

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL EN CHILE: DIAGNÓSTICO, AVANCES Y TAREAS URGENTES DEL ESTADO EN ESTA MATERIA

PAOLA GONZÁLEZ CARVAJAL¹

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo presenta una visión sistemática de los mecanismos de protección del patrimonio cultural legales en actual vigencia en Chile y, especialmente, los relativos al patrimonio cultural antropológico y arqueológico, a nivel constitucional, civil, administrativo y penal. Se intentará identificar las falencias y dar operatividad a una regulación dispersa e inorgánica que atenta contra una eficaz salvaguarda de nuestra herencia cultural. Una vez establecido el régimen de protección jurídica de los monumentos arqueológicos examinaremos cierta jurisprudencia en torno al tema. También nos detendremos en diversas problemáticas de relevancia ética y jurídica, como la propiedad estatal de los monumentos arqueológicos y el tratamiento legislativo de los restos humanos indígenas. Finalmente, analizaremos críticamente dos importantes proyectos de ley que inciden profundamente en la protección del Patrimonio Cultural en nuestro país, y que se encuentran en actual tramitación en el Congreso, nos referimos al proyecto de ley que crea el Instituto del Patrimonio y al proyecto de ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia y el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental.

II. DEFINICIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL

Los sistemas legales de todo el mundo han incrementado su interés sobre temas relativos al patrimonio cultural, sin embargo, mucha de la legislación existente, los escritos de especialistas y los convenios internacionales no han sido recolectados, analizados o sistematizados. Examinaremos, en primer término, la definición de patrimonio cultural

¹ Arqueóloga-Abogada. Profesora Magíster Derecho Ambiental. Facultad de Derecho. Universidad de Chile y Magíster Historia del Arte. Facultad de Humanidades. Universidad Adolfo Ibáñez. paoglez@gmail.com

propuesta por P. O'Keefe y Prott, L.² Sin embargo, antes de abordar el contenido de este concepto, debemos manejar alguna noción del término cultura. Según el antropólogo D. Clarke³ (1968) la cultura consiste "en los modos de conducta aprendidos y sus manifestaciones materiales, socialmente transmitidos de una generación a la siguiente y de una sociedad o individuo a otro". Entonces,

el patrimonio cultural consiste en las múltiples actividades y objetos que dan evidencia de estas conductas. Implícito en la palabra "patrimonio" está también la idea de algo apreciado que debe ser preservado. Dentro de este precioso legado están incluidos objetos culturales muebles (recursos arqueológicos, obras de arte), objetos culturales inmuebles (edificios, monumentos y sitios), actividades expresivas (lenguaje y las artes de ejecución como la música, danza y teatro) y la herencia cultural intangible (folklore, rituales, creencias religiosas, tradiciones intelectuales, destrezas). (O'Keefe y Prott, L.1984, p. 7)

Por otra parte, la UNESCO en el período que va desde 1954 a la última década, ha dictado 10 Recomendaciones, 4 Convenciones y 1 Protocolo sobre esta materia. Cabe destacar que Chile sólo ha ratificado la "Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural", el 20 de febrero de 1980.

El rol del patrimonio cultural en el establecimiento de la identidad cultural de los Estados es un tema fundamental. El patrimonio cultural es el producto de diferentes tradiciones culturales e históricas; la diversidad cultural enriquece la visión de mundo, permite valorar mejor la realidad; proporciona bienes de valor artístico y simbólico; permite rescatar y potenciar las capacidades adaptativas de cada sociedad, facilitando la identidad de la gente con su pasado y con un proyecto futuro compartido. Sin embargo, el patrimonio cultural se encuentra constantemente amenazado. Debemos tener presente que dada la singularidad de cada desarrollo cultural, su pérdida es irreparable.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

1. INCLUSIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DENTRO DEL CONCEPTO AMPLIO DE MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Es necesario, en primer término, realizar una precisión en torno a la inclusión del Patrimonio Cultural dentro del concepto amplio de "medio ambiente" en la legislación chilena. La consagración en la Constitución Política de 1980 del "derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" señala la protección constitucional del medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico. Una dificultad que entraña este artículo es que el constituyente no define lo que entiende por "medioambiente", labor que quedará entregada, por lo tanto, a la legislación, a la doctrina y a la jurisprudencia.

En tanto, el artículo 2º, letra II) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, entiende por medio ambiente:

2 O'KEEFE, P y L. PROTT. 1984. Law and the cultural heritage. Vol. I. Professional Books Limited, Oxford Publishing Services, Oxford, Inglaterra.

3 CLARKE, J.R. 1968 Analytical Archaeology. Methuen Ed., Londres. p. 19.

*el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, **socioculturales y sus interacciones**⁴, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige o condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.*

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

2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL

De acuerdo a lo mencionado anteriormente el concepto de “patrimonio cultural” se encuentra implícito en el término “medio ambiente”. La primera norma constitucional que consagra su protección se encuentra en el Capítulo III de la C.P. R., específicamente en su Artículo 19 N°8. El citado artículo dice en forma textual que

la Constitución asegura a todas las personas: N°8. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

El ejercicio del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra regulado básicamente por la Ley 19.300. El Artículo 2 letra b) de la Ley 19.300 exige el uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso, de los componentes del patrimonio cultural que resulten dañados por una determinada actividad. Asimismo, de acuerdo al artículo 19 N°24 de la C.P. R., el derecho de propiedad puede ser limitado en atención a la función social de la propiedad, la que considera, entre otros criterios, la conservación del patrimonio ambiental, que incluye a su vez, la protección del patrimonio cultural.

En tanto, el artículo 20 de la C.P. R., inciso 2°, consagra un recurso procesal que tiene por objeto resguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consignado en el Artículo 19 N°8. Se trata del Recurso de Protección del Medio Ambiente. Pese a que es uno de los principales instrumentos jurídicos de defensa del medio ambiente, su formulación es mucho más restringida que la de los restantes derechos protegidos por el inciso 1° del artículo 20 de la C.P. R.⁵ En primer término, el carácter excepcional del recurso de protección del medio ambiente se expresa en que para que sea procedente se exige que el derecho sea “afectado”. En cambio, en los restantes derechos protegidos sólo basta que su titular sufra “privación, perturbación o amenaza”. Asimismo, el recurso se puede alegar sólo respecto de “actos u omisiones ilegales”⁶.

4 El subrayado es nuestro.

5 CASTILLO, M. 1994 *Régimen Jurídico de Protección del Medio Ambiente. Aspectos Generales y Penales*. Ediciones BLOC. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Santiago.

