya que su redacción no otorga el significado de sus partes, por lo que a la hora de dilucidar que se debe

entender por ‘estimular’, ‘protección’, ‘incremento’ y ‘patrimonio cultural’, forzosamente se ha de recurrir a la actividad interpretativa para hallar una respuesta.

Por su parte, el segundo eje contenido en el num. 8.º del art. 19.º en relación con el inciso 2.ª del art. 20.º de nuestra constitución, se presenta tanto como derecho como un deber, y al igual que el primero, para determinar su sentido, precisa de un desarrollo interpretativo, ya que la vinculación de este al patrimonio cultural y su protección no es expresa, y se efectúa por medio de preceptos como ‘medio ambiente’ y ‘contaminación’, los que en nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentran definidos en el texto de nuestra carta fundante sino en una norma de inferior jerarquía (como se vió en el examen de la ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente), y que no posee la rigidez de esta.

El tercero de los ejes, contenido en los incisos 2.ª y 3.º del num. 24.º del art. 19.º, como garantía, reitera lo descrito a propósito de los dos ejes anteriores, por cuanto los términos ‘función social’ y ‘utilidad nacional’ requieren lo propio.

El cuarto eje, hallado en inciso 2.ª del art. 5.º, no posee un contenido que trate la protección del patrimonio cultural, no obstante, actúa como un ‘bypass’ para aquella normativa contenida en los tratados internacionales ratificados por Chile, que si versan sobre el reconocimiento, conservación y salvaguarda del mismo.

Se puede afirmar, por tanto, que en lo que respecta a la protección del patrimonio cultural, los tres primeros ejes identificados (incluido el cuarto por no referirse propiamente a la protección al patrimonio cultural) carecen de un contenido determinado, siendo necesario recurrir a mecanismos hermenéuticos para poder determinar su sentido y alcance, evidenciándose esto como una dificultad al momento de ser aplicadas tales disposiciones de forma integrada frente a un caso en particular, por lo que se propone a estas instancias que al

encontrarse dentro del proceso de constitucionalización, la solución no debe ser planteada desde la creación o introducción de normativa especializada que intente asociar los conceptos vistos entre los ejes de protección, sino en mejorar la coherencia de estos ejes de recepción constitucional. Lo que puede efectuarse por la vía reformadora, mediante la introducción de una mención expresa a su protección en el segundo y tercer eje.

1.2) Comentarios sobre el proyecto de 9/6/2015 que busca reformar la Constitución en sus arts. 19^o num. 24^o y 22^o sobre (el) Patrimonio Histórico Cultural de la Nación

La constitucionalización del derecho, implica además del rol central de la Constitución en el ordenamiento jurídico y la aplicación de sus normas como jurídicamente vinculantes, una ‘transformación-modernización’ del derecho, dada por la influencia que esta ejerce sobre las relaciones políticas (quinta característica antes vista), la que a su vez permite la adopción de reformas sobre la misma.

En lo que respecta a la protección del patrimonio cultural, existe un ejemplo reciente de esta ‘transformación-modernización’, en el ‘proyecto de ley de reforma constitucional sobre patrimonio histórico cultural de la nación’ que si bien no se ha concretizado, busca reformar su texto como sigue:

1.-Modificación al artículo 19 N.º24 inciso 2.º

Incorpórese a continuación del término “ambiental” la frase “histórico cultural de nuestro país”.

2.-Modificación al artículo 22.º inciso 2.º

a) Reemplácese la preposición “y” a continuación de los términos “seguridad nacional” por una coma “,”;

b) Incorpórese a continuación de los términos “tradición chilena” la frase “y el patrimonio histórico cultural de nuestro país”²⁸⁷

Este proyecto de reforma merece tres comentarios breves, primero, que en ambos artículos el término empelado es patrimonio histórico cultural, y no propiamente patrimonio cultural, no existiendo un argumento en su texto para sostener por qué se prefirió tal mención, lo que dificulta su estudio frente al resto de las normas que refieren a este en nuestro ordenamiento. Segundo, la primera modificación busca explicitar que al referirse a la función social de la propiedad, ésta también comprende al patrimonio histórico cultural, infiriéndose que se reconoce la falta de vinculación expresa en el texto de nuestra carta fundante, entre los términos patrimonio ambiental (así como medio ambiente) y patrimonio histórico cultural (patrimonio cultural), donde la indeterminación de dicho vínculo ante un caso en que se aplique la norma de forma directa, supone el razonamiento por vía interpretativa de su sentido, lo que incide en la efectividad esperada de la protección. Y tercero, que en la segunda modificación, se pretende establecer la contribución y preservación del patrimonio histórico cultural como un deber fundamental de todos los chilenos, pero únicamente del patrimonio cultural de nuestro país, lo que no considera la solidaridad entre Estados y el respeto a los bienes culturales cuya importancia trasciende al interés de la comunidad de origen, y que adquiere importancia en casos como aquellos que han sido importados ilícitamente al territorio nacional.

287 *Vid.* CÁMARA DE DIPUTADOS, Redacción de Sesiones, Legislatura 363ª, Sesión 33ª 9/06/2015, Boletín N°10093-07, pág. 172.

2) Desarrollo y recepción constitucional de la protección al patrimonio cultural desde el derecho internacional

La internacionalización del derecho como uno de los fenómenos que antecedieron al proceso de la constitucionalización del derecho²⁸⁸, durante finales del siglo XX y el transcurso del siglo XXI, transitó desde el ámbito meramente privado hacia el ámbito público, donde a interés de esta investigación, se crearon diversos tratados e instrumentos internacionales que fueron adoptados por nuestro país (como se ha mencionado anteriormente) los que establecen normas, principios y directrices que interactúan con la normativa e institucionalidad interna. Así, en lo que respecta a la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural, los tratados internacionales han tomado lugar como fuentes de derecho, siendo responsables en gran medida del impulso reformativo así como del sentido atribuible por vía hermenéutica a las disposiciones afines, tanto en nuestra carta fundante como en cuerpos normativos infra constitucionales, motivo por el cual, a continuación, se revisarán los principales tratados internacionales en la materia ratificados por el Estado de Chile, en particular aquellos que pueden ayudar a dilucidar los conceptos de patrimonio cultural como de bien o bienes culturales.

Antes de iniciar con este examen, es conveniente resolver tres cuestiones brevemente;

2.1) El concepto de tratado internacional

Sobre este, se estará a lo dispuesto en la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por Chile, la que lo define como «un acuerdo internacional celebrado por

288 Inserta en la clasificación efectuada por el profesor Hernán Corral Talciani al explicar el contexto en el que emerge el neoconstitucionalismo. En CORRAL TALCIANI Hernán, *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado*, Derecho Mayor, N.º3, 2004 pág. 47-63.

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»²⁸⁹. En consideración al análisis de definiciones efectuado por la Organización de las Naciones Unidas sobre su alcance, de donde se sigue que tal definición comprende tanto un sentido amplio como restringido.

2.2) La forma en que se incorporan los tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico

A su respecto, se sostendrá la posición de que «... la reforma constitucional del año 2005 introdujo un sistema que podía considerarse como dualista moderado, ya que continuó exigiendo la presencia de un acto de transformación propio del derecho interno para incorporar disposiciones internacionales, al tiempo que, para efectos de la modificación, suspensión o derogatoria, las reglas que deberán seguirse son las propias que incorpora el tratado o las normas generales del derecho internacional»²⁹⁰.

2.3) Jerarquía de los tratados e instrumentos internacionales en relación al ordenamiento jurídico interno

Nuestra constitución, si bien contiene normas relativas a los tratados internacionales como en sus arts.; 5º inciso 2º, 32º num. 15º, 54º num. 1º y 93º nums. 1º y 3º, no establece que jerarquía normativa tienen estos. Se advierte en tal sentido, que ha sido la jurisprudencia la que

289 Art. 1º num. 1º letra 'a', Decreto N.º381, Convención Sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo, suscrita por el Gobierno de Chile, el 23 de mayo de 1969 [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 22/6/1981. Disponible en: <http://bcn.cl/1v1yn>

290 ACOSTA ALVARADO P. Andréa, *Zombis vs. Frankenstein; sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*. Estudios Constitucionales, Año 14, N.º1, 2016, pág. 22.

ha debido avocarse a determinar su valor normativo, frente a antinomias, conflictos o incompatibilidades presentadas entre las disposiciones de estos y aquellas normas contenidas en leyes o cuerpos normativos de jerarquía equivalente dentro del orden interno.

A través de los años, se ha generado una larga discusión aún no resuelta sobre el valor jurídico de los tratados internacionales, en especial respecto de aquellos que garantizan derechos humanos, donde la jurisprudencia ha oscilado desde su valorización como meros principios de acción para el Estado que los acoge, hasta normas cuyo valor jurídico es equivalente o inclusive supra constitucional tratándose de este último tipo de tratados. Con todo, desde hace unos años ha existido una tendencia por parte de nuestra jurisprudencia a reconocer el valor de los tratados internacionales como ley, en tanto ratificados válidamente por el Estado, encontrándose aquellos que garantizan los derechos humanos en una situación especial, bien a nivel de ley o supra legal pero infra constitucional.

En este sentido se ha pronunciado el Excmo. Tribunal Constitucional en: STC N.º46/1987, STC N.º346/2002, STC N.º1288/2009 y STC N.ºs 2387/2012 y 2388/2012, siendo esta última donde ha considerado «Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5º, inciso segundo, 32, Nº17, y 54, Nº1, de la constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

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,

Nº1, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma»²⁹¹.

Señalando en lo que respecta a aquellos tratados que garantizan derechos humanos, a propósito del tenor del inciso 2.º del art. 5.º que: «... Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda* -que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados-, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena). Lo que hace, entonces, esa norma constitucional es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos, pero no tiene la virtud de elevar -ni podía hacerlo, ya que no fueron aprobados en el ejercicio del Poder Constituyente tales tratados a rango constitucional»²⁹².

Así, a efectos de esta investigación se recoge la hipótesis de E. Aldunate Lizana, que distingue entre la fuerza normativa del texto de un tratado y la función normativa de este, por parecer la más correcta, ya que «... por lo pronto, la tesis de mayor jerarquía o rango normativo de los tratados, en general carece de un sustento positivo en la cual pueda fundarse. Más bien lo contrario, las referencias constitucionales a la supremacía y los mecanismos de su preservación se concentran en la preeminencia normativa de la Constitución. Las disposiciones del art. 54 CPR establecen requisitos constitucionales para afectar la vigencia del tratado en el orden interno, pero más allá de dicho ámbito no alcanzan al tratado como criterio para evaluar la validez

291 Considerando Duodécimo, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia, Inconstitucionalidad, en Roles N.ºs 2387-2012 y 2388-2012 acumulados.

292 Considerando Decimosegundo [se reitera la numeración ordinal en el fallo bajo otra lectura], *Ibid.*

de la producción normativa, rasgo que es consustancial a la noción de supremacía, entendida como preeminencia normativa»²⁹³.

A lo que se añade, que para determinar qué normativa prima sobre la otra y cómo operaría una derogación tácita de los preceptos al entrar en conflicto las disposiciones una ley o cuerpo normativo equivalente, con aquellas disposiciones de un tratado internacional, no basta con determinar a propósito de la función normativa de los tratados si el carácter de las normas que contienen son autoejecutables o no lo son, sino que se debe considerar «... la configuración del sistema de fuentes en su conjunto, así como las facultades del órgano jurisdiccional»²⁹⁴.

2.4) Análisis del desarrollo de la idea de patrimonio cultural en tratados e instrumentos internacionales

2.4.1) Convención para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y su Segundo Protocolo

Esta convención fue aprobada en la Haya el año 1954, por la Conferencia General de la UNESCO junto a su reglamento y primer protocolo, incorporándose su segundo protocolo el año 1999. Y tuvo como antecedentes mediatos al pacto de Washington de 15 de abril de 1935 (más conocido como pacto Roetrich) y las convenciones de la Haya de 1899 y 1907. Siendo promulgada junto a su reglamento y dos protocolos en Chile en el año 2009 mediante el Decreto Supremo N.º240.

293 ALDUNATE LIZANA Eduardo, *La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. Revista Ius et Praxis, año 16, N.º2, 2010, pág. 205.

294 *Ibid.*, pág. 209.

2.4.1.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales

Como se señaló a inicios de esta investigación esta convención no contiene una definición de patrimonio cultural ni de patrimonio cultural mundial, sino que únicamente se limita a señalar en su preámbulo que estos se componen de forma general por bienes culturales. Así, define bienes culturales en su art. 1.^{er} mediante una distinción tripartita, por un lado en su apartado 'a)' se incluye a aquellos bienes muebles o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos; en su apartado 'b)' a los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a). Y en su apartado 'c)' a los centros que emprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), denominados centros monumentales.²⁹⁵

A efectos de esta convención, quedan incluidos como bienes culturales únicamente bienes culturales materiales, de los cuales se distingue entre aquellos que poseen una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, que pueden ser bienes muebles e inmuebles. Aquellos que, sin contar con dicha importancia, lo son en razón de su destino y contenido, atendiendo a que contienen bienes muebles de la primera categoría, correspondiendo únicamente a bienes inmuebles. Y a aquellos que denomina centros monumentales, los que se encargan «... de proteger a zonas extensas que contengan bienes culturales como grupos de monumentos

²⁹⁵ Vid. Art. 1.^{er}, Decreto N.º240, Promulga la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, El Reglamento para la Aplicación de la Convención, su Protocolo y Segundo Protocolo [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 5/1/2009. Disponible en: <http://bcn.cl/28819>

históricos, barrios e incluso ciudades enteras»²⁹⁶, incluyendo por tanto bienes muebles e inmuebles cuya importancia al patrimonio cultural sea directa o indirecta.