6 Modificación Ley 20.050 de 26 de agosto de 2005.

Finalmente, se requiere la “imputabilidad” del acto “a una autoridad o persona determinada”, exigencia inexistente para los otros derechos protegidos.

De acuerdo a Dougnac (2006)⁷ es necesario detenerse en las razones por las cuales el constituyente eliminó la “arbitrariedad” como fundamento de la acción en el caso de la afectación de la garantía del artículo 19 N°8. Esta eliminación, de acuerdo al autor, restringe aún más las causales que permiten la interposición del recurso, dado que se acota el concepto de “arbitrariedad” sólo a la “ilegalidad”, “dejando fuera la irracionalidad, la injusticia y el capricho, todo ello con la finalidad de ampliar la discrecionalidad administrativa”⁸

Otra norma constitucional que protege el patrimonio cultural se encuentra en el Artículo 19 N°10 inciso quinto, que asegura a todas las personas el derecho a la educación, señalando que

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación⁹.

3. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

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

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

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

Al efectuar esta modificación la intención del constituyente fue elevar a rango constitucional las normas internacionales ratificadas o que puedan ser ratificadas por Chile en materia de derechos humanos y que los órganos del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial- deberán promoverlos, y lo que es más importante, respetarlos en la perspectiva de su nuevo status jurídico (C. Pinochet, 1990:7)¹⁰. Aprobado un tratado sobre

7 DOUGNAC, F. 2006. *La modificación del inciso segundo del artículo 20° de la Constitución desde una perspectiva axiológica*. Actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental. Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para el Chile del Bicentenario. Santiago, 25 al 27 de octubre de 2006. LOM Ediciones, 2006, p. 59-76.

8 *Ibidem*. p. 76.

9 El destacado es nuestro.

10 PINOCHET, C. 1990. “Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”. En: “La Reforma Constitucional de 1989. Estudio Crítico”, Cuaderno de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N°13, Enero de 1990. Santiago, Chile.

derechos humanos, operaría necesariamente la derogación tácita de todas las normas contradictorias de inferior rango.

Entre los tratados sobre derechos humanos que se encuentran vigentes, y que es elevado a rango constitucional por la reforma de 1989, se encuentra el Convenio sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural¹¹. Este Convenio protege al patrimonio cultural en sentido genérico y obliga al Estado de Chile y a sus órganos al pleno respeto y resguardo de estos bienes. El Convenio mencionado versa sobre intereses culturales que han de ser considerados como derechos humanos y, por tanto, se encuentran incorporados al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política. En efecto, los derechos culturales deben ser entendidos dentro del complejo marco de los derechos humanos, tanto económico-sociales como civiles y políticos, con las relaciones y dependencias que existen entre unos y otros. Existe una estrecha vinculación entre los derechos culturales y el derecho a la libertad individual, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la educación, etc. Los derechos culturales se clasifican dentro de la categoría de “derechos públicos subjetivos”, lo cual significa que sus titulares pueden exigir algo del Estado, es decir, acciones de respeto y garantía. El Estado debe adoptar medidas legislativas, políticas y administrativas tendientes a proporcionar a todos los habitantes del país medios jurídicos y materiales que garanticen la libre y efectiva participación en el mundo de la cultura. El desarrollo de los derechos culturales como derechos humanos es un logro reciente, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos¹², el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad¹³ y el derecho a desarrollar una cultura,¹⁴ forman el núcleo de un sistema rudimentario de derechos humanos que protege intereses culturales.

4. PROTECCIÓN LEGAL DEL PATRIMONIO CULTURAL POR MEDIO DE LEYES ESPECIALES

La protección legal del patrimonio cultural en nuestro país está dada por la existencia de ciertas leyes especiales que se han ido dictando a través del tiempo, no siempre con la suficiente correspondencia y armonía entre sí, que permita la existencia de un sistema jurídico coherente. Los principales cuerpos legales especiales que abordan dicha protección son la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales y su Reglamento, la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y la Ley 19.253 o Ley Indígena.

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LEY 17.288

La principal ley que norma el Patrimonio Cultural es la Ley de Monumentos Nacionales N° 17.288 y el Reglamento de la Ley 17.288, sobre excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas. Debido a la fragilidad del patrimonio

11 UNESCO. 1972. Convención sobre protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, París.

12 Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Artículo 26, 1948. Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 13 (3) a. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

13 Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Artículo 27 (1), 1948. Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 15 (1) a. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

14 Declaración de Principios de Cooperación Cultural Internacional, UNESCO, Artículo 1 (2), 1966.

cultural monumental es indispensable la acción de tutela del Estado para proteger su integridad.

Esta protección supone aceptar un concepto moderno de la misión del Estado, reconocer un justo intervencionismo estatal y la existencia de limitaciones al derecho de propiedad en favor del bien común, de las necesidades sociales. (M. Revetria, 1977:86)¹⁵

A partir del análisis de la Ley 17.288, la autora mencionada nos propone la siguiente definición de monumento nacional:

Puede definirse a los monumentos nacionales como bienes materiales que por su interés histórico, científico, artístico y en general, cultural, que ellos tienen, han sido sometidos -mediante un procedimiento establecido o por el solo ministerio de la ley- a la protección y tuición del Estado con el objeto de que sean conservados debidamente, imponiendo por tal motivo, a sus propietarios particulares ciertas limitaciones en su derecho de dominio. (M. Revetria, M., 1977:91).

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

- “Los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico”. Esto es ampliado posteriormente, en el Artículo 9, al hablar de los monumentos históricos.
- “los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes; las piezas u objetos antropológicos, arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la Historia, al Arte o la Ciencia...”.

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

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

- “Los santuarios de la naturaleza”, noción que es analizada posteriormente en el Artículo 31 de la misma ley, definiéndolos como “todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios o investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas y de ecología o que posean formaciones naturales, cuya conservación sea de interés para la ciencia o para el Estado”.
- y finalmente, “Los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, inscripciones, y, en general, todos los objetos que están destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo”. Es decir, los monumentos públicos.

¹⁵ REVETRIA, M. 1977. El régimen jurídico de la propiedad monumental en Chile. Revista de Derecho Público 21-22:85-148.

La Ley 17.288 encarga la tutela de los Monumentos Nacionales a un órgano administrativo denominado Consejo de Monumentos Nacionales. Se trata de un organismo de naturaleza colegial, que tiene radicado en sí la casi totalidad de las atribuciones e iniciativas en esta materia. Es un órgano técnico dependiente del Ministerio de Educación y, por tanto, órgano integrante de la Administración Pública centralizada de nuestro país. Es ayudado en su labor por entidades y autoridades civiles y militares, tales como Municipalidades, Intendentes, Gobernadores, Fuerzas Armadas y Carabineros. La mayor parte de sus atribuciones se traducen en la protección de los Monumentos Nacionales bajo su cuidado, entre ellas mencionaremos la facultad de declarar monumento a un bien, autorizar y conceder permisos para realizar excavaciones arqueológicas, llevar un registro de todos los Monumentos Nacionales, autorizar trabajos de reparación en monumentos históricos, etc.

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LEY 19.300 Y SU REGLAMENTO

Un segundo cuerpo legal que asume la protección del patrimonio cultural chileno es la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales Del Medio Ambiente. Ella incorpora el patrimonio cultural dentro de los aspectos protegidos por sus disposiciones, al considerar como parte del “medio ambiente” a los elementos socioculturales y sus interacciones. De esta forma, el patrimonio cultural queda sometido también al sistema de evaluación de impacto ambiental.

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

Las disposiciones de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales Del Medio Ambiente fueron complementadas y precisadas por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (D.S. N°95 de 2001). El artículo 4 de este Reglamento señala que el titular de un proyecto, mencionado en el artículo 10 de la Ley, deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental, salvo que dicho proyecto o actividad genere alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 o en los artículos del Título II del Reglamento, caso en el cual debe presentar un Estudio de Impacto Ambiental. A este respecto, el artículo 11 del Reglamento, incluido en el Título II señala:

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Esta disposición agrega que a objeto de evaluar si el proyecto o actividad, respecto a su área de influencia, genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural se considerará:

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

- c) *La magnitud en que se modifique o deteriore en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural; o*
- d) *La proximidad a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folklore de algún pueblo, comunidad o grupo humano”.*

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según el Artículo 2, letra y) es

el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación, e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos.

Los EIA, de acuerdo al artículo 12 de la Ley 19.300, deben cumplir con los siguientes requisitos: una descripción del proyecto o actividad; una línea de base; la descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que dan origen a la necesidad de efectuar un EIA; la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo; las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos (medidas de reparación, mitigación o compensación); plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes y un plan de cumplimiento de las legislaciones ambientales aplicables.

La Ley 19.300 ordena la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental si el proyecto o actividad genera “*alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.*” De este modo, dota al patrimonio cultural chileno de una eficaz herramienta de protección al exigir una evaluación exhaustiva del impacto ambiental de las obras a realizar y la generación de medidas para eliminar o mitigar los efectos adversos.

El Consejo de Monumentos Nacionales actúa como órgano con competencia ambiental en esta materia, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El fundamento normativo de dicha participación se encuentra establecido en los artículos 10 letra p) y 11 letra f) de la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, además de los artículos 11, 75, 76, 77 y 78 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, refiriéndose los cuatro últimos artículos a permisos ambientales sectoriales que le corresponde otorgar al Consejo.

En el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el Consejo ha tenido la posibilidad de velar por la conservación del patrimonio monumental en el contexto de la realización de grandes obras de infraestructura o de proyectos de gran envergadura. Es el caso, por ejemplo, de la protección y conservación del patrimonio arqueológico en el marco de la construcción de nuevas líneas o extensiones del Metro de Santiago, de la instalación de faenas mineras de gran envergadura, de obras viales, etc.¹⁶

No obstante, se han detectado numerosas dificultades en la gestión ambiental del Consejo de Monumentos Nacionales, relacionadas a su evolución histórica, su estructura

¹⁶ CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES, Documento “*La Gestión del Consejo de Monumentos Nacionales*” (2° Versión), marzo 2005, MS, p. 32.

interna, los procedimientos diseñados para la evaluación de impacto ambiental en el componente patrimonial y la dotación presupuestaria de este organismo¹⁷. A esto debe sumarse la existencia de vacíos legales en la Ley 17.288 y la Ley 19.300, así como fallas en la coordinación de ambos cuerpos legales.¹⁸

Un serio problema que enfrenta en la actualidad el Consejo de Monumentos Nacionales para el logro de una gestión eficaz en su desempeño como órgano con competencia ambiental, es su carácter centralizado y concentrado, cuyo funcionamiento se radica en Santiago. La ley 17.288 no contempla su desconcentración territorial. No obstante, por mandato legal de la Ley 19.300 debe evaluar y fiscalizar cientos de proyectos que se ejecutan a lo largo de todo el territorio nacional. En efecto, el Consejo de Monumentos Nacionales es un órgano centralizado, sin personalidad jurídica ni patrimonio propio, que depende directamente del Ministerio de Educación (artículo 2, ley 17.288). Asimismo, además de la función como órgano con competencia ambiental, la ley le asigna una gran cantidad de funciones distintas a aquella.

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA LEY 19.253

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

La primera disposición que se refiere a la promoción y protección de las culturas indígenas se encuentra en el artículo 1 inciso 3°, estableciendo el deber del Estado de proteger y promover el desarrollo de las culturas originarias, adoptando las medidas necesarias para tal fin. Complementa esta norma el artículo 7, señalando en su inciso 2° que *“el Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, que forman parte de la Nación chilena”*.

Por otra parte, las disposiciones que abordan más directamente el tema de la promoción y protección del patrimonio cultural indígena están concentradas en el Título IV, denominado *“De la Cultura y Educación Indígena”*. El artículo 28 de la Ley 19.253 señala que el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:

- 17 P. GONZÁLEZ. 2005. “Acerca del Consejo de Monumentos Nacionales como órgano con competencia ambiental. Institucionalidad pública y fiscalización (Conama, Consejo de Monumentos Nacionales y Consejos asesores)”. Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. P. González y G. Fernández (eds.). Ediar S. A. p. 86-97.
- 18 P. GONZÁLEZ. “Institucionalidad ambiental patrimonial: problemas y desafíos en la gestión ambiental del consejo de monumentos nacionales”. Actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental. *Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para el Chile del Bicentenario*. Santiago, 25 al 27 de octubre de 2006. LOM Ediciones, 2006, p. 223-234.

- a) *El uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena.*
- b) *El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente.*
- d) *La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior.*
- f) *La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena.*

Observamos que estas actividades están destinadas tanto a promover la mantención de la cultura indígena al interior de las comunidades étnicas, como también a crear conciencia en la comunidad chilena en general, del valor e importancia de nuestra herencia cultural indígena..

El Párrafo 2° del Título IV de la ley 19.253 se denomina “De la Educación Indígena” y considera en el artículo 32 la implementación de un sistema de educación intercultural bilingüe en áreas de alta densidad indígena. Este sistema puede traducirse en una eficaz herramienta de protección de uno de los pilares del patrimonio cultural indígena: la lengua. A este respecto el mencionado artículo señala que la CONADI en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global. Al efecto podrá financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales.