A lo que se suma, que esta convención no otorga un criterio para determinar la importancia de los bienes para el patrimonio de un pueblo más allá del interés que tales bienes suscitan para la historia, el arte, la arquitectura, algún credo y las ciencias en general.

2.4.1.2) Sobre la protección a los bienes culturales

La protección que contiene la convención es de carácter general como especial. De forma general la convención trata los deberes de salvaguardia y respeto (arts. 3.º y 4.º respectivamente), correspondiendo el primero principalmente a medidas positivas que deben ser adoptadas tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, y el segundo principalmente a medidas negativas que deben ser adoptadas en tiempos de guerra. La protección de carácter especial (art.8) actúa sobre determinados bienes culturales, correspondiendo a bienes inmuebles considerados como refugios que contienen bienes culturales muebles, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande, todos sujetos a las circunstancias especiales de las letras ‘a’ y ‘b’ del mismo artículo en relación con el num. 11.º.

Además de lo anterior, la convención trata a su vez cuatro aspectos que inciden en la protección de forma indirecta, 1. establece un sistema especial de identificación y registros para hacer efectiva la protección, 2. extiende en determinados casos parte de la protección al personal encargado de la protección de los bienes culturales (art. 15.º), 3. fija una serie de normas

296 JIRI TOMAN, *Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*. ed. UNESCO, 1994, pág. 72, Apud FERCOVIC HÉCTOR M., *La protección a los bienes culturales en caso de conflicto armado*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional, Universidad de Chile, profesor guía: Edmundo Vargas Carreño, Santiago, Chile, 2014, pág. 45.

relacionadas al transporte de estos y 4. establece obligaciones para las Altas partes Contratantes de tomar medidas sancionatorias en el marco de sus sistemas penales que sean necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción a la convención.

Finalmente, corresponde señalar que esta convención posee un doble ámbito de aplicación, primero en tiempos de paz con normas como aquellas de salvaguarda, y en tiempos de guerra declarada, donde distingue entre aquellos conflictos de carácter no internacional y aquellos de carácter internacional.

Sobre la aplicación de su II protocolo, se dirá brevemente que la protección fue ampliada entre otras cosas mediante la introducción de una protección reforzada, aplicable a ciertos bienes culturales de mayor importancia para la humanidad que posean las características que indica su art. 10º.

2.4.2) Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales

Esta convención fue aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en su décimo sexta reunión celebrada en París el 12 de noviembre de 1970, iniciando la discusión para su adopción en Chile el año 1991, siendo promulgada el año 2014 mediante el Decreto Supremo N.º141.

2.4.2.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales

Desde inicios de la tramitación de su incorporación al ordenamiento jurídico, se discutió en el parlamento la idea sobre la compatibilidad de las definiciones de bienes culturales y patrimonio cultural presentes en su texto en relación con la normativa vigente relativa a monumentos nacionales. Donde hubo acuerdo en La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, que este instrumento internacional «... no pugnaría con nuestra Carta Fundamental [...] siempre que en nuestra legislación interna se regulen, a lo menos, las siguientes materias [...] “en atención a las reiteradas remisiones que la Convención hace al derecho interno de los Estados Partes –ya que–²⁹⁷ no parece posible que ella opere con la obligatoriedad jurídica de un tratado internacional, sin la dictación de normas legales complementarias, como las ya señaladas ...»²⁹⁸. De tal suerte que para el inicio del segundo trámite constitucional ante la cámara de diputados el año 2013, las disposiciones que se requerían para posibilitar su implementación se encontraban subsanadas por la Ley N.º20021 que modificó la Ley N.º17288. Así, se aceptó que tanto el concepto de patrimonio cultural como las obligaciones referentes a este, como objeto de protección que esta convención planteaba no contrariaban la legislación interna.

La convención establece en su art. 4.º que ‘los Estados Partes en la presente Convención reconocen que, para los efectos de la misma, forman parte del patrimonio cultural de cada Estado...’ definiendo a continuación categorías de bienes culturales en atención a su origen

297 *Locución agregada por el artífice de esta obra para dar un cabal entendimiento a la cita.

298 Primer Trámite Constitucional, Nuevo Informe de Comisión de Relaciones Exteriores, Senado, 15/10/1993, Cuenta en Sesión 26, Legislatura 326. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia del Decreto Supremo N.º141, 30/09/2014 [en línea]. 2018, págs. 30-31. Disponible en: <http://s.bcn.cl/2883x>

creativo, al territorio en que se encuentran y al tipo de relación jurídico privada al que fueron expuestos.

Por lo que para entender el sentido de patrimonio cultural, debe estarse a la definición bienes culturales que otorga, que los define como: ‘los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia; enumerando luego algunos de estos tipos de bienes como, a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía; b) bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas; c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) y d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos’²⁹⁹.

De tal forma que en esta convención solo quedan comprendidos dentro de la noción de patrimonio cultural aquellos bienes culturales, que corresponden a bienes materiales muebles singulares o plurales y que hubieren sido declarados de forma expresa como tal por los Estados.

2.4.2.2) Sobre la protección a los bienes culturales

Esta convención, incluyó por una parte un deber general para los Estados de combatir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (art. 2.º en relación al art. 7.º) y por otra, obligaciones particulares como: 1. la obligación para Estados Partes de establecer las condiciones apropiadas para la creación de uno o varios servicios relacionados a la protección del patrimonio cultural y dotarlos de medios y personal, con el fin

²⁹⁹ *Vid.*, Art. 1.º, Decreto N.º141, Promulga la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de la UNESCO [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, publicado el 30/9/2014. Disponible en: <http://bcn.cl/222n3>

de que tales servicios puedan contribuir, entre otras cosas, a la preparación de proyectos de textos legislativos y reglamentarios que permitan la protección del patrimonio cultural (art.5.º); 2. la obligación para los Estados de crear un sistema de certificados de exportación para los bienes culturales (art. 6.º); 3. «La obligación de imponer sanciones penales o administrativas a toda persona responsable de haber infringido las prohibiciones contenidas en el apartado ‘b’ del art. 6.º y del apartado ‘b’ del art. 7.º»³⁰⁰. Y 4. la obligación de los Estados de propender por medio de la educación a una conducta positiva hacia la valoración de los bienes culturales (art. 10.º).

2.4.3) Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural

Esta convención fue aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su decimoséptima reunión en París el 16 de noviembre de 1972, siendo promulgada en Chile el año 1980 mediante el Decreto Supremo N.º259.

2.4.3.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales

Ésta se diferencia de las que le antecedieron, al ser el primer instrumento que propiamente destina un apartado a la definición del concepto de patrimonio cultural, y que dispone como se señaló a inicios de esta investigación a propósito del concepto de patrimonio cultural material, una triple clasificación de los bienes que integran su contenido. Por lo que, para efectos de su aplicación, la convención reconoce como ‘patrimonio cultural’, solo a bienes materiales muebles e inmuebles ya fueren singulares o plurales.

300 Art. 8º, Decreto N.º141, *Op. Cit.*

A su vez, esta convención abandona la mención relativa a ‘la importancia de los bienes para los pueblos’, como elemento característico y prefiere hablar de la existencia de ‘un valor universal excepcional’ que recae sobre estos, encargándose de aclarar que no obstante «El hecho de que un patrimonio cultural y natural no se haya inscrito en una u otra de las dos listas de que tratan los párrafos 2 y 4 del art. 11 no significará en modo alguno que no tenga un valor universal excepcional para fines distintas de los que resultan de la inscripción en estas listas»³⁰¹. La idea de valor universal excepcional da claros indicios de que es acotada, a lo que se añade que la convención distingue entre bienes culturales y bienes naturales en atención al calificativo de tal valor universal que atribuye a cada tipo de bien (ya fuere desde el punto de vista de la historia, el arte, la ciencia, estética, etnología, antropología, etc.), siendo más amplio en el caso de algunos bienes culturales y más restringido en el caso de bienes naturales. Restando de estos últimos toda vinculación a un valor histórico o social-cultural (salvo en lo relativo al tercer tipo de bienes naturales que reconoce, donde el valor puede hallarse en la mera conservación donde no se define que comprende).

2.4.3.2) Sobre la protección a los bienes culturales

La convención establece un deber general de los Estados de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (art. 4.º), así también incluye una obligación negativa para los Estados Parte a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio

301 Art. 12.º, Decreto N.º259, Promulga la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, Suscrita en UNESCO, París, el 16 de Noviembre de 1972 [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 12/5/1980. Disponible en: <http://bcn.cl/1vafy>

cultural y natural de que tratan los arts. 1.^{er} y 2.^a situados en el territorio de los estados parte (art. 6.^o num. 3.^o).

Además de lo anterior, la convención incluye obligaciones particulares, como: 1. identificar, proteger y conservar tales bienes mediante la adopción de políticas, para la integración del patrimonio cultural desde el punto de vista de la planificación general (art. 5.^o letra 'a'), 2. desarrollar estudios y la investigación científica y técnica para perfeccionar métodos de intervención frente a los peligros que amenacen al patrimonio cultural y natural, así como de programas de educación (arts. 5.^o y 27.^o respectivamente), 3. adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras, adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar el patrimonio cultural y natural (art. 5.^o letra 'd'), entre otras.

Igualmente se incluye de forma novedosa un principio de cooperación internacional entre los Estados Parte en materias de conservación y defensa de los bienes culturales y naturales (arts. 4.^o, 6.^o y 19.^o).

2.4.4) Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

Esta convención fue adoptada Conferencia General de la UNESCO en su trigésimo segunda reunión en París el 17 de octubre de 2003, siendo promulgada en Chile el año 2009 mediante el Decreto Supremo N.º11.

La convención tiene como antecedentes principales a la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales celebrada en 1982, la que puso en discusión de forma oficial la expresión “patrimonio inmaterial”, al incluirlo dentro del concepto de patrimonio cultural que ideó la

Declaración de México Sobre las Políticas Culturales³⁰² celebrada a propósito de la misma, así como a la declaración universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001, y la Declaración de Estambul de 2002³⁰³.

2.4.4.1) Concepto de patrimonio cultural y bienes culturales

Como se señaló a inicios de esta investigación a propósito del concepto de patrimonio cultural inmaterial, esta extiende su protección tanto a aquellos bienes de interés inmateriales como su sostén material, los que se manifiestan en particular en a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales³⁰⁴.

A los efectos de esta convención, solo quedan bajo resguardo aquellos bienes formantes del patrimonio cultural inmaterial compatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible. De lo cual se deduce que el valor atribuible al contenido del patrimonio inmaterial se supedita a valores o principios universales propios de los derechos fundamentales de tercera generación, como los de respeto entre los pueblos y comunidades, y de

302 Esta Conferencia definió el Patrimonio Cultural de un pueblo como «... las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan un sentido a la vida. Es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo: la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas». Principio 23, Declaración de México Sobre Las Políticas Culturales, Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F. 26 de julio -6 de agosto 1982.

303 *Vid.*, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia del Decreto Supremo N.º11, 13/3/2009 [en línea]. 2018, págs. 4-5. Disponible en: <http://s.bcn.cl/23wsd>

304 *Vid.*, Art. 2^a, num. 2^a, Decreto N.º11 Promulga la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 13/3/2009. Disponible en:<http://bcn.cl/227qr>

desarrollo sostenible, a propósito de este último el patrimonio cultural inmaterial fue contemplado en la agenda 2030 de la UN en relación a cuatro objetivos: 1. el desarrollo social incluyente, 2. el desarrollo económico inclusivo, 3. la sostenibilidad del medio ambiente, 4. la paz y seguridad. Lo que refleja que su salvaguarda se plantea como un derecho social de tercera generación cuyo interés puede trascender a los de una comunidad o Estado en particular.

2.4.4.2) Sobre la protección a los bienes culturales

Esta convención define la salvaguarda del patrimonio inmaterial como «las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión [...] y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos»³⁰⁵. Cuyo ámbito de acción se da tanto a nivel nacional como internacional.

En el primero (tít. III), establece como deber para los Estados Parte el adoptar medidas necesarias para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio (art. 11^o). Además, establece medidas especiales, entre las que se hallan: la realización de un inventario de bienes que forman parte del patrimonio cultural inmaterial (art. 12^o), la adopción de una política general encaminada a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad (art. 13^o letra ‘a’), la designación o creación de uno o varios organismos competentes para su salvaguardia (art. 13^o letra ‘b’), medidas educativas de sensibilización y fortalecimiento de capacidades (art. 14^o) y medidas de participación de las comunidades o grupos en la gestión del patrimonio inmaterial (art. 15^o).

305 Art. 2^o, num. 3^o, Decreto N.º11, *Op. Cit.*

En el plano internacional (tít. IV), la convención ordena la creación de una lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad, junto a programas y proyectos de salvaguarda, además de la introducción de un principio de cooperación y asistencia internacional (tít. V) y un fondo del patrimonio cultural inmaterial (tít. VI).

2.4.5) Derecho a la protección del patrimonio cultural como un derecho social de tercera generación

Al referir a la protección del patrimonio cultural como derecho social de tercera generación, en esta investigación se hace en el sentido de derecho social como ‘fundamental’, por encontrarse como derecho positivado en nuestra Constitución y a la vez ser expresión de los fines a los que propende el Estado en función de su moralidad. Sentido que se otorga, sin perjuicio de que tanto en nuestra carta fundante como en los tratados internacionales que versan sobre la materia, este sea tratado más propiamente como un derecho público subjetivo, si se considera que el sujeto obligado es el Estado, quien, frente a los particulares, debe de conceder determinados derechos y garantías. Como contraposición a lo que ocurre con los derechos fundamentales, donde los sujetos obligados pueden ser tanto el Estado como los particulares de forma indistinta.

Habido lo anterior, y como se ha venido señalando, el único artículo que trata explícitamente la protección al patrimonio cultural, lo hace a propósito de su estímulo, en el art. 19° num. 10° inciso 6° de nuestra Constitución, a propósito del derecho a la educación, el cual de forma habitual es señalado como un derecho fundamental de segunda generación, no obstante esto, se considera aquí que a la protección del patrimonio cultural toma lugar como un derecho fundamental de tercera generación, puesto que este no dice relación con su acceso u oportunidad

como derecho 'a un patrimonio cultural', sino como un derecho 'a su resguardo', entendiendo que tal protección implica un acto positivo por parte del Estado que se vincula de forma operativa al derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación (el cual corresponde plenamente a un derecho de tercera generación). Y que, además, se vincula a otros derechos como 'el derecho al desarrollo que permita una vida digna' y 'el derecho a la cooperación nacional y regional', donde participa del marco de la solidaridad entre Estados. Y Donde se identifica que el sujeto activo que lo disfruta (a este derecho) ya no es un individuo, sino que son grupos o colectivos. Rasgo propio de los derechos de tercera generación³⁰⁶. Así se observa, que la protección del patrimonio cultural como derecho exigible del Estado atiende a su vez a valores universales, refiriéndose a más del patrimonio cultural de una determinada comunidad social o Estado, al patrimonio cultural como patrimonio común de la humanidad.

3) Reflexión sobre el uso del recurso de protección como mecanismo de protección reflejo de la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural

Inserto en el proceso de la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural, el recurso de protección y en particular de protección ambiental, han sido herramientas útiles a la hora de proteger la integridad del patrimonio cultural. Estos han sido sustento y ejemplo de la aplicación directa de nuestra carta fundante como norma jurídica. Así lo demuestran diversos fallos, como el caratulado Yanko Pajkuric Devia con Municipalidad de Santiago³⁰⁷, en el que la Excma. Corte Suprema acogió el recurso de protección deducido y revocó la sentencia apelada,

306 Vid., FRAGUAS Lourdes, *El Concepto de Derechos Fundamentales y las Generaciones de Derechos*, Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Catalayud, N.º21, 2015, pág. 132.

307 CORTE SUPREMA, Sentencia, Protección, causa caratulada (Yanko Pajkuric Devia) Ugarte Vial Fernando contra Ilustre Municipalidad de Santiago, Rol N.º 6086-13.

en razón de que le asistía un deber de cooperación en el cuidado y protección de la Parroquia San Francisco de Asís a la Municipalidad en tanto autoridad administrativa, en conformidad a lo dispuesto en el art. 8° de la ley N.º17288 en relación con la garantía constitucional del art. 19° num. 2°. También se observa lo anterior en el fallo caratulado Francisca Linconao Huircapán con Forestal Palermo Limitada, donde a propósito de la preservación del patrimonio ambiental (en relación al patrimonio cultural), la Excm. Corte razonó que «... la jerarquía que le da la Constitución a este derecho se aprecia en la facultad que se le otorga al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio de otros derechos o libertades para proteger el medio ambiente, así en concordancia con lo anterior se encuentra el concepto de función social de la propiedad definido en el inciso 2° del N°24 del artículo 19. Ahora bien, entre los bienes jurídicos que pueden justificar las limitaciones al dominio se encuentra la conservación del patrimonio ambiental»³⁰⁸. Donde se aprecia de forma clara el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica que obra por sobre el resto de los cuerpos normativos.

Con todo, la aplicación del recurso de protección en general se ha visto afectada por el desarrollo actual de los procedimientos especiales como aquellos llevados ante los tribunales ambientales, se concuerda con Arturo Fermandois y Teresita Chubretovic al afirmar que, desde finales de la década de 1970 hasta hoy, el ‘panorama de órganos, acciones y mecanismos dotados de tutela jurisdiccional sobre los actos del Estado y de los particulares que vulnere derechos constitucionales ha cambiado de forma radical’³⁰⁹, lo que ha afectado la necesidad de recurrir de protección frente a las diversas materias que puedan suscitar su empleo.

308 Considerando IV, CORTE SUPREMA, Sentencia, Protección Ambiental, causa caratulada Francisca Linconao Huircapán con Forestal Palermo Limitada, Excm. C.S. Rol. N.º7287-2009

309 *Vid.*, FERMANDOIS VÓHRINGER A., CHUBRETOVIC ARNAIZ T., *El Recurso de Protección en Asuntos Ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)*, Revista Chilena de Derecho, vol. 43, N.º1, 2016, pág. 67.

En particular, al recurso de protección ambiental, ya que este además se encuentra sujeto a criterios de procedencia que no se encuentran definidos del todo, por lo que su acogimiento se ha relativizado. Sin perjuicio de esto, se reconoce por algunos en consideración a lo que dispone nuestra carta fundante, que para su procedencia requiere; que el derecho sea afectado por un acto u omisión ilegal, debiendo imputarse la infracción de la ley en autoridad o persona determinada, que la acción u omisión que da origen al recurso se sustente en argumentos determinables de forma precisa en la ley sin requerir de un examen privativo, únicamente factible de ser resuelto por vía especial; que los derechos y deberes³¹⁰ jurídicos transgredidos sean altamente valorados por la constitución, como los deberes participación y acceso a la información ambiental en especial en lo relativo a la consulta de personas y comunidades indígenas cuando exista un bien cultural afectado.

Y que exista una urgencia cautelar, la que se manifiesta en la necesidad que fundamentar la reparación del agravio.

De lo expuesto, podría pensarse que la aplicación de la Constitución como norma jurídica y sus valores y principios, se ha visto mermada frente a la proliferación de procedimientos especiales como aquellos por daño ambiental y la pérdida de fuerza del recurso de protección como mecanismo de control constitucional, sin embargo, ello no ha sido de esta forma ya que el

310 Estos derechos y deberes pueden obedecer a obligaciones contraídas por el Estado de Chile mediante tratados internacionales, y aún más a normas de *ius cogens*, como se indicó a propósito del mismo recurso de protección *Linconao Huircapán contra Forestal Palermo Limitada*, donde la Excm. Corte señaló que «El derecho como se desprende con claridad del artículo 1 y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional ...» Considerando X, CORTE SUPREMA, Sentencia, Protección Ambiental, causa caratulada *Francisca Linconao Huircapán con Forestal Palermo Limitada*, *Op. Cit.*

fenómeno de la constitucionalización del derecho ha permitido situar a las normas constitucionales como criterios de validez tanto en las normas de procedimiento, como en las normas de contenido de las propias leyes especiales, así por ejemplo, los tribunales ambientales, se encuentran sujetos en su funcionamiento al imperio de la Constitución, sus valores y principios. Por lo que, al realizar el análisis de un caso en particular sometido a su conocimiento, antes de resolver en su especialidad, deben analizar si se ha dado cumplimiento efectivo a las normas y principios que prevé la Constitución. Siendo esto a su vez reflejo de la posición de la misma en el ordenamiento jurídico, y que manifiesta al dictar que «los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo»³¹¹.

4) Análisis sobre el control de constitucionalidad en la materia

Desde la reforma a la ley el año 2005, en que se reunieron en el Tribunal Constitucional el control preventivo sobre proyectos de leyes, así como el control represivo cuando estas se encuentran vigentes, tuvo lugar un fenómeno que es de importancia a al estudio del desarrollo de la constitucionalización del derecho, el cual es el establecimiento de una nueva jurisdicción constitucional, la que ha permitido, el reconocimiento de precedentes en la forma en que ha sentenciado dicho tribunal, a diferencia del sistema anterior radicado esencialmente en la Excma. Corte Suprema, en el que «... la ausencia de precedente o stare decisis en el proceder de ese Alto tribunal volvía inexistente la idea de jurisprudencia»³¹². Ello ha permitido que sea posible la invalidación de normas legales inconstitucionales, principiando con la declaración de

311 Art. 6º, inciso 2º, Decreto N.º100, *Op. Cit.*

312 GÓMEZ BERNALES Gastón, en ZÚÑIGA URBINA Francisco, Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, doctrina y jurisprudencia del tribunal constitucional sobre temas procesales. Thomson Reuters, Segunda ed., 2011, pról., pág. 4.

inaplicabilidad de tales normas y culminando con la declaración de inconstitucionalidad de las mismas.

Siendo de esta forma, el Tribunal Constitucional contribuye garantizando la supremacía de la Constitución como pilar del sistema de control constitucional concentrado y único.

Así cabe distinguir entre el control de constitucionalidad preventivo que realiza este órgano, con el control represivo, tanto de tipo concreto y abstracto, para entender cómo se expresa en algunos de los fenómenos de la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural.

El primero en su expresión facultativa se realiza sobre simples proyectos de ley, proyectos de reforma constitucional y tratados internacionales sometidos a la aprobación del congreso. Y en su expresión obligatoria respecto de leyes interpretativas de la constitución, leyes orgánicas constitucionales y tratados internacionales que contienen normas de este tipo.

De tal forma que la corrección que realiza el Tribunal Constitucional de forma preventiva en conformidad a la Constitución toma lugar, en la materia, en casos como en el análisis del Proyecto de Ley que creó el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio o mediante el análisis de conformidad de las disposiciones contenidas en tratados internacionales como el mencionado a propósito de la promulgación de la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales.

Sobre el control de constitucionalidad jurisdiccional que ejerce a propósito de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este es «concreto, represivo y facultativo [...] concreto por estar ligado a extremos fácticos del caso en que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución [...] represivo porque concierne a preceptos legales [...] y [...] facultativo ya que tiene como sujetos activos legitimados a las partes y al juez, quienes actúan

vía requerimiento o recurso cuando se trata de parte, como impropia mente habla, o vía cuestión de inaplicabilidad»³¹³.

Por su parte la dimensión del control represivo abstracto que ejerce el Tribunal Constitucional, se refleja en la cuestión de inconstitucionalidad, que por la reforma de 2005 quedó supeditada a la existencia de la estimación de inaplicabilidad de la norma en cuestión, más el requisito de que sea resuelta por la mayoría de los cuatro quintos de los integrantes del tribunal.

El control de constitucionalidad represivo a propósito de la cuestión de inaplicabilidad, al actuar en particular, se centra en el estudio de la interpretación conforme a la Constitución, teniendo como principio rector la jerarquía superior de la Constitución sin que deba proceder el análisis de inaplicabilidad por preceptos legales constitucionalizados. A su respecto, es posible señalar que en la mayoría de los casos se ha resuelto en favor de las normas que aluden a la protección del patrimonio cultural, como el fallo caratulado Bellavista Oveja Tomé S.P.A. con Consejo de Monumentos Nacionales, el cual desestimó el requerimiento de inaplicabilidad del art. 12° de la ley N.º17288 por no ser contrario a los derechos establecidos en los num. 21° y 24° del art. 19° de la Constitución, señalando el Excmo. Tribunal entre otros argumentos que «... del concepto de Monumentos y de Patrimonio cultural, en cuanto verdaderos depositarios del valor e identidad históricos y evolutivos de las comunidades, podemos comprender la importancia que adquieren para éstas y, en consecuencia, el reconocimiento y la debida protección por parte del ordenamiento jurídico, en lo que se ha denominado como status activus processualis o deberes estatales de protección, de acuerdo a la teoría de la “Constitución como

313 ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Op. Cit.*, pág. 30.

cultural” formulada por el destacado constitucionalista alemán Peter Häberle ...»³¹⁴. Cabe señalar que Häberle³¹⁵, sostiene que «La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas.»³¹⁶, señalado a su vez que «... comprender la constitución como cultural puede también aclarar mejor el cambio del sentido de las normas constitucionales sin una modificación en su redacción»³¹⁷, lo que en esta investigación ha sido identificado como uno de los efectos de la constitucionalización del derecho: la sobreinterpretación constitucional.

Otro ejemplo de la aplicación del control represivo a propósito de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, es el fallo caratulado Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales, en el cual se desestima el requerimiento del requirente por no constar los arts. 29.º y 30.º de la Ley N.º17288, que permiten la ampliación de la Zona Típica de Isla Negra, en una transgresión de los num. 24.º y 26.º del art. 19.º de nuestra carta fundante. El que al referirse a la eventual transgresión de las facultades del derecho de dominio, sostiene una postura favorable a la protección del patrimonio cultural, señalando a propósito de la función social de la propiedad «que, del examen de la jurisprudencia comparada, unido a los lineamientos sentados por esta magistratura en pronunciamientos previos puede sostenerse que para que una limitación al derecho de propiedad sea constitucionalmente irreprochable, en

314 Considerando VII, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, causa caratulada Bellavista Oveja Tomé SPA. con Consejo de Monumentos Nacionales, *Op. Cit.*

315 Quien propusiere en el mismo sentido que en capítulo anterior de esta investigación que al hablar de monumentos nacionales no puede desconocerse las implicancias culturales que pueden asistirlas. *Vid.*, HÄBERLE Peter, *La constitución como cultura*, Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N.º6, 2002, pág. 189.

316 *Ibid.* pág. 194.

317 *Ibid.* pág. 195.

ejercicio de la función social de la propiedad, debe respetarse; a) El adecuado equilibrio entre el derecho de propiedad privada y otros derechos fundamentales que puedan estar comprometidos en el conflicto concreto de que se trata, envolviendo estos últimos un claro interés social que supera el mero interés individual. Así ocurriría, por ejemplo, si se encuentran en contraposición el derecho de propiedad y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho este último que permite establecer limitaciones legítimas al derecho de propiedad privada en razón de la conservación del patrimonio ambiental ...»³¹⁸. Aquí se observa por un lado una apreciación valorativa superior por un determinado derecho frente a otro, donde prima el interés social plasmado en la norma constitucional, sobre el ejercicio de la propiedad privada como derecho individual. Y por otro, la intención del Excmo. Tribunal a mantener un criterio unificador en la forma de resolver.