La Ley 19.253 contiene también una serie de normas que fortalecen la importancia del derecho consuetudinario indígena, el que forma parte del patrimonio cultural intangible de estos pueblos. La costumbre indígena es considerada en la división de tierras indígenas, la sucesión de tierras indígenas colectivas, en materia penal como atenuante o eximente, y también para hacerla valer en juicio entre indígenas de una misma etnia (artículos 16 inciso 1° y artículo 18 de la Ley 19.253).”

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

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

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

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

5. PROTECCIÓN LEGAL GENERAL: CIVIL, ADMINISTRATIVA Y PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

PROTECCIÓN CIVIL

Los daños causados al patrimonio cultural pueden dar origen a responsabilidad civil. Nuestro Código Civil no contiene normas que en forma expresa se refieran a la protección del patrimonio cultural, debido a que en la época de su dictación la preocupación social y jurídica por este tema no era relevante. Sin embargo, cuerpos legales posteriores otorgan acciones destinadas a hacer efectiva dicha protección.

En primer término, destaca la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales que sanciona a quienes destruyan o perjudiquen Monumentos Nacionales. En efecto, el artículo 40 de la mencionada ley señala que *“las obras o trabajos que se inicien en contravención a la presente ley, se denunciarán como obra nueva, sin perjuicio de la sanción que esta ley contempla”*.

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

Por otra parte, la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su artículo 53 contempla una acción por daño ambiental destinada a la reparación del medio ambiente y una acción indemnizatoria ordinaria que puede ejecutar el afectado directo. Recordemos que, de acuerdo al artículo 2 letra e) se entiende por daño ambiental *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”*. En tanto, el artículo 53 señala que *“producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”*.

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

En cuanto a los titulares de la acción ambiental, éstos son: a) Las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; b) Las Municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas; y c) El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.¹⁹⁻²⁰

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

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

19 A este respecto, es de interés destacar el importante rol ejercido por la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado, en el ejercicio de la acción por Daño Ambiental cuando se produzcan menoscabos al patrimonio cultural.

20 Ver SAAVEDRA, R. 2005. *“Acción por daño ambiental y destrucción de Monumentos Nacionales: la experiencia del Consejo de Defensa del Estado”*. Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. P. González y G. Fernández (eds.). Ediarte S. A.. p. 24-35.

“en el caso en que no se cumpliera o existiere entorpecimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos en los incisos anteriores, la Comunidad Indígena afectada tendrá acción de reclamación ante el juez de letras competente quien, en única instancia y sin forma de juicio, previa audiencia de los demás interesados, del organismo público respectivo e informe de la Corporación, se pronunciará sobre la acción entablada”.

PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA

Con el objeto de proteger el patrimonio cultural la administración puede ejercer la “potestad pública” a través de la regulación, control y fiscalización de las actividades que potencialmente pueden constituir un riesgo para dicho patrimonio.

En la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 encontramos una serie de mecanismos de protección del patrimonio cultural por parte de la administración. Por ejemplo, esta ley señala una serie de sanciones específicas atendiendo al tipo de infracción. En efecto, el artículo 12 señala que el dueño de un Monumento Histórico que lo destruya, transforme, repare o construya, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, será sancionado con una multa de 5 a 200 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública. Lo mismo ocurrirá para el caso de que se excave o edifique en un lugar o sitio eriazado declarado Monumento Histórico sin dicha autorización.

En tanto, el artículo 18 de la ley 17.288 establece que no podrán iniciarse trabajos para construir monumentos o para colocar objetos de carácter conmemorativo, sin que previamente el interesado presente los planos y bocetos de la obra en proyecto al Consejo de Monumentos Nacionales y sólo podrán realizarse estos trabajos una vez aprobados por el Consejo. Si infringe esta norma se le sancionará con una multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de ordenarse la paralización de las obras.

Por otra parte, el artículo 19 señala que no se podrá cambiar la ubicación de los Monumentos Públicos, sino con la autorización previa del Consejo. La infracción a lo dispuesto en este artículo se sancionará con una multa de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la restitución a su lugar de origen, a costa del infractor.

El artículo 22 señala que la persona natural o jurídica chilena que realizare en el territorio nacional excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, será sancionada con una multa de 10 a 500 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio del decomiso de los objetos que se hubieren obtenido de dichas excavaciones. Si fuere extranjera, será sancionada con la expulsión del territorio nacional, sin perjuicio del comiso de los objetos obtenidos en las excavaciones que hubieren realizado.

En tanto, el artículo 26 señala que la persona natural o jurídica que al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, encontrare ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador del Departamento. La infracción a lo dispuesto será sancionada con una multa de 5 a 200 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria de los empresarios o contratistas a cargo de las obras, por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de denunciar el hallazgo.

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

Por otra parte, la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente entregó a la autoridad administrativa un instrumento de regulación y control que puede ser muy eficaz para la protección del patrimonio cultural, nos referimos al sistema de evaluación de impacto ambiental, ya descrito.

PROTECCIÓN PENAL

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

Entre las normas del Código Penal que sancionan conductas atentatorias contra el patrimonio cultural, se encuentra el artículo 485 que señala penas de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 11 a 15 unidades tributarias mensuales a quienes causen daños cuyo importe exceda de cuarenta unidades tributarias mensuales en archivos, registros, bibliotecas o museos públicos (artículo 485 N°5), en tanto el artículo 485 N°7 castiga con igual pena a quienes causen daños en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.

Otra norma del Código Penal que incide indirectamente en la protección del patrimonio cultural es el artículo 321 que sanciona a quien “*violare los sepulcros o sepulturas practicando cualquier acto que tienda directamente a faltar el respeto debido a la memoria de los muertos*”, con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. La mencionada disposición habla de “sepulcros o sepulturas” en sentido genérico, sin distinguir si se trata de tumbas actuales, históricas o arqueológicas, por cuanto sería posible sancionar también con esta pena las violaciones de sepulcros históricos o arqueológicos, complementando de esta forma las sanciones señaladas por la ley 17.288.