Como excepción a lo anterior (antes de la reforma de 2005) se puede citar la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en el caso conocido como ‘palacio Pereira’, entre el Fisco y la inmobiliaria Maullín Limitada. Donde se dio preferencia por parte de la Excma. Corte al derecho consagrado en el num. 24° del art. 19° de nuestra carta fundante, en contra de las disposiciones contenidas en los arts. 11° y 12° de la Ley N.º17288, ello ya que estos artículos vulneraban en el caso en particular ‘la garantía del artículo 19Nº24 de la Constitución, al privar al dueño del inmueble de los atributos que le son propios’. Donde el voto de mayoría estimó que la función social de la propiedad no puede «... en caso alguno afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, el derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente

318 Considerando XI, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia, Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, causa caratulada Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación, *Op. Cit.*

de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de los tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios ...»³¹⁹.

Aquí se observa como el elemento central de la argumentación para acoger la inaplicabilidad, son preceptos constitucionales, donde ha operado la interpretación conforme a la constitución para negar la efectividad de los arts. 11^o y 12^o de la ley de Monumentos Nacionales. Inclusive, recurriéndose a una interpretación histórica del texto constitucional como norma jurídica de aplicación directa, para reiterar dicha negativa, que como señaló la Excm. Corte «... hace aún más patente la inconstitucionalidad de las disposiciones reclamadas, si ellas se comparan con las preexistentes en la legislación anterior a la Ley 17.288, esto es, las normas del Decreto Ley 651, de 1925, dictado bajo el imperio de la Constitución Política de la República de ese año, que garantizaba en su artículo 10 N°10 la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna»³²⁰.

En lo que atañe como expresión de la constitucionalización de la protección del patrimonio cultural se encuentra el voto disidente del presidente señor Libedinsky y de los ministros señores Chaigneau, Marín y la señorita Morales. Primero señalando que la cuestión sobre inconstitucionalidad se centra únicamente en el análisis de ‘establecer si los arts. 11^o y 12^o de la ley pugnan definitiva y absolutamente con las garantías que aseguran los números 20^o y 24^o del art. 19^o de la Carta Política’. Dando primacía al contenido constitucional como fuente argumental. Sosteniendo que es improcedente acoger la inaplicabilidad, toda vez que, primero «... debe recordarse que el inciso segundo del artículo N°24 de la Constitución Política de la

319 Considerando VI, CORTE SUPREMA, Sentencia, Inaplicabilidad, causa caratulada Fisco con Inmobiliaria Maullín Limitada, Rol N.º 4309-2002.

320 Considerando X, *Ibid.*

República, en lo pertinente, prescribe que “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. Por lo tanto, no es dable sostener que se produzca la contradicción pretendida por el recurrente, entre el citado artículo 19°²⁴ y las normas legales que cuestiona en su líbello, como quisiera que, según se ha visto, el precepto constitucional se remite a la ley no sólo para el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad sino que, también, para la regulación de su uso, goce y disposición»³²¹. Y segundo, al referirse de forma directa a la protección del patrimonio cultural como deber del Estado; «resulta igualmente oportuno anotar que entre los deberes que la Carta Política asigna al Estado está el de fomentar “la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación” [...] objetivo al que se orientan las disposiciones de la Ley N°17.288 que versan, entre otras materias relacionadas con esos intereses nacionales, sobre la protección y conservación de los bienes que pasan a ser monumentos históricos»³²².

Por su parte, el control de constitucionalidad represivo por medio de la cuestión de inconstitucionalidad, tiende a la sobreinterpretación constitucional, toda vez que el análisis abstracto de la norma se extiende a situaciones ideales, como las que dicen relación con normas inspiradoras de los valores constitucionales, que se presentan en forma de leyes que refuerzan las garantías y derechos que en esta se plasman (como aquellas denominadas bloque de constitucionalidad). A la fecha cabe señalar sobre este tipo de control represivo, que no se ha dado la oportunidad para que en materia de protección del patrimonio cultural el Excmo. Tribunal obre como legislador negativo.

321 Núm. 7, Voto disidente, CORTE SUPREMA, Sentencia, Inaplicabilidad, causa caratulada Fisco con Inmobiliaria Maullín Limitada, *Op. Cit.*

322 Núm. 8, Voto disidente, *Ibid.*

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN LA RECEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Entendiendo que el efecto de transformación-modernización del derecho como expresión de la constitucionalización de este, no opera únicamente sobre los cuerpos normativos de categoría infra constitucional, sino también sobre la Constitución misma y sus disposiciones, resulta de interés conocer cómo se ha resuelto la incorporación de la protección del patrimonio cultural en otras cartas fundantes, habida cuenta que tal fenómeno ha tomado forma y sido discutido en otras legislaciones, por lo que a continuación, se examinará como se ha plasmado la incorporación de dicha protección en los textos constitucionales de cuatro países: los Estados Unidos Mexicanos, Colombia, Perú y España por poseer un sistema jurídico equivalente al nuestro y elementos culturales comunes. Ello de forma suscita ya que el análisis pormenorizado de cada ordenamiento excedería el ámbito de esta investigación.

1) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, la recepción constitucional del derecho a la cultura en general y de la protección al patrimonio cultural en particular, ha tenido una evolución de larga data, desde inicios del siglo XIX, mediante la incorporación de

diversas disposiciones relacionadas al derecho a la educación y al derecho de autor, a sus diversas constituciones, actas y leyes constitucionales que precedieron a la Constitución Política de 1917, la cual es reconocida como la primera del país en introducir el concepto de cultura en su articulado³²³. En esta, la regulación sobre el derecho a la cultura y la protección del patrimonio cultural, adquirió forma propia en el año 2009, mediante la modificación a su art. 4.º en su inciso 12.º que introdujo el ‘derecho de acceso a la cultura’. Sin perjuicio de que, a esta carta fundante, comenzaron a incorporarse disposiciones relativas a la cultura y su protección desde el año 1921 a su art. 73.º a propósito de las facultades del congreso, a la que le siguieron la modificación de 1946 a su art. 3.º mediante la incorporación del deber del Estado en el acrecentamiento de la cultura nacional; la de 1980, mediante la modificación de la fracción VIII del mismo artículo en lo relativo a los fines de las universidades e instituciones de educación superior; la modificación de 1993 a la fracción V del mismo artículo que normó la actividad del Estado hacia el fortalecimiento y difusión de la cultura del pueblo mexicano; y la modificación de 2001 a su art. 2.º que incorporó entre otras cosas el reconocimiento de la Nación Mexicana como pluricultural, y de los pueblos indígenas, sus instituciones políticas, sociales y culturales³²⁴.

Las principales disposiciones que contiene asociadas al derecho de acceso a la cultura y al deber del Estado en su desarrollo, fomento y difusión, se encuentran en los arts. 2.ª inciso 2.ª y 5.º letra ‘a’ fracción IV; 3.º inciso 2.º fracción V; 4.º inciso 12.º; y 26.º. Las dos primeras refieren al reconocimiento de la Nación Mexicana como pluricultural y a la libre determinación de la preservación y enriquecimiento de las lenguas, conocimientos y todos los elementos que

323 Sobre la historia de la recepción constitucional del derecho a la cultura se puede observar la obra de ORTIZ AVILA Raúl, *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, UNAM, 2000, 490 págs..

324 *Vid.*, Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 a 1º de junio de 2009, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009, 396 págs.

constituyen la cultura e identidad indígena. La tercera consagra de forma expresa el derecho de acceso a la cultura, en su primera parte al disponer que «Toda persona tiene el derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales ...»³²⁵, la que ha sido entendida mas bien como un ‘derecho de acceso a los bienes y servicios culturales’³²⁶. Y en su segunda parte al deber del Estado de promover «... los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa ...»³²⁷. Y en la última de estas, en lo atinente a la organización del Estado, el cual tiene como uno de sus deberes el propender a la democratización cultural de la nación.

Por su parte, asociada a la protección del patrimonio cultural, se encuentra al art. 2.º inciso 5º fracción IV, al referir al derecho de los pueblos y comunidades indígenas de determinar de forma autónoma la preservación de sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

Visto lo anterior, se puede afirmar que, en el texto vigente de la Constitución en comento, no se reconoce de forma expresa a la protección del patrimonio cultural, sin perjuicio de tratar sobre el derecho de acceso a la cultura y contener un principio de su protección, hallándose como objeto de esta última, elementos reconocibles vinculados al concepto de patrimonio cultural en esta investigación, como aquellos que componen la cultura indígena y sus artes. Empero, conviene tener presente que en otros cuerpos normativos si se encuentran referencias al

325 Art. 4º, inciso 12º, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Diario Oficial de la Federación, Querétaro, Estados Unidos Mexicanos, promulgada y publicada el 5/2/1917. Disponible en www.diputados.gob.mx [en información parlamentaria, accesos directos, leyes federales y estatales]

326 DORANTES DÍAZ, Francisco, *Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características alcances y limitaciones*. Revista Alegatos, vol. XXVII num. 85, México, septiembre/diciembre 2013, pág. 857.

327 Art. 4º, inciso 12º, segunda parte, Constitución Política de los Estados Mexicanos, *Op. Cit.*

patrimonio cultural y su protección, como en la Ley federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas de México, y en el decreto que crea el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, así como en los tratados internacionales válidamente adoptados por México, entre los cuales se encuentran (al igual que en Chile) los cuatro vistos en el cap. III de esta investigación.

2) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política de Colombia

La modificación constitucional de 1991, marcó un antes y un después para la protección del patrimonio cultural en Colombia, ya que se incorporaron a su texto una serie de derechos, deberes y garantías asociados a la cultura que sistematizaron de forma concatenada diversos aspectos de esta. Entre tales derechos, deberes y garantías, se encuentran; el derecho de acceso a la cultura, el deber por parte del Estado hacia el desarrollo y fomento de esta, y la protección del patrimonio cultural.

Antes de examinar las disposiciones que los tratan, cabe indicar que la forma en que se ordenan los derechos y garantías en la Constitución de Colombia, obedece en parte a la teoría de las tres generaciones de derechos humanos propuesta en 1979 por el jurista checo-francés Karel Vasak³²⁸. De tal forma que en su I cap. se encuentran recogidos derechos fundamentales, principalmente asociados a libertades, en su II cap., derechos sociales, económicos y culturales, y en su III cap., derechos colectivos y del ambiente.

En la Constitución de Colombia, el reconocimiento del derecho de acceso a la cultura, es tratado conjuntamente a su fomento por parte del Estado, lo que se evidencia en su art. 2.º al disponer como uno de los fines esenciales del Estado el «... facilitar la participación de todos en

328 *Vid.*, SANABRIA ACEVEDO Alberto, *Los Derechos Culturales en Colombia*, s/a, pág. 2.

las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación ...»³²⁹; en sus arts. 70° y 71°, a propósito del derecho a la educación, al señalar como deber del Estado la promoción y fomento del acceso a la cultura de todos los nacionales, el fomento a la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación, y la libertad en la búsqueda del conocimiento y expresión artística. Y en sus arts. 10° y 68° inciso 5° al reconocer y respetar la identidad cultural de las comunidades, además del derecho a desarrollar tal identidad.

Por su parte el derecho de protección al patrimonio cultural, se vincula a los arts. 7°, 8°, 63°, 72°, 95° inciso 3° num. 8°. En los dos primeros como un deber del Estado en la protección de la diversidad cultural, y las riquezas culturales y naturales de la Nación. En los tres siguientes, como un deber preferente del Estado (y general de todas las personas y ciudadanos) de proteger los bienes culturales que forman parte del patrimonio cultural de la Nación, en especial los que correspondieren a bienes de uso público, parques naturales y otras tierras de resguardo, y los bienes arqueológicos, encontrándose un interés reforzado en el cuidado de estos últimos, al disponer el art. 72° que pertenecen a la Nación, son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Vista su ordenación en la Constitución, podría pensarse que el derecho a la protección del patrimonio cultural, es reconocido como un derecho de segunda generación, sin embargo, esto no es del todo claro si se observa que la redacción del art. 95° inciso 3° num. 8° incluye como deberes y obligaciones del ciudadano: «Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación por un ambiente sano»³³⁰, asociando a los recursos culturales con el

329 Art. 2°, Constitución Política de Colombia [en línea]. Bogotá, Colombia, Gaceta Constitucional promulgada y publicada el 7/7/1991. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co [en vigencia expresa de leyes]

330 Art. 95°, inciso 3°, num. 8°, Constitución Política de Colombia [en línea]. *Op. Cit.*

cuidado del ambiente, lo que se debe concordar con el art. 88.º de misma carta, y que trata sobre las acciones populares de los derechos e intereses colectivos (el que incluye al derecho de ambiente como uno de sus objetos de protección) y con las Leyes N.ºs 472/1998 y 397/1997, y el Decreto N.º2372/2010, siendo la primera de estas, la que regula el ejercicio de tales acciones, y que establece en su art. 4.º literal 'f', al derecho a la defensa del patrimonio cultural de la nación como un derecho colectivo. La segunda la que define patrimonio cultural de la nación y añade un factor ambiental y ecológico a este.³³¹ Y el tercero, el que vincula al patrimonio cultural como uno de los objetivos generales de conservación de la naturaleza.