Finalmente, la Ley 17.288 aporta también una sanción de naturaleza penal para quienes atenten contra los Monumentos Nacionales. La ley 20.021 modificó la ley de Monumentos Nacionales N°17.288 con el objeto de adecuar las figuras sancionatorias contempladas en la ley N° 17.288 sobre monumentos nacionales, las que hasta el momento no eran lo suficientemente represivas, por lo que no generan un efecto preventivo general. Las modificaciones aprobadas, contemplan por un lado el reemplazo de la medida de determinación de las multas posibles de aplicar, correspondiendo en adelante a unidades tributarias mensuales, y respecto a los tipos penales, junto con la sanción a las conductas de daños o afectación de la integridad de un Monumento Nacional, también se establecen expresamente penas a la apropiación y receptación de los mismos²¹.

21 Ver ZÁRATE, M. *La protección de los Monumentos Nacionales en Materia Penal. Algunos comentarios a las modificaciones incorporadas en la Ley 17.288*. Primer Seminario de Minería y Monumentos Nacionales. P. González y G. Fernández (eds.). Ediar S. A., p. 36-47.

El nuevo texto del artículo 38 de la Ley 17.288 prescribe que *“El que causare daño en un monumento nacional, o afectare de cualquier modo su integridad, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales.”*

La Ley 20.021, también incorpora un nuevo artículo 38 bis a la Ley 17.288, el cual prescribe que: *“La apropiación de un monumento nacional, constitutiva de los delitos de usurpación, hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación, se castigará con pena de multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales, además de la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo a las normas generales”*. Agrega en su inciso segundo que: *“Tratándose del hurto, si no fuera posible determinar el valor del monumento nacional, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, además de la pena aludida en el inciso precedente”*. De acuerdo a lo señalado por Zárata (2005), este nuevo delito castiga con una pena de multa, independiente a la comisión de alguno de los delitos contra la propiedad, la conducta de apropiación cuando recaiga sobre un bien declarado Monumento Nacional, sea este mueble o inmueble, sanción que se impone además de la pena privativa de libertad correspondiente del delito que se trate, esto es, robo, hurto, usurpación y receptación.

Estas modificaciones legales, sin duda han constituido un avance en la protección penal del patrimonio cultural, no obstante, aún está pendiente la ratificación de 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 1970²², que favorecería la prevención, control y sanción del tráfico ilícito de bienes culturales.

IV. PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL ANTROPOLÓGICO Y ARQUEOLÓGICO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA: LOGROS Y DESAFÍOS

Los monumentos arqueológicos se encuentran reglamentados en el Título V de la Ley 17.288, denominado *“De los Monumentos Arqueológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes”*, ya analizada. En nuestra opinión, la definición de Monumento Arqueológico de la Ley 17.288, aunque poco sistemática, cuenta con la suficiente generalidad como para cubrir toda la gama de sitios arqueológicos. Es una ventaja el hecho que no se centre la definición en la existencia de “objetos” de interés arqueológico, ya que podrían excluirse por esa vía sitios arqueológicos que, en estricto rigor, no contienen objetos.

Pero debemos enfatizar que la arqueología moderna logra conocimientos a través de objetos y sitios arqueológicos, pero el conocimiento no debe ser confundido con los objetos o sitios en sí mismos. La información es obtenida no sólo a través del estudio del objeto, sino también analizando las relaciones de los objetos entre sí. Los restos materiales son de “interés arqueológico” si a través de su estudio científico y análisis puede ser obtenida información relativa a la vida o actividades del pasado humano.

22 UNESCO. 1970. *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.

1. PROPIEDAD ESTATAL DE LOS MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS

A diferencia de los monumentos históricos, santuarios de la naturaleza y zonas típicas, los monumentos arqueológicos no requieren de declaración expresa por órgano administrativo alguno, sino que son tales por el solo ministerio de la ley. También por el solo ministerio de la ley los monumentos arqueológicos son propiedad del Estado, de acuerdo a lo expresado por el artículo 21° de la Ley 17.288.

Mafalda Revetria (1977)²³ sostiene que la norma recién citada sería inconstitucional al aplicarse a monumentos arqueológicos situados en propiedad particular. Dado que, en su opinión, al establecer la Ley 17.288 que todos los monumentos arqueológicos son de propiedad del Estado se establecería una confiscación de bienes, la que en nuestro derecho sólo procede como sanción penal en los casos de asociaciones ilícitas. Según la autora, en el caso del artículo 21° de la Ley 17.288 estaríamos frente a una confiscación ya que no se señala ninguna indemnización al particular en cuya propiedad se encuentra un monumento arqueológico.

Hemos expresado ya en trabajos anteriores²⁴ nuestra abierta discrepancia respecto a esta interpretación dado que no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico que el Estado establezca un dominio público especial sobre determinados bienes; es el caso, por ejemplo, de la propiedad estatal sobre los yacimientos mineros. Donde se excluyen determinados yacimientos del régimen de concesiones mineras, estableciendo un dominio público de carácter patrimonial (Lira, 1994)²⁵, sobre ellos. En mi opinión, el fundamento de este régimen de propiedad pública de los monumentos arqueológicos radica en que, al igual que en el caso de ciertas sustancias minerales consideradas estratégicas, tales monumentos poseen un valor intrínseco y únicamente bajo tutela directa del Estado pueden ser debidamente protegidos. Existe un interés público que justifica la propiedad estatal de los recursos arqueológicos. Se trata de bienes intransferibles, que condensan nuestra herencia cultural. Si formarían parte del patrimonio del dueño del inmueble donde se encuentren resulta fácil imaginar la rapidez con que se desaparecerían los vestigios de nuestro pasado histórico y prehispánico, sin alcanzar a ser adecuadamente estudiados por los especialistas en la materia.

No debe olvidarse que, en esta materia, el derecho de propiedad del propietario del predio en que se encuentra el sitio arqueológico, ve legítimamente limitado su dominio por la función social de la propiedad. Además, es de común ocurrencia en Derecho Comparado la propiedad estatal de los monumentos arqueológicos. Tal es el caso de Méjico, Perú, Ecuador y numerosos países de Europa, Asia, África y Oceanía.

En nuestra opinión, y a fin de evitar cualquier disconformidad entre la Ley 17.288 y la Carta Fundamental que nos rige, específicamente, en lo relativo al derecho de propiedad, debiera reconocerse constitucionalmente la propiedad estatal de los monumentos arqueológicos.

23 REVETRIA, M. 1977. El régimen jurídico de la propiedad monumental en Chile. *Revista de Derecho Público*. 21-22:85-148.

24 GONZÁLEZ, P. 2001. *Régimen Jurídico de Protección del Patrimonio Cultural y de los Pueblos Indígenas en la Legislación Chilena*. Memoria para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

25 LIRA, S. 1994. *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS RESTOS HUMANOS INDÍGENAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

A continuación abordaremos el estudio de un interesante tema que deja en evidencia ciertas lagunas legales en torno al ámbito de aplicación de la Ley 17.288 y la Ley 19.253, en lo relativo al tratamiento legislativo de los restos humanos indígenas.