Así, considerando lo expuesto, se puede sostener que el derecho de protección al patrimonio cultural en la Constitución de Colombia se regula como un derecho de tercera generación, en atención a que posee un carácter colectivo, que se vincula a la protección del ambiente y la necesidad de limitar la disponibilidad de sus recursos en miras de su conservación.

3) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política de Perú

En el ordenamiento jurídico de Perú, la inclusión de disposiciones al texto constitucional que protegen la cultura en general y al patrimonio cultural en particular, al igual que para nuestro país fue posterior a la gestación de su regulación a nivel de ley, con todo, esta fue más extensa y tomó forma a partir la Constitución de 1979³³², en la cual se recogían como deberes del Estado, el propiciar el acceso a la cultura (art. 2.º num. 6.º), el de fomentar su desarrollo por parte del mismo (arts. 34.º, 35.º, 37.º, 45.º, 46.º y 100.º) y el reconocimiento y protección del patrimonio

331 *Vid.*, MARTINEZ M., TRUJILLO S. H., *Las acciones Populares en Colombia*, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de Procesal, 2001, pág. 54.

332 Sin perjuicio de que en la carta de 1929 en su art. 58.º, ya se establecía un principio de esta protección.

cultural (arts. 21^o, 36^o y 83^o). Los derechos, deberes y garantías que esta constitución fijó (principalmente deberes del Estado), fueron modificados por la constitución de 1993, actualmente vigente, la que los recoge en su mayoría en su cap. I, sobre los derechos fundamentales de la persona y en su cap. II, de los derechos sociales y económicos. Así, esta carta reconoce; el derecho a la cultura, el derecho de acceso a la cultura junto al fomento de su desarrollo y difusión, y la protección al patrimonio cultural.

Sobre el derecho a la cultura, este es reconocido de forma indirecta, en sus arts. 2^o num. 8^o, 19^o inciso 1^o, y 89^o inciso 3^o, en el primero a propósito de la libertad de crear cultura, al disponer que toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, y en los últimos dos a propósito de la libertad de autodeterminación cultural, fijando como deber del Estado de reconocer, respetar y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

El derecho de acceso a la cultura, de igual forma es abordado más bien como un deber del Estado hacia los particulares, lo que se evidencia en la forma en la que se plantea en el art. 2^o num. 8^o segunda parte, al referir al acceso a la cultura, su fomento, desarrollo y difusión como una actividad del Estado hacia los particulares, y en sus arts. 17^o inciso 4^o primera parte y 18^o, a propósito del derecho a la educación, sus fines y el fomento de una educación bilingüe e intercultural.

En lo que dice relación con la protección del patrimonio cultural de forma directa, en ésta se recoge a propósito de los arts. 17^o inciso 4^o en su segunda parte, 21^o y 195^o num. 8^o. La primera de estas disposiciones, reconoce el deber del Estado de preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. La segunda, en su primer inciso, enumera ciertos bienes culturales y aquellos que presumiblemente pueden serlo, y los engloba dentro de la definición de

patrimonio cultural, para luego señalar que se encuentran bajo la protección del Estado. Disposición que merece nuestra atención ya que esta carta fundante, no solo considera como patrimonio cultural aquellos bienes (materiales o inmateriales) que conforme a lo dispuesto en la ley sean declarados como tales, sino que incluye (y en su protección) a aquellos que pueden llegar a serlo. Disposición que sirvió de inspiración para la redacción del art. III del título preliminar de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación³³³, la que conlleva que «No es fundamental que un bien cultural se encuentre declarado mediante una resolución para su protección, este también puede ser protegido por sus características inherentes: importancia, valor y significado»³³⁴. En el segundo inciso se exponen algunos caracteres de la protección otorgada, como lo son el fomento a la participación privada de su conservación, restauración, exhibición y difusión, y la restitución de los bienes cuando hubieren sido trasladados fuera del territorio nacional, perdiendo los detentores de dichos bienes de forma automática la propiedad de los bienes en favor del estado en la forma estipulada en la ley³³⁵.

De forma tangencial se protege al patrimonio cultural en la presente constitución en el art. 2º num. 22º y los arts. 66º a 69º, en lo relacionado a la protección del medio ambiente, toda vez que si bien el texto constitucional no contiene una vinculación expresa entre la protección del

333 Dicho artículo establece en que consiste la presunción legal de la condición cultural: «Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el art. Precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que Perú sea parte.

La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte». En art. III, título preliminar, Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación [en línea]. Diario Oficial, Perú, publicada el 22/7/2004. Disponible en: www.leyes.congreso.gob.pe

334 GAMBOA GARIBAY Juan, Marco legal nacional, tipificación de delitos, penas y sanciones, Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural, Ministerio de Cultura del Perú, Ponencia Arica, 2/9/2014.

335 Art. 10, Ley N.º 28296, *Op. Cit.*

ambiente y los recursos naturales, la Ley General del Ambiente, si lo hace en sus art. IV preliminar, y 2º num. 2.3, al señalar en el primero que la conservación del patrimonio cultural se vincula a la defensa de los componentes del medio ambiente. Y en el segundo al disponer que «... toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a [...] el patrimonio cultural asociado a ellos ...»³³⁶.

4) Recepción constitucional de la protección del patrimonio cultural en la Constitución Política Española

En el ordenamiento jurídico español, la incorporación al texto constitucional de la protección a la cultura en general y del patrimonio cultural en particular, tiene como primer antecedente a la constitución de 1931, la que en su art. 45º protegía a ‘toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño’ (únicamente bienes materiales), elevándola a la categoría de tesoro cultural de la Nación, extendiendo la protección (de forma diferenciada) a aquellos ‘lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico’. Esta disposición tuvo como antecedentes a la ley de excavaciones arqueológicas de 1911³³⁷, la Ley de Monumentos Arquitectónicos Artísticos de 1915³³⁸, al Real Decreto Ley de 1926 relativo al tesoro artístico arqueológico nacional³³⁹ y al Real Decreto de 1930 sobre enajenación de obras artísticas, históricas o arqueológicas³⁴⁰.

336 Art. 2º, num. 2.3, tít. I, cap. I., Ley N.º28611, Ley General del Ambiente, Ministerio del Ambiente, Perú, Diario Oficial, publicada el 15/10/2005. Disponible en: www.leyes.congreso.gob.pe

337 *Vid.* Ley de 7 de julio de 1911, Sobre Excavaciones Artísticas y Científicas para la Conservación de las Ruinas y Antigüedades. BOE-A-1911-5496, Gaceta de Madrid, núm. 189, 8/7/1911, págs. 95-96.

338 *Vid.* Ley de 5 de marzo de 1915, relativa á Los Monumentos Nacionales Arquitectónicos y Artísticos. Gaceta de Madrid, 5/3/1915. BOE-A-1915-1314, Gaceta de Madrid, núm. 64, 5/3/1915, págs. 708-709.

339 *Vid.* Real Decreto-ley de 7 de agosto de 1926, relativo al Tesoro Artístico Arqueológico Nacional, BOE-A-1926-8543, Gaceta de Madrid, núm. 227, 15/8/1926, págs. 1026-1031.

340 *Vid.* Real Decreto de 2 de julio de 1930, dicta normas relativas para la enajenación de obras artísticas, históricas y arqueológicas, BOE-A-1930-7319, Gaceta de Madrid, núm. 186, 5/7/1930, págs. 146-147.

En la actualidad, la materia en estudio es comprendida por la constitución de 1978, la que nació en el periodo de transición a la democracia de dicho país y que incorporó un catálogo de derechos sociales en razón del establecimiento del nuevo Estado social y democrático. En su texto, esta contiene entre sus derechos, deberes y garantías, al derecho de acceso a la cultura, al deber del estado de promover su acceso y fomentar su desarrollo, y a la protección del patrimonio cultural.

Antes de examinar las disposiciones que tratan sobre estos derechos, deberes y garantías, es necesario tener presente dos cosas, primero, que esta constitución emplea dos acepciones del término cultura en su articulado, una restringida, relacionada al párr. IV de su preámbulo y que refiere a aquella que nace desde el pueblo español, y una amplia, asociada al párr. V de su preámbulo, y que refiere a la cultura en términos de origen común a todos los seres humanos. Y segundo, que al estar recogida (mayormente) la protección al patrimonio cultural en el cap. III de la constitución, se encuentra sujeta a lo dispuesto en el art. 53.º num. 3.º de la misma y que implica que «la fuerza normativa y el sistema de garantías de que estos gozan, es un sistema atenuado en comparación con el resto de los derechos constitucionales. No gozan [...] de su invocabilidad directa ante los tribunales ...»³⁴¹ por lo que su desarrollo se efectúa en conjunto con la legislación ordinaria y el trabajo interpretativo. Ello sin perjuicio de que se les considere como un contenido mínimo vinculante para los órganos jurisdiccionales a la hora de realizar tal labor interpretativa.

341 PEÑARANDA SOMOVILLA Ismael, *La cultura en la Constitución española de 1978*, Trabajo fin de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Rioja, España, 2014-2015, pág. 3.

El derecho de acceso a la cultura, es tratado en los arts. 25º num. 2º y 44º num. 1º. El primero referente al derecho de acceso a la cultura de quienes se encuentran privados de libertad, y el segundo como un derecho común a todos los individuos.

Por su parte la promoción de su acceso y el fomento a su desarrollo, como deber del Estado, se relaciona principalmente a los arts. 9º num. 2º; 44 nums. 1º y 2º; 48º; 50º; 148º num. 17º. En el primero de estos, se recoge a propósito de los derechos a la libertad e igualdad, donde se dispone que es deber los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En el segundo, a propósito del derecho de acceso a la cultura, como deber de los mismos de promover su acceso, así como a algunos de los elementos que participan en su desarrollo como lo son la ciencia y la investigación científica y técnica. En los arts. 48º y 50º es tratado a propósito de la actividad de los poderes públicos en la implementación de políticas en dos sectores de interés de la población, la juventud y la tercera edad. Y en el último dentro de las competencias de las comunidades autónomas.

En lo que respecta a la protección del patrimonio cultural, se vinculan principalmente a esta los arts. 3º num. 3º, 45º, 46º, 132º num. 3º, 148º nums. 14º, 15º y 16º, y 149 nums. 23º y 28º.

Entre estos, refieren de forma directa a ella; el art. 3º num. 3º, al reconocer como patrimonio cultural a las diversas modalidades lingüísticas de España, a las que se les otorga especial protección. El art. 46º al establecer en su primera parte como deber de los poderes públicos el garantizar la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, con independencia de su régimen jurídico y titularidad. Y en su segunda parte, al disponer que la ley penal sancionará los atentados contra tal patrimonio. Y el art. 149º num. 28º, al fijar como materia de exclusiva competencia del Estado, la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental

español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal.

De forma indirecta se vinculan, los arts. 132^o num. 3^o y 148^o nums. 14^o, 15^o y 16^o, y 149^o num. 23^o, al regular como materias de competencia del Estado y de las comunidades autónomas a la artesanía, los museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la comunidad autónoma y el patrimonio monumental de la misma. Y los arts. 45^o y 149^o num. 23^o, al referir a la protección del medio ambiente, la que debe ser entendida en consideración a otros cuerpos legales como la Ley N.º42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y la Ley N.º21/2013 de Evaluación Ambiental. Ello ya que ambas vinculan al patrimonio cultural con el concepto de medioambiente, la primera especialmente al contemplar un factor valorativo cultural en el patrimonio natural, los espacios naturales protegidos y los monumentos y paisajes naturales. Y la segunda al definir patrimonio cultural en su art. 5^o num. 1^o letra 'i', y vincular el mismo factor cultural a procesos como el de Evaluación de Impacto Ambiental, donde toma lugar como objeto de protección.

CONCLUSIONES

La protección del patrimonio cultural, como se ha observado en esta investigación, tiene por objeto de su atención a un concepto polisémico, que en nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra del todo resuelto en los diversos cuerpos legales en los que se encuentra presente. Con todo, se ha podido identificar que entre aquellos cuerpos normativos de carácter infraconstitucional, no existe una disociación absoluta entre sus elementos formantes, su contenido, ya que el concepto de patrimonio cultural ha sido tratado como un conjunto de bienes materiales y/o inmateriales, que reciben el nombre de bienes culturales, lo que ha determinado el sentido atribuible a tal concepto y la forma en la que se plantea su protección.

Se ha podido comprobar aquí además, que existe una tendencia a apreciar el concepto de patrimonio en tanto parte de la noción de patrimonio cultural con aquel de origen preconstitucional como si fueran homógrafos, lo que ha implicado que se pierda de vista la amplitud de su contenido; los elementos cosa, bien, universalidad, así como su estructura o continente. Junto a esto, se ha sostenido que la dificultad de valorar los componentes del patrimonio cultural, en especial aquellos bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, no obstaría a que se pueda recurrir la noción tradicional de patrimonio para entender cómo se sitúan como objetos de relaciones jurídicas ya fueren de derecho público o de derecho privado.

A la luz lo anterior, se ha determinado que la antes dicha protección, no se limita a actuar sobre un mero catálogo de bienes culturales, sino que también toma lugar frente a obligaciones como aquellas devenidas del canje o préstamo de bienes culturales muebles entre instituciones y museos. Siendo este entendimiento basal sobre el concepto de patrimonio cultural, que toma forma el análisis de la influencia de la constitucionalización del derecho sobre la misma.