El artículo 29° letra c) de la Ley N°19.253, establece que la excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos requerirá informe previo de la CONADI y consentimiento de la comunidad involucrada, ciñéndose, posteriormente, por el procedimiento establecido en la Ley N°17.288 y su Reglamento. En tanto, el artículo 14° del Reglamento en comento señala que una vez obtenida la autorización de la comunidad indígena involucrada para realizar excavaciones científicas en cementerios históricos indígenas, estos antecedentes se notifican al Director Nacional de la CONADI, quien a su vez, da cuenta de ello al Consejo de Monumentos Nacionales para que, en adelante, se proceda de acuerdo a lo señalado en la Ley N°17.288 y su reglamento. No obstante, un punto de gran relevancia no fue abordado por la ley, cual es, establecer el criterio que permita discernir cuándo estamos frente a un cementerio histórico indígena que requiera para su excavación del permiso de la comunidad indígena afectada, y cuándo un cementerio está fuera del ámbito de competencia de la Ley Indígena y dentro de la esfera de los Monumentos Nacionales protegidos por la Ley N°17.288. No existe ninguna disposición legal en la Ley N°19.253 ni en alguno de sus reglamentos que defina el concepto de “*cementerio histórico indígena*”. Lo mismo puede decirse de la Ley N°17.288 y su reglamento.

La interpretación administrativa del Consejo de Monumentos Nacionales es que, ante la ausencia de un concepto legal de “*cementerio histórico indígena*”, y en el contexto de la evaluación de impacto ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco, el Consejo para definir un criterio que permitiera distinguir entre cementerios históricos indígenas y cementerios arqueológicos recurrió a las definiciones establecidas en el “Anteproyecto de Ley sobre la Protección y Fomento del Patrimonio Monumental de la Nación”, versión Marzo de 1997. Entonces, de acuerdo a lo señalado por María Elena Noél²⁶, el punto central al momento de discriminar si estamos o no frente a un cementerio arqueológico indígena es su “*uso actual*”. Será un cementerio arqueológico indígena cuando no exista una vinculación evidente con poblaciones indígenas actuales, quedando entonces fuera de la esfera de competencia de la Ley N°19.253. En general, la competencia del Consejo de Monumentos Nacionales se extiende hasta cementerios republicanos sin uso actual. Si se trata de un cementerio indígena de uso actual donde también existen tumbas indígenas arqueológicas, la competencia será compartida entre la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Consejo de Monumentos Nacionales. Si un cementerio indígena posee solamente un uso actual las excavaciones en su interior son competencia del Servicio Nacional de Salud y requieren de la autorización de la comunidad indígena involucrada, de acuerdo a lo señalado por el artículo 29° letra c) de la Ley N°19.253.

La ley se refiere a la “*comunidad involucrada*”, sin definir qué debe entenderse por tal, pero con la especificación que debe tratarse de una comunidad indígena constituida de

26 Arqueóloga Consejo de Monumentos Nacionales. Comunicación personal (2000).

acuerdo al artículo 9° de la Ley N°19.253. Esto, sin perjuicio, de la competencia general del Servicio Nacional de Salud.

Ahora bien, debemos agregar que el hecho que la interpretación administrativa aplicada por el Consejo de Monumentos Nacionales, acerca de cuándo ha de entenderse que estamos frente a un cementerio arqueológico, se base en un Anteproyecto de ley y no en una ley propiamente tal, le resta solidez a esta sistematización. Por otra parte, queda en evidencia la existencia de una gran cantidad de lagunas legales y de una notoria falta de coordinación entre los cuerpos legales mencionados. Es evidente que no se ha desarrollado ningún esfuerzo legislativo coherente por darle un tratamiento unitario y a la altura de lo que merecen los restos humanos de nuestros antepasados amerindios. Muchas preguntas quedan sin respuesta, por ejemplo: ¿Qué tratamiento legal deben recibir los restos humanos indígenas de tumbas históricas aisladas, que técnicamente no entran dentro de la definición legal de cementerios? ¿Qué profundidad temporal comprende la expresión “cementerios históricos indígenas” utilizada por la Ley N°19.253? ¿Qué debe entenderse por “comunidad involucrada”?

El tratamiento jurídico que un país otorgue a los restos humanos de sus poblaciones indígenas no es un tema menor. Por el contrario, se trata de leyes de un hondo contenido humano y un tratamiento inadecuado de este tema conduce a graves fisuras en la convivencia y armonía nacional. Debe realizarse un esfuerzo por establecer en forma precisa las relaciones entre legislación sobre vestigios antropológicos y arqueológicos y el empleo que hacen de estos sitios u objetos los pueblos indígenas. Ahora bien, es importante conciliar este aspecto con los legítimos intereses de la investigación científica. La arqueología obtiene valiosa información acerca del pasado mediante el estudio de los restos óseos de los pueblos originarios. La necesidad de conciliar estos dos focos de interés, hace aun más necesario que nuestros legisladores inicien un estudio profundo y lúcido del tema, donde sean oídos los diversos actores y se elimine la vaguedad que caracteriza la actual legislación.

3. DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL ARQUEOLÓGICO: ANÁLISIS DE UN FALLO

En los párrafos siguientes se analizará el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta²⁷, sobre dos recursos de protección interpuestos por un conjunto de representantes de la Comunidad Atacameña de San Pedro de Atacama, y algunos diputados concercacionistas, en contra del SEREMI de Antofagasta, del MOP y de la empresa Navarrete y Díaz Cumsille, por la destrucción de sitios arqueológicos emplazados en Sequitor Tchasquir y Solor durante la construcción del camino By Pass San Pedro de Atacama. Daremos especial énfasis a los conflictos existentes entre los argumentos jurídicos de los jueces y los criterios de investigación arqueológica científica. El fallo en estudio no da lugar al recurso de protección interpuesto.

Este fallo aborda temáticas de gran interés para la presente investigación y establece criterios de procedencia del recurso de protección del patrimonio cultural arqueológico que han de tenerse muy presentes por quienes deseen hacer uso de él en el futuro. Además, incide en materias fundamentales para la comprensión de las relaciones entre

27 Rol Corte N°12.238 y 12.248, de fecha 30 de abril de 1999.

la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288; la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300; el Reglamento N°30 del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y la Ley Indígena N°19.253, evidenciando asimismo algunas falencias de estos cuerpos legales.

En primer término, el fallo en análisis realiza una importante precisión en cuanto a que no será admisible el recurso de Protección cuando se afecte a monumentos nacionales arqueológicos si es que no se han ejercido antes de su interposición todas las acciones legales que franquean las leyes especiales que regulan esta materia. Se refiere a las acciones civiles y penales contempladas en la Ley 17.288, y a la acción que establece el artículo 53° de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 sobre daño ambiental. La sentencia en análisis también señala que “*cualquier persona*” puede hacer uso del Recurso de Protección si cumple los supuestos señalados por la ley.

A continuación nos referiremos al considerando Séptimo de la sentencia, dado que nos parece muy grave que la I. Corte haya recogido los argumentos esgrimidos por la empresa recurrida para justificar la destrucción de los sitios arqueológicos. El contenido de estos argumentos atenta abiertamente contra los principios más básicos de la ciencia arqueológica. De repetirse situaciones semejantes ello podría derivar en un daño irreparable para la reconstrucción de nuestro pasado precolombino.

De acuerdo a lo señalado por la empresa Navarrete y Díaz Cumsille, al recibir de parte del Ministerio de Obras Públicas una respuesta negativa a su proposición de implementar un desvío del camino, o bien, aplicar la medida de rescate arqueológico, para evitar la inminente destrucción de los sitios arqueológicos identificados, la empresa entonces comenzó a practicar movimientos de tierra y despeje de materiales en el camino original, interviniendo uno de los sitios arqueológicos. Los recorridos justifican su accionar señalando, textualmente, la respuesta dada por la Subdirección de Desarrollo a la Subdirección de Obras del Ministerio de Obras Públicas en el sentido que:

“el trazado original afecta aproximadamente 1.600 metros de longitud de sitios arqueológicos de alta densidad ocupacional, lo que representa un 11,9% del total. Tomando en consideración las características arqueológicas este porcentaje de afectación no es significativo, lo que indica que el trazado se efectuó tratando de generar un mínimo impacto.”

Posteriormente, la sentencia en análisis recoge este argumento señalando que “*los trabajos fueron realizados en una parte no significativa de los sitios arqueológicos porque se trató de generar un mínimo impacto.*”

Debemos hacer presente en relación a este argumento que nos parece de una gran ligereza y revela la más completa ignorancia acerca de la naturaleza esencialmente contextual de la ciencia arqueológica. Sostener que un 11,9% del total de un asentamiento arqueológico es un porcentaje “no significativo” de afectación, no cuenta con ningún sustento científico. Al excavar un yacimiento arqueológico existe incertidumbre acerca de la localización y naturaleza de los materiales a ser recobrados, por lo que una excavación científica debe ser extremadamente rigurosa en ir detallando cada uno de los niveles de excavación y los elementos que se encuentran asociados. Ese 11,9% de afectación puede perfectamente coincidir con el espacio físico en que se ubiquen evidencias arqueológicas de la más alta relevancia, y que son por definición, irrepetibles. Se trata de elementos que sólo en base a su específica ubicación espacial, su relación con

otros materiales situados en el mismo nivel y la naturaleza particularísima que poseen, pueden aportar información relevante para la arqueología científica.

Otro problema se refiere al tratamiento dado al material arqueológico que se obtuvo al excavar ilegalmente este yacimiento arqueológico. La empresa señala al respecto que, ante la disyuntiva obligante de tener que continuar las obras, se optó por ejecutar el trabajo en el sector de Séquitor, Tchasquir con el máximo de precauciones posibles y *“depositando el producto de las excavaciones en un solo sitio para su posterior estudio y análisis”*. En tanto, la sentencia señala al respecto que *“durante el trabajo comenzado, se tomaron máximas precauciones y se depositó el producto de las excavaciones en un solo sitio para su posterior estudio y análisis”*.

Los hechos descritos revelan un profundo desconocimiento del quehacer arqueológico, nos resulta penoso constatar la falta de respeto por los principios científicos con que necesariamente han de ser tratados estos restos, y alarma la absoluta indiferencia demostrada por los recurridos y por los sentenciadores, respecto a la debida asesoría con que deben abordar materias que exceden su comprensión. Como se dijo, la arqueología es una ciencia contextual, la información la aportan no sólo los objetos recobrados sino también, y principalmente, la forma en que ellos se encuentran asociados, los eventos que evidencia el subsuelo, tales como, sepulturas, fogones, postes de habitación, etc. El hecho que una retroexcavadora remueva un sitio arqueológico y deposite el producto de su excavación a un costado del camino *“para su posterior estudio y análisis”*, es una aberración, desde el punto de vista científico, y ha producido, sin lugar a dudas, la pérdida irreparable de información.

V. ANÁLISIS CRÍTICO ACERCA DE DOS PROYECTOS DE LEY RELATIVOS A LA INSTITUCIONALIDAD Y LA GESTIÓN AMBIENTAL DEL PATRIMONIO CULTURAL EN CHILE

1. DOCUMENTO “PROPUESTAS DE PERFECCIONAMIENTO DE POLÍTICAS, INSTRUMENTOS E INSTITUCIONALIDAD PATRIMONIAL (CIP), ABRIL 2006”

Este proyecto de ley fue elaborado por la Comisión de Institucionalidad Patrimonial (CIP) destinado a la adopción de decisiones políticas y cambios en normativas, institucionalidad y programas en materia patrimonial, y se refiere en particular a la propuesta de creación del Instituto del Patrimonio.

En primer término, reconocemos como positiva la iniciativa gubernamental de reconsiderar el actual marco jurídico e institucional destinado a la protección patrimonial en nuestro país. No obstante, del análisis del documento surgen una serie de reparos, principalmente, por la falta de un adecuado diagnóstico de la gestión de los organismos públicos encargados actualmente de esta tarea, así como de los procedimientos administrativos y procesos involucrados. Al carecer de este estudio prospectivo, la propuesta de la CIP, carece de un adecuado soporte técnico que permita arribar a una nueva institucionalidad que mejore los niveles de eficacia y eficiencia requeridos en esta importante labor.

Consideramos que atendiendo a la radical diferencia entre los bienes jurídicos protegidos por el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN), la DIBAM y el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA), no resulta recomendable fusionar en una sola entidad (Instituto del Patrimonio) la protección de la creación artística y el patrimonio cultural. Por el contrario, una gestión eficiente del Estado en esta materia debe necesariamente considerar modalidades de acción diferenciadas, y autonomía en la toma de decisiones. El hecho de abarcar en una misma institución bienes jurídicos tan disímiles entraba la calidad técnica de la gestión y su eficacia práctica.