Por su parte, la revisión del desarrollo evolutivo de la protección del patrimonio cultural en nuestro país, ha permitido dilucidar dos cuestiones; primero, que la protección actúa en diversos ámbitos en nuestro derecho, encontrándose presente en leyes como la Ley sobre Monumentos Nacionales y la Ley sobre Bases Generales de Medio Ambiente, hasta en cuerpos legales como el Código de Justicia Militar. Y en tratados internacionales como la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural y aquella sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Y segundo, que su incorporación a los distintos cuerpos normativos, no se ha sistematizado conjuntamente de forma adecuada, no obstante existir intentos recientes de aquello como en el caso de la regulación de la consulta indígena presente en materia ambiental, así como en las referencias introducidas de la normativa presente en la Ley sobre Monumentos Nacionales en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza.

Del análisis histórico de la inclusión de la protección al patrimonio cultural en nuestra Constitución, se tiene que además de ser reciente, los términos en que esta se halla plasmada en nuestra carta fundante son precarios, ya que no se dan indicios de que implican sus elementos formantes, sólo un artículo la recoge expresamente, y lo hace a propósito de su estímulo, hecho que no implica de forma necesaria la concretización de la misma como deber del Estado. Con todo, se ha reconocido que existen en nuestra carta, una serie de disposiciones que permiten

sortear tales dificultades (al menos desde la forma), las que, identificadas como ejes y aplicadas de forma relacionada, permiten dar sustento a la protección.

Además de lo anterior, se ha podido comprobar que la normativa relacionada a la protección al patrimonio cultural se encuentra dentro de un ordenamiento jurídico en el cual, el proceso de la constitucionalización del derecho se encuentra en desarrollo, donde se ha observado que las características particulares de dicho proceso han influido en la forma en que se crean y aplican las normas asociadas a la protección.

Desde el punto de vista de la creación normativa en la materia, dicho fenómeno no ha operado por la vía reformadora (al menos directamente), y en lo que atañe a la vía hermenéutica (y por tanto también en su aplicación), si ha tenido lugar, como se vió a efectos de empleo de la sobreinterpretación constitucional e interpretación conforme a la constitución por el órgano facultado para ejercer el control de constitucionalidad. Sin perjuicio de esto último, la acotada jurisprudencia en la materia generada por el mismo órgano, no hace posible afirmar la ocurrencia del efecto indirecto de la unificación del orden jurídico como lo llegó a plantear Favoreau.

Desde el análisis de la aplicación de la normativa, además de lo anterior, se ha logrado resolver en esta investigación que si bien la constitucionalización de la protección del patrimonio conlleva la posibilidad de aplicar las disposiciones que contiene nuestra carta fundante como jurídicamente vinculantes, y de forma directa, la no poseer estas un contenido determinado y encontrarse redactadas en términos vagos, sólo se manifiestan en estas ciertas actitudes positivas o negativas del Estado y sus organismos como de los particulares, hacia su objeto de protección, siendo forzoso recurrir a la legislación infra constitucional para aclarar el sentido y alcances de cada una de las normas. Tal es la forma en que el Excmo. Tribunal Constitucional ha fundado

sus sentencias, a la hora de prevenir sobre la protección de algunos bienes como en el caso mencionado caratulado Constructora Santa Beatriz S.A con Consejo de Monumentos Nacionales, remitiendo a la Ley de Bases Generales de Medio Ambiente a la hora de extraer el concepto de medio ambiente y vincularlo al de patrimonio cultural.

De tal forma, se comprueba que existe una necesidad por vincular las normas identificadas como ejes de la protección para facilitar que esta opere en nuestro derecho, lo que puede realizarse de forma similar a la pretendida por el proyecto de reforma de la Constitución comentado en esta obra, apelando a la fuerza transformadora y modernizadora de esta última. Ello sin perder de vista el contenido creativo de las leyes especiales, dado que estas comprenden como se ha visto, aspectos normativos que difícilmente pueden ser incluidos en un cuerpo normativo como nuestra Constitución, advirtiéndose el peligro de que ocurra el efecto inverso y que, por intentar perfeccionar las disposiciones con motivo de mejorar su coherencia, se introduzca normativa propia de ley al texto constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ALESSANDI, SOMARIVA, VODÁNOVIC, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, 404 págs.
2. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil francais: d'après la méthode de Zachariae*. [en línea]. t. IX, Bibliothèque nationale de France, Département Droit, économie, politique, V ed., imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Marchal et godde, Successeurs, 27, Place Duphine, Paris, Francia, 1917, 631 págs. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb30416330g>
3. BABELON Jean Pierre, CHASTEL André, *La notion de patrimoine*, Liana Levi, Paris, France, 2008, 141 págs.
4. BELLO Andrés, *Obras Completas de Andrés Bello, Opúsculos Jurídicos*, vol. IX, Pedro G. R. Santiago, Chile, 1885, 508 págs.
5. -. *Obras Completas de Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, vol. XI, Pedro G. R. Santiago, Chile, 1887, 622 págs.
6. -. *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto de Código Civil (1853)*, vol. XII, Pedro G. R. Santiago, Chile, 1888, 644 págs.
7. -. *Obras Completas de Andrés Bello, Proyecto Inédito del Código Civil*, vol. XIII, Pedro G. R. Santiago, Chile, 1890, 630 págs.
8. -. *Obras Completas de Andrés Bello, Derecho Romano*, Ministerio de Educación, vol. XVII, edit. Arte, II ed., Caracas, Venezuela, 1981, 510 págs.
9. BUSTAMANTE Luis, *El patrimonio: dogmática jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1979, 115 págs.
10. BRITO GUZMÁN, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, ed. Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2001, 302 págs.

11. -. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2006, 268 págs.
12. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* [en línea]. Vol. VIII, Editorial Jurídica de Chile, 1978, 550 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=Vk8RaTY5jvwC>
13. -. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* [en línea]. Vol. III, De los Bienes, lib. II, Editorial Jurídica de Chile, s/a (1979), 606 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=KWJYY2bNsLgC>
14. COLIN A. CAPITANT H. *Cours élémentaire de droit civil francais*, [en línea]. T. I, Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie, politique, VI ed., Librairie Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, Francia, 1930, 1044 págs. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb319054440>
15. COVIELLO Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, UTEHA, México, 1938.
16. DELVINCOURT M. *Cours de Code Civil* [en línea]. T. I, lib. II, vol. VIII, Paris, 1819, 591 págs. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=Yo_RLCFbpYQC
17. ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de la legislación civil, penal, comercial y forense*, Librería de Calleja é hijos, Madrid, España, 1842, págs. 67, 151.
18. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, III ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2015, 686 págs.
19. FLAVIUS JUSTINIANUS I (Imperator), GODEFROY Jaques, RANCHIN Francois, POTHIER R. J., JUSSE Daniel. *Pandectae Justinianae* [en línea]. Vol. III. À Lib. XXXIX. ad L. Lib. XLII. PANDECTARUM. Tit. V de rebus auctoritate judicis possidendis, Titulus V. De Rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis, sectio I, Articulus I. Quid fint bona in quae mittuntur creditores, E ad quae porrigatur haec miffio. Sumptibus Bernuset et Sociorum, 1782, 956 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=Qw5QAAAaAAJ>
20. GACETA DE COLOMBIA, Facsímiles del N.º356- Bogotá, domingo 13 de julio de 1828 al N.º493- Bogotá, domingo 5 de diciembre de 1830 [en línea]. Banco de la República de Colombia, 1975. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=dSUxAQAAMAAJ>
21. GARAY Narciso, *Teoría de las obligaciones*, Facultad de Derecho, Derecho Civil, Universidad de Panamá, ciudad de Panamá, Panamá, s/a, 200 págs.

22. GARCÍA CUETOS María Pilar, *El patrimonio cultural Conceptos Básicos* [en línea]. Universidad de Zaragoza, 2012, 176 págs. Disponible en: <http://books.google.es/books?isbn=8415274491>
23. GHIRARDI, Juan Carlos, El concepto de cosa en derecho romano, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba*, N.º1, Córdoba, Argentina, ed. El Copista, EDUCC, 2008, págs. 123-146.
24. GUZMAN VILAR L., GARCÍA VIDAL G., *Fundamentos teóricos para una gestión turística del patrimonio cultural desde la perspectiva de la autenticidad*, 2008, EUMED, Universidad de Málaga, 89 págs.
25. HEINECCIUS GOTTLIEB, Johann, *Recitaciones del Derecho Civil traducidas al castellano y enriquecidas con notas y adiciones considerables por D. Luis de Collantes y Bustamante* [en línea]. Lib. II. Library of Catalonia, P. Sanz, Madrid, España, 1830, 616 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=AgUNjjVmcA8C>
26. -. *Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones Obra traducida del Latin al Castellano por Vicente J.* [en línea]. Lib. II, tít. I, 'División de las cosas y modo de adquirir su dominio'. The British Library, 1842, 383 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=3SpdAAAACAAJ>
27. -. *Recitaciones del derecho romano* [en línea]. Vol. I, Imprenta de Don Norberto Llorenci, 1842, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. 279 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=F5M1SBOD9eIC>
28. -. *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnordo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, Imprenta José Torner, 1846, págs. 306-307.
29. INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA DEL PERÚ, *Documentos Fundamentales para el Patrimonio Cultural*, Lima, Perú, 2007, 497 págs.
30. IRIGOYEN TRONCONIS, Martha, *Sobre el Significado De las Palabras (Digesto 50.16)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México, 1997, 51+51 págs.
31. JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Traducción y compilación de García del Corral Ildefonso*. Tomo III, Digesto, Barcelona, España, 1897, 961 págs.
32. LÓPEZ BRAVO, Carlos, *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Universidad de Sevilla. SP. España, 1999, 288 págs.
33. DIRECCIÓN General de Defensa del Patrimonio Cultural, *Marco Legal de Protección del Patrimonio Cultural*, Ministerio de Cultura, Lima, Perú, 2016, 90 págs.

34. ORTIZ AVILA Raúl, *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, UNAM, México, 2000, 490 págs.
35. PACHECO G. Máximo, *Teoría del derecho*, IV ed., Editorial Jurídica de Chile, 1990, 865 págs.
36. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes, La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, IV ed., Santiago, Chile, 2006, 259 págs.
37. POTHIER R. Joseph, *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit francais*. [Traité de la puissance du mari. Traité de la communauté. Traité des donations entre mari et femme. Appendice au traité des donations]. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par le soins de M. Dupin,...augmentée d'une dissertation sur la vie et les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte par la mêmê... [en línea]. T. VI, Bêchet aîné, Paris, 1824-1825, 724 págs. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb311401494>
38. -. *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit francis. Traité des personnes et des choses, de la propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, du contrat de nantissement, des cens, des champarts*. [en línea]. T. XVIII, Imprimerie de J. Tatsu, IX ed., M. Dupin. Benchet aîné, Paris, Francia, 1825, 701 págs. Disponible en: <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb311401494>
39. PROUDHON, *Traite du Domaine De Proprieté ou De La Distinction Des Biens Considérés Principalement Par Rapport Au Domaine Privé* [en línea]. Meline, Cans, Bruxelles, Belgica, 1842, 512 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=UUpgk03M4XkC>
40. RIVES SÁNCHEZ Roberto, *La Reforma Constitucional en México*, cap. IV, Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 a 1° de junio de 2009, UNAM, México, 2010, págs. 93-396.
41. ZACHARIAE C.S. *Cours de droit civil francais, (traduit de l'allemand, de M.C.S.Zachariae... revu et augmenté, avec l'agrément de l'auteur par MM. C. Aubry et C. Rau...)* [en línea]. Vol. IV, II ed. Estrasburgo, Francia, 1844. 572 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=V11DAAAaAAJ>
42. ZACHARIÄ Karl Salomo. *Handbuch des Französischen Civilrechts* [en línea]. Vol. IV, Heidelberg, Alemania, 1812. 562 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=NdlEAAAaAAJ>
43. ZÚÑIGA URBINA Francisco, *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, doctrina y jurisprudencia del tribunal constitucional sobre temas procesales*. Thomson Reuters, II ed. 2011, 476 págs.

Tesis/Memorias

44. ARIZTÍA VILLASECA, A, y BORDACHAR BENOIT M., *Protección Constitucional del Patrimonio Cultural Intangible*, Memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Público, profesor guía: Enrique Navarro Beltrán, 2017, 186 págs.
45. CABELLO QUEZADA, A. Andrea, *La Protección Jurídica de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, Convención de la Haya de 1954 y sus dos Protocolos*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2008, s/n.
46. CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, Memoria, Imprenta Y Librería del Mercurio, Valparaíso, Chile, 1858, 243 págs. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=-3gEAAAAYAAJ>
47. FERCOVIC HÉCTOR M., *La protección a los bienes culturales en caso de conflicto armado*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional, Universidad de Chile, profesor guía: Edmundo Vargas Carreño, Santiago, Chile, 2014, 100 págs.
48. GONZÁLES CARVAJAL, Paola, *Régimen Jurídico de Protección del Patrimonio Cultural y de los Pueblos Indígenas en la Legislación Chilena*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado, profesor guía: Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, Chile, 2001, 280 págs.
49. MARTINEZ M., TRUJILLO S. H., *Las acciones Populares en Colombia*, Tesis de Grado, Departamento de Procesal, Pontificia Universidad Javeriana, dirigida por Nestor Raul C., 2001, 152 págs.
50. MELLA CÁCERES, Rodrigo. *El Caso del Navío Oriflama y la Legislación sobre Monumentos Nacionales*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile, profesor guía: Claudio Herrera Jarpa, Santiago, Chile, 2011, 177 págs.
51. MURILLO CASTILLO Sebastián, *Protección Jurídica al Patrimonio Cultural Urbano en Chile*, Memoria Para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile, profesores guía: José Fernandez Richard, Enrique Navarro Beltrán, Santiago, Chile, 2013, 205 págs.
52. OJEDA ALARCÓN Giovannina, VELOSO TELIAS Carla, *Derecho ambiental: Problemas Para La Conservación Del Patrimonio Cultural En Chile*. Memoria para

optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, profesor guía: Vladimir Riesco B., 2006, 95 págs.

53. PEÑARANDA SOMOVILLA Ismael, *La cultura en la Constitución española de 1978*, Trabajo fin de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Rioja, dirigido por: Juan Andrés M., España, 2014-2015, 45 págs.
54. VITERI MONTALDO, Ricardo Simón, *La Posesión de derechos en el Código Civil chileno*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile, profesor guía: Nicolás Stitckin López, Santiago, Chile, 2014, 264 págs.

Revistas/Trabajos de Investigación/Monografías/Cuadernos

55. ABRISKETA URIARTE, Joana, *Hitos del Derecho de la guerra en el siglo XX: Se consolida y evoluciona, Derechos y Libertades*, revista de filosofía del derecho y derechos humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; I. Dykinson, n°26, Época II, Madrid, España, enero 2012, págs. 45-82.
56. ACCATINO SCAGLIOTTI Daniela. *Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad de Algunas Disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)*. Revista de Derecho, vol. XVII, 2004. págs. 215-226.
57. ACOSTA ALVARADO P. Andréa, *Zombis vs. Frankenstein; sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*. Estudios Constitucionales, Año 14, n.º1, 2016, 60 págs.
58. ALDUNATE LIZANA Eduardo, *La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. Revista Ius et Praxis, año 16, n.º2, 2010, págs. 185-210.
59. ANGUITA VILLANUEVA LUIS A., *La Protección Jurídica de los Bienes Culturales en el Derecho Español*. Revista Ius et Praxis Año 10 n.º 1, 2004, págs. 11-44.
60. Boletín de la Real Academia de la Historia [en línea]. T. CC, núm. III, Madrid, España, 583 págs. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=_ypaiTF2puoC
61. BRAVO LIRA, Bernardino, *La Constitución de 1833*, Revista Chilena de Derecho, vol. 10, 1983, págs. 317-329.
62. BRITO GUZMÁN, Alejandro, *Influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)*. Anuario de filosofía jurídica y

social 1995, derecho y modernidad, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1995, págs.187-226

63. -. *Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción de derecho definido como facultad o potestad («derecho subjetivo»)*, Ars Iuris Salamanticensis, Estudios, vol. I, núm. 1, 2013, págs. 69-91.
64. CARBONELL Miguel, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *¿Qué es la constitucionalización del derecho?*, BJV Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, págs. 33-55.
65. CORDERO QUINZACARA Eduardo, *La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno*, Revista de Derecho, vol. XIX, n.º1, julio 2006, págs. 125-148.
66. CORRAL TALCIANI Hernán, *Propiedad y Cosas Incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito*, Revista Chilena de Derecho, vol. XXIII, N.º1, págs. 13-18
67. -. *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado*, Derecho Mayor, N.º3, octubre 2004, págs. 47-63.
68. DORANTES DÍAZ, Francisco, *Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características alcances y limitaciones*. Revista Alegatos, vol. XXVII, núm. 85, México, septiembre/diciembre 2013, págs. 845-862.
69. FAVOREU Luis, *La Constitucionalización del Derecho*, Revista de Derecho, vol. XII, 2001, págs. 31-43.
70. FERNANDOIS VÓHRINGER A., *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile. Inmobiliaria Maullín Ltda. Con Fisco de Chile. Inaplicabilidad, Rol 4309-2002, 18 de junio de 2002, Sentencias Destacadas*, Anuario de Jurisprudencia, Libertad y Desarrollo, 2004. págs. 19-53.
71. FERNANDOIS VÓHRINGER A., CHUBRETOVIC ARNAIZ T., *El Recurso de Protección en Asuntos Ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)*, Revista Chilena de Derecho, vol. XLIII, n.º1, 2016, págs. 61-90.
72. FERRAJOLI Luigi, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 29 (2006), págs. 15-31.
73. FLORES RIVAS, Juan, *Derecho a la Educación. Su Contenido Esencial en el Derecho Chileno*, Revista Estudios constitucionales, vol. XII, n.º2, Santiago, Chile, 2014, págs. 109-133.

74. FRAGUAS Lourdes, *El Concepto de Derechos Fundamentales y las Generaciones de Derechos*, Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Catalayud, n.º21, 2015, págs. 117-136.
75. FUENTES ROPERT R., SAAVEDRA FERNANDEZ R. *La protección del patrimonio cultural en la ley 19.300 de bases generales del medio ambiente a la luz de dos sentencias recientes*, Revista de derecho n.º11, Consejo de Defensa del Estado, 2004, págs s/n (191-222). Disponible en: <http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/revista-de-derecho>
76. FUENZALIDA VALENZUELA Rafael. *El Recurso Constitucional de Protección Sobre Materia Ambiental en Chile*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, núm.13 (1989-1990), págs. 175-198.
77. GHIRARDI C. Juan, Concepto de cosa,
78. HANISH ESPÍNDOLA, Hugo. *El patrimonio en derecho romano*, Revista Chilena de Derecho, vol. 4º, n.º1-6, 1977, págs. 11-92.
79. -. *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de Andrés Bello*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, n.º3, 1978, págs. 149-231.
80. -. *El patrimonio en el Derecho Romano con notas en relación con su concepto en el derecho actual*, ponencia, II Congreso Latinoamericano de Derecho Comparado Romano, Xalapa, Veracruz, México, 24-28 julio de 1978, Revista Chilena de Historia del Derecho, n.º8, 1981, págs. 9-25.
81. HÄBERLE Peter, *La constitución como cultura*, Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n.º6, 2002, págs.177-198.
82. HENRÍQUEZ VIÑAS Miriam Lorena. *Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial el método de casos. Estudios Constitucionales*, año 6, n.º2, Universidad de Talca, Chile, 2008, págs. 73-119.
83. MIROW M. C. *Orígenes de la Función Social de la Propiedad en Chile*, Eudebe, Daniel Bonilla M. editor, Universidad de Buenos Aires, 2013, págs. 229-268.
84. NIÑO TEJEDA E. 1994. *Esquema sobre el Patrimonio*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XV (1993-1994), págs. 153-164.
85. SANTOS, Francisco Javier A., *Introducción Histórico-Dogmática a la idea de subrogación real*, Universidad de Valladolid, Anuario de Derecho Civil, n.º2, 1998, págs. 681-767.

86. PIMSTEIN SCROGGIE M. Elena, *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural en Chile*, Revista de Derecho y Religión, Patrimonio Cultural en Europa y América Latina, vol. 5, DELTA Publicaciones e IMDEE, 2010, págs. 115-145.
87. REVEL JACQUES, *La fábrica del patrimonio*, TAREA 1, Anuario del instituto de Investigaciones sobre el Patrimonio Cultural, UNSAM, 2014, 253 págs.
88. REVETRÍA BELTRAN Mafalda, *La propiedad monumental en Chile, su régimen jurídico*, 2 Monografías, Revista de Derecho Público, Santiago, Chile, 1977, 79 págs.
89. VEGA F., ZÚÑIGA URBINA F., El Nuevo Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica. Estudios Constitucionales, año 4 N.º2, Universidad de Talca, 2006, págs. 135-174.
90. ZÚÑIGA URBINA Francisco, *Control de Constitucionalidad y Sentencia*, Cuadernos del Tribunal Constitucional n.º34, 2006, 149 págs.
91. -. *Inconstitucionalidad sobrevenida y límites al derecho de propiedad*, Gaceta Jurídica N.º289, 2004, págs. 26-36.

Conferencias/Ponencias

92. AROS CHIA Rodrigo M., *La constitucionalización del derecho como un principio general de este*, ponencia, XXXVII Jornada de Derecho Público, Universidad Católica de Valparaíso, 1996.
93. ESPÍÑEIRA TORO María E., SIMONETTI DE GROOTE Susana, *El Consejo de Monumentos Nacionales su Historia, su Gestión y sus Desafíos*, ponencia, VII JORNADAS Chilenas de Preservación Arquitectónica y Urbana, V Encuentro de Especialistas Americanos. Chiloé, Chile, Consejo de Monumentos Nacionales, septiembre 1999. 7 págs.
94. GAMBOA GARIBAY Juan, *Marco legal nacional, tipificación de delitos, penas y sanciones*, Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural, Ministerio de Cultura del Perú, ponencia, Arica, 02/09/2014.
95. SANABRIA ACEVEDO Alberto, *Los Derechos Culturales en Colombia*, s/a, 4 págs.

Oficios/Actas/Informes legales/Anteproyectos/Proyectos de ley/Apuntes

96. BELLO Andrés, *Proyecto de Código Civil [Anotaciones de Gabriel Ocampo]*, Imprenta Nacional, Santiago, Chile, 1855, 669 págs.

97. CÁMARA DE DIPUTADOS, Redacción de Sesiones, Legislatura 363ª, Sesión 33ª 9/06/2015, Boletín N°10093-07, 172 págs.
98. Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores, Culto y Colonización (V Conferencia Panamericana 1923), noviembre de 1919 – junio 1923, Santiago, Chile, 124, 392 págs.
99. NAVARRO BELTRÁN E., Constitucionalización del Derecho Civil: La Propiedad sobre Bienes Incorporeales en la Jurisprudencia, Material Docente, s/a. 15 págs.
100. ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS, El derecho real de conservación, Apuntes, 2017, 17 págs.
101. Proyecto de ley sobre conservación de Monumentos Históricos, Ministerio de Instrucción Pública, Santiago, Chile. 1910.
102. ROWE L. S., GIL BORGES E., Informe sobre los Trabajos de la Union Panamericana 1923-1927. Unión Panamericana, Imprenta del gobierno de los Estados Unidos de América, Washington, Estados Unidos de América, 1927, 35 págs.

Historia de la Ley

103. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley art. 19N.º10 de la CPR de Chile de 1980, s/a, 945 págs.
104. -. Historia de la Ley art. 19N.º8 de la CPR de Chile de 1980, 2015, 68 págs.
105. -. Historia de la Ley art. 19N.º24 de la CPR de Chile de 1980, s/a, 1062 págs.
106. -. Historia de la Ley N.º16615, 20/1/1967 [en línea]. s/a, 1310 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/24gtc>
107. -. Historia de la Ley N.º17288, 4/2/1970 [en línea]. 2018, 127 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/22zc1>
108. -. Historia de la Ley N.º19253, 5/10/1993 [en línea]. 2018, 489 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/22y9w>
109. -. Historia de la Ley N.º19300, 9/3/1994 [en línea]. 2018, 826 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/22yfm>
110. -. Historia de la Ley N.º19891, 23/8/2003 [en línea]. 2018, 730 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/2361i>

111. -. Historia de la Ley N.º20021, 14/6/2005 [en línea]. 2018, 89 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/234yb>
112. -. Historia de la Ley N.º21045, 3/11/2017 [en línea]. 2018, 937 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/22ijd>
113. -. Historia del Decreto Supremo N.º240, 5/1/2009 [en línea]. 2018, 72 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/272wi>
114. -. Historia del Decreto Supremo N.º11, 13/3/2009 [en línea]. 2018, 49 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/23wsd>
115. -. Historia del Decreto Supremo N.º141, 30/9/2014 [en línea]. 2018, 50 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/2883x>
116. -. Historia del Decreto Supremo N.º259, 25/4/2015 [en línea]. 2018, 22 págs. Disponible en: <http://s.bcn.cl/238c4>

Normativa Nacional

117. Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile publicado en 10 de Agosto de 1818, sancionado y jurado Solemnemente el 23 de octubre del mismo [en línea]. BCN, Chile, Disponible en: <http://bcn.cl/1uynh>
118. Constitución Política del Estado de Chile sancionada y promulgada en 30 de octubre de 1822 [en línea]. BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1v07p>
119. Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de diciembre de 1823 [en línea]. BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1v9nt>
120. Constitución Política de la República de Chile, promulgada en 8 de agosto de 1828 [en línea]. BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1uz6a>
121. Constitución Política de la República de Chile, promulgada el 25 de mayo de 1833 [en línea]. BCN, Disponible en: <http://bcn.cl/1v6bk>
122. Constitución Política de la República de Chile, 18 de setiembre de 1925 [en línea]. Ministerio del Interior, BCN. Disponible en <http://bcn.cl/1v6bi>
123. Ley N.º16615, Modifica la Constitución Política del Estado [en línea]. Ministerio de Justicia, BCN, Chile, publicada el 20/1/1967. Disponible en: <http://bcn.cl/21tuh>