Debemos recordar que el patrimonio cultural es un bien jurídico de gran complejidad y variabilidad interna, y es un recurso, por esencia, no renovable, lo que conlleva desafíos no menores en el diseño de los mecanismos de protección y gestión. Por su particular naturaleza, el patrimonio cultural incluye en sí múltiples componentes que hacen necesaria una aproximación científica y técnica al tema de su protección, donde confluyen ciencias como la paleontología, arqueología, antropología, ecología, arquitectura e historia, lo que hace desaconsejable que comparta su ámbito de gestión pública con otras entidades de competencia y jurisdicción diversa, como es el caso de la creación artística.

De acuerdo al documento en análisis se indica que *“el Instituto del Patrimonio no dependerá del CNCA, pero conformaría con éste la institucionalidad cultural y patrimonial, vinculándose con la Presidencia de la República, a través de la Ministra de Cultura quien lo presidirá”*. Estimamos que existe una excesiva jerarquización en el proceso de toma de decisiones que atenta contra la prevalencia de los criterios técnicos así como la necesaria rapidez y eficacia en la gestión. Por ejemplo, se señala que: *“En los casos de declaraciones de monumentos nacionales en sus distintas categorías, y demás medidas de protección que se tramiten ante el CMN, corresponderá al Instituto del Patrimonio la decisión administrativa por la vía de una resolución que será publicada en el Diario Oficial, así como la fiscalización de su cumplimiento. Para los efectos de la implementación de los acuerdos del Consejo, las proposiciones que actualmente se envían al Ministro de Educación, se dirigirán al Instituto del Patrimonio, para su decisión e implementación por la vía de resoluciones”*. (página 43).

Los párrafos seleccionados dan cuenta de una vía bastante engorrosa para la toma de decisiones del Consejo de Monumentos Nacionales y no se condice con funciones actuales del CMN relativas, por ejemplo, a su rol como órgano con competencia ambiental. Importantísima función no abordada en absoluto en el documento elaborado por la CIP. La gestión del patrimonio cultural en el marco del SEIA es de una relevancia enorme y debe desarrollarse un gran esfuerzo tendiente a conceptualizar y poner en práctica las mejores medidas de compensación y mitigación, así como resolver sobre la defensa efectiva de patrimonio cultural impactado por proyectos de inversión. Resulta claro que, si los órganos administrativos que componen el SEIA no cuentan con una estructura institucional idónea, una legislación actualizada y medios para ejercer eficazmente su gestión ambiental, las bases mismas en que se funda el SEIA, así como su eficacia preventiva peligran. Consideramos una seria omisión del proyecto de ley elaborado por la CIP, no haber abordado en profundidad la tarea del CMN en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la manera en que su propuesta de nueva institucionalidad abordará este importante tema, haciéndose cargo de las actuales dificultades.

Debemos tener presente que a través de las autorizaciones de intervención sobre el patrimonio cultural antropológico indígena y monumental (arqueológico, paleontológico

gico, histórico o natural, en el caso de los Santuarios de la Naturaleza) se ha abierto una enorme puerta para la alteración de nuestro patrimonio, en el marco de los proyectos de inversión, los cuales algunas veces transforman valles completos. Entonces es del todo necesario que la nueva institucionalidad aborde esta problemática y diseñe una estructura administrativa y procedimientos acordes con estos nuevos desafíos.

Es importante tener presente que la diferencia jurídica entre el daño ambiental y el impacto ambiental radica no en la magnitud o intensidad de las transformaciones en el entorno, sino en el acto jurídico administrativo que valida o legitima estas intervenciones, expresada en la Resolución de Calificación Ambiental. En consecuencia, a la Administración le corresponde poner el acento en instrumentos de gestión como el SEIA. Para ello la legislación ambiental debe ser eficaz y eficiente, y la estructura, concepción y recursos de los órganos con competencia ambiental debe ser idónea.

Entonces, una objeción al documento elaborado por la CIP es que omite cualquier pronunciamiento sobre esta función asignada por ley al Consejo de Monumentos Nacionales, no efectúa un diagnóstico ni propone estructuras administrativas idóneas, y lo que en nuestra opinión es más grave aún, no percibe al conceptualizar la nueva estructura administrativa propuesta que el vínculo que se produce entre CONAMA y los órganos con competencia ambiental es directo y no mediatizado por ningún otro órgano del Estado. Debe ser así por la celeridad de los pronunciamientos y su naturaleza esencialmente técnica. Su actual propuesta, tal como está, implicaría un grave entramamiento de la gestión ambiental del Consejo de Monumentos Nacionales.

Las escasas menciones a la gestión ambiental del patrimonio presentes en el texto elaborado por la CIP son confusas y fragmentarias, no quedando claro quién asumirá a cabalidad esta importantísima función a nivel nacional, confundiendo además la labor desempeñada por el Consejo de Monumentos Nacionales en el marco del SEIA, con la protección del Patrimonio Natural. Además, delega la responsabilidad sobre el diseño de la institucionalidad ambiental patrimonial, al Proyecto de ley que crea el Ministerio de Medio Ambiente. En efecto, en la página 106 del documento se indica: *“Naturalmente, el SEIA es una materia específica que corresponde a CONAMA y la institucionalidad que se dicte”*.

En general, preocupa el hecho que a lo largo del texto se percibe una replicación de funciones y ambigüedad administrativa como orgánica, entre el Consejo de Monumentos Nacionales y el Instituto del Patrimonio, faltando una definición más precisa de todos estos aspectos. De igual modo, otro aspecto que preocupa en la formulación de la nueva institucionalidad propuesta por la CIP se refiere a la estructura regional del Instituto del Patrimonio y el Consejo de Monumentos Nacionales. De la simple lectura del diseño propuesto como estructura regional del IP y los Consejos Regionales de Patrimonio y Monumentos Nacionales, no resulta claro los límites en la gestión de cada uno y respecto a la institución central. De especial interés en esta materia resulta abordar la toma de decisiones en el marco de la evaluación ambiental de los proyectos de inversión a nivel regional. En nuestra opinión, atendida la gran complejidad del patrimonio cultural, cuya evaluación de impacto requiere la participación de un buen número de disciplinas científicas, el pronunciamiento acerca de la evaluación de impacto debe estar radicado en un ente estrictamente técnico integrado por profesionales especialistas, con capacidad de gestión y fiscalización. Consideramos que, la integración mixta de funcionarios del CNCA y Dibam, además de un profesional de apoyo, no da cuenta del *expertise* nece-

sario para evaluaciones ambientales altamente complejas y especializadas, particularmente, en el caso de megaproyectos.

La institucionalidad actual, particularmente el Consejo de Monumentos Nacionales, puede mejorar fuertemente