124. Ley N.º16980, Declara Monumento Nacional la casa que señala [en línea]. Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Subsecretaría de Obras Públicas, BCN, Chile, publicada el 15/10/1968. Disponible en: <http://bcn.cl/279pm>
125. Ley N.º17288, Legisla Sobre Monumentos Nacionales; Modifica las Leyes 16.617 y 16.719; Deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925 [en línea]. Ministerio de Educación Pública, BCN, Chile, publicada el 4/2/1970. Disponible en <http://bcn.cl/22irq>
126. Ley N.º17729. Establece Normas sobre Indígenas y Tierras Indígenas [en línea]. Ministerio de Agricultura, BCN, Chile, publicada el 26/9/1972 (derogada). Disponible en: <http://bcn.cl/27sti>
127. Ley N.º18362, Crea un sistema de áreas silvestres protegidas por el Estado [en línea]. Ministerio de Agricultura, BCN, Chile, publicada el 27/12/1984. Disponible en: <http://bcn.cl/1uyk3>
128. Ley N.º19253. Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena [en línea]. Ministerio de Planificación y Cooperación, BCN, Chile, publicada el 5/10/1993. Disponible en: <http://bcn.cl/22p04>
129. Ley N.º19300, Aprueba Ley Sobre Bases General del Medio Ambiente [en línea]. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, BCN, Chile, publicada el 9/3/1994. Disponible en: <http://bcn.cl/1vz37>
130. Ley N.º20021, Modifica la Ley N.º17.288, sobre Monumentos Nacionales, con el objeto de crear una nueva figura penal y sustituir la unidad en que se expresan sus multas [en línea]. Ministerio de Educación Pública, BCN, Chile, publicada el 14/06/2005. Disponible en: <http://bcn.cl/1xj9x>
131. Ley N.º20930, Establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental [en línea]. Ministerio del Medio Ambiente, BCN, Chile, publicada el 25/6/2016. Disponible en: <http://bcn.cl/1wbvn>
132. Ley N.º21045, Crea el Ministerio de las Culturas, Las Artes y el Patrimonio [en línea]. Ministerio de Educación, BCN, Chile, publicada el 3/11/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/22iap>
133. Decreto Ley N.º651, Monumentos Nacionales [en línea]. Ministerio de Instrucción Pública, BCN, Chile, publicado el 30/10/1925 (derogado). Disponible en: <http://bcn.cl/1v5hs>

134. Decreto Ley N.º806, Aprueba el Código de Justicia Militar [en línea]. Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra, BCN, Chile, publicado el 24/12/1925. Disponible en: <http://bcn.cl/1v9pm>
135. Decreto Ley N.º3464, Ministerio del Interior, Aprueba Nueva Constitución Política y la Somete a Ratificación por Plebiscito [en línea]. Ministerio del Interior, BCN, Chile, publicado el 11/8/1980. Disponible en: <http://bcn.cl/1zjs2>
136. Decreto con Fuerza de Ley N.º5200, Sobre instituciones nacionales patrimoniales dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural [en línea]. Ministerio de Educación Pública, BCN, Chile, publicado el 10/12/1929. Disponible en: <http://bcn.cl/22jrb>
137. Decreto con Fuerza de Ley N.º458, Aprueba Nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones [en línea]. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, BCN, Chile, publicado el 13/04/1976. Disponible en: <http://bcn.cl/23sr7>
138. Decreto con Fuerza de Ley N.º1, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil; de la ley N.º4808, sobre registro civil, de la ley N.º17334, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N.º16618, ley de menores, de la ley N.º14908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N.º16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones [en línea]. Ministerio de Justicia, BCN, Chile, publicado el 30/5/2000. Disponible en: <http://bcn.cl/247or>
139. Decreto con Fuerza de Ley 1-19175, Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional [en línea]. Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, BCN, Chile, publicado el 8/11/2005. Disponible en: <http://bcn.cl/23zcx>
140. Decreto con Fuerza de Ley N.º1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N.º18695, orgánica constitucional de municipalidades [en línea]. Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, BCN, Chile, publicada el 26/6/2006. Disponible en: <http://bcn.cl/240be>
141. Decreto N.º3500, Se nombra una comisión encargada de la vijilancia i conservación de los monumentos históricos nacionales [en línea]. Ministerio de Educación Pública, BCN, Chile, promulgado el 19/6/1925. Disponible en: <http://bcn.cl/24cym>
142. Decreto N.º1861, Aprueba el Tratado sobre Protección Muebles de Valor histórico, firmado en Washington el 15 de Abril de 1935 [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio, Subsecretaría de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 12/2/1938. Disponible en: <http://bcn.cl/28ddp>
143. Decreto N.º531, Contiene la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, (Washington 1940) [en línea]. Ministerio de

Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 4/10/1967. Disponible en: <http://bcn.cl/1vd6d>

144. Decreto N.º259, Promulga la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, Suscrita en UNESCO, París, el 16 de Noviembre de 1972 [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 12/5/1980. Disponible en: <http://bcn.cl/1vafy>
145. Decreto N.º381, Convención Sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo, suscrita por el Gobierno de Chile, el 23 de mayo de 1969 [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 22/6/1981. Disponible en: <http://bcn.cl/1v1yn>
146. Decreto N.º47, Fija Nuevo Texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones [en línea]. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, BCN, Chile, publicado el 5/06/1992. Disponible en: <http://bcn.cl/27xcp>
147. Decreto N.º392, Aprueba reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena; para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas [en línea]. Ministerio de Planificación y Cooperación, BCN, Chile, publicado el 12/4/1994. Disponible en: <http://bcn.cl/1w9at>
148. Decreto N.º75, Modifica Decreto N.º47, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, Ministerio de Vivienda y Urbanismo [en línea], BCN, Chile, Publicado el 25/6/2001, promulgado el 25/5/2001. Disponible en: <http://bcn.cl/1v3e8>
149. Decreto N.º100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de La Constitución Política de La República de Chile [en línea]. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, BCN, Chile, publicado el 22/9/2005. Disponible en: <http://bcn.cl/25mz1>
150. Decreto N.º82, Promulga la Convención sobre la Protección y Promoción de la diversidad de las Expresiones Culturales y su Anexo [en línea]. Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 27/6/2007. Disponible en: <http://bcn.cl/1x41k>
151. Decreto N.º240, Promulga la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, El Reglamento para la Aplicación de la Convención, su Protocolo y Segundo Protocolo [en línea], Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 5/1/2009. Disponible en: <http://bcn.cl/28819>
152. Decreto N.º11 Promulga la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO [en línea], Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, Chile, publicado el 13/3/2009. Disponible en: <http://bcn.cl/227qr>

153. Decreto N.º40, Aprueba el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, Ministerio del Medio Ambiente [en línea], BCN, Chile, publicado el 12/8/2013. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvqf>
154. Decreto N.º66, Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del art. 6N.º1 letra a) y N.º2 del convenio N.º169 de la OIT [en línea], Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Servicios Sociales, BCN, Chile, publicado el 4/3/2014. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvsf>
155. Decreto N.º141, Promulga la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de la UNESCO [en línea], Ministerio de Relaciones Exteriores, BCN, publicado el 30/9/2014. Disponible en: <http://bcn.cl/222n3>
156. Decreto N.º223, Reglamento sobre zonas típicas o pintorescas de la ley 17288 [en línea], Ministerio de Educación, BCN, Chile, 4/2/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/22clx>
157. Circular ORD. N.º768. DDU 240. Determinación y reconocimiento, según corresponda, de las áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural, destinados a Zonas y/o Inmuebles de Conservación Histórica, Zonas Típicas y Monumentos Históricos. Aplicación del inciso segundo artículo 60 de la ley General de Urbanismo y Construcciones, artículos 2.1.18., 2.1.43., 2.7.8. y 2.7.9. de su Ordenanza General. Deroga Circular DDU 186. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Santiago, Chile, 4/11/2010 (derogada).
158. Circular ORD. N.º77. DDU 400. Planificación urbana; áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural, inmuebles y zonas de conservación histórica, zonas típicas y monumentos históricos. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Santiago, Chile, 12/2/2018.

Normativa Internacional

Convenciones/Reglamentos/Recomendaciones

159. OEA. Convención sobre defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, Convención de San Salvador. Signada por Chile el 7/12/1978, y aprobada el 16/6/1979 en el Sexto Período Ordinario de las Sesiones de la Asamblea General, Santiago, Chile.
160. UNESCO. Acta final de la conferencia inter-gubernamental sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 1954. [Contiene la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su primer protocolo, a la que Chile adhiere el 11/9/2008], La Haya, 1954, 83 págs.

161. -. Segundo Protocolo a la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. [Chile adhiere el 11/9/2008], La Haya, 1999, 22 págs.
162. -. Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial. [Chile ratifica el 10/12/2008], París, 2003, 14 págs.
163. -. Convención sobre las medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales. París, 14 de noviembre de 1970, [Chile ratifica el 18/4/2014], 23 págs.
164. -. Actas de la Conferencia General 17ª reunión París, 17 de octubre - 21 de noviembre de 1972, Volumen 1, Resoluciones Recomendaciones. [Contiene la Convención para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural ratificada por Chile el 20/2/1980], París, 1973, págs. 144-150.
165. -. Actas de la Conferencia General, 31ª reunión, París, 15 de octubre- 3 de noviembre de 2001, [Contiene la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. París, 2 de noviembre de 2001], vol. 1.º Resoluciones. Págs. 53-66.
166. -. Actas de la Conferencia General 17ª reunión París, 17 de octubre - 21 de noviembre de 1972, [Contiene la Recomendación sobre la Protección en el Ámbito Nacional del Patrimonio Cultural y Natural], vol. 1.º, Resoluciones Recomendaciones, publicado en 1973, París, págs. 151-160.
167. Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.
168. Declaración de México Sobre Las Políticas Culturales, Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F. 26 de julio -6 de agosto 1982.

Legislación de los Estados Unidos Mexicanos

169. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Diario Oficial de la Federación, Querétaro, Estados Unidos Mexicanos, promulgada y publicada el 5/2/1917. Disponible en: www.diputados.gob.mx [en información parlamentaria, accesos directos, leyes federales y estatales].
170. Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Diario Oficial de la Federación, publicada el 6/5/1972. Disponible en: www.diputados.gob.mx [en información parlamentaria, accesos directos, leyes federales y estatales].

171. Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Diario Oficial de la Federación, publicado el 8/12/1975. Disponible en: www.diputados.gob.mx [en información parlamentaria, accesos directos, leyes federales y estatales].

Legislación Colombiana

172. Constitución Política de Colombia [en línea], Bogotá, Colombia, Gaceta Constitucional N.º116 20/7/1991 (original en Gaceta Constitucional N.º114, promulgada y publicada el 7/7/1991), 2018. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co [en vigencia expresa de leyes]
173. Ley N.º397, Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos de la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias, Registro Distrital, Colombia, N.º43102, publicada el 7/8/1997. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co [en vigencia expresa de leyes]
174. Ley N.º472/1998, por la cual se desarrolla el art. 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial de Colombia, N.º43357, publicada el 6/8/1998. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co [en vigencia expresa de leyes]
175. Decreto N.º2372/2010, Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto-ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones [en línea]. Diario Oficial de Colombia, N.º47757, publicado el 1/7/2010. Disponible en: www.minambiente.gov.co [en Normativa - Decretos]

Legislación del Perú

176. Constitución Política del Perú [en línea]. Congreso Constituyente Democrático, Lima, Perú, Diario Oficial, promulgada el 29/12/1993 publicada el 30/12/1993. Disponible en: www.congreso.gob.pe [en Constitución del Perú y Reglamento].
177. Ley N.º28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación [en línea]. Diario Oficial, Perú, publicada el 22/7/2004. Disponible en: www.leyes.congreso.gob.pe
178. Ley N.º28611, Ley General del Ambiente [en línea]. Ministerio del Ambiente, Perú, Diario Oficial, publicada el 15/10/2005. Disponible en: www.leyes.congreso.gob.pe

Legislación Española

179. Constitución Española, 1978, España, BOE, 21/4/2017. Disponible en: www.boe.es [en legislación, códigos electrónicos]
180. Ley N.º16/1985, del Patrimonio Histórico Español [en línea]. España, BOE núm. 155, 29/6/1985, págs. 20342-20352. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/06/25/16>
181. Real Decreto N.º111/1986, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español [en línea]. España, BOE núm. 24, de 28/1/1986. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1986/01/10/111/con>
182. Ley N.º42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad [en línea]. España, BOE núm. 299, de 14/12/2007. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42/con>
183. Ley N.º21/2013, de Evaluación Ambiental [en línea], España, BOE núm. 296, de 11/12/2013. <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/09/21/con>
184. Ley de 7 de julio de 1911, Sobre Excavaciones Artísticas y Científicas para la Conservación de las Ruinas y Antigüedades. BOE-A-1911-5496, Gaceta de Madrid, núm. 189, 8/7/1911, págs. 95-96.
185. Ley de 5 de marzo de 1915, relativa á Los Monumentos Nacionales Arquitectónicos y Artísticos. Gaceta de Madrid, 5/3/1915. BOE-A-1915-1314, Gaceta de Madrid, núm. 64, 5/3/1915, págs. 708-709.
186. Real Decreto-ley de 7 de agosto de 1926, relativo al Tesoro Artístico Arqueológico Nacional, BOE-A-1926-8543, Gaceta de Madrid, núm. 227, 15/8/1926, págs. 1026-1031.
187. Real Decreto de 2 de julio de 1930, dicta normas relativas para la enajenación de obras artísticas, históricas y arqueológicas, BOE-A-1930-7319, Gaceta de Madrid, núm. 186, 5/7/1930, págs. 146-147.

Jurisprudencia

188. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia, Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, causa caratulada Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación Rol N.º2299-2012.
189. -. Sentencia, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, causa caratulada Bellavista Oveja Tomé SPA. con Consejo de Monumentos Nacionales, Rol N.º3086-2016.

190. -. Sentencia, Inconstitucionalidad, en Roles N.ºs 2387-2012 y 2388-2012 acumulados.
191. CORTE SUPREMA, Sentencia, Inaplicabilidad, causa caratulada Fisco con Inmobiliaria Maullín Limitada, Rol N.º 4309-2002.
192. -. Sentencia, Protección, causa caratulada (Yanko Pajkuric Devia) Ugarte Vial Fernando contra Ilustre Municipalidad de Santiago, Rol N.º 6086-13.
193. -. Sentencia, Protección Ambiental, causa caratulada Francisca Linconao Huircapán con Forestal Palermo Limitada, Rol. N.º 7287-2009.
194. -. Sentencia, Casación en el Fondo, causa caratulada Consejo de defensa del Estado con CTC STARTEL S.A. Rol N.º 4864-2002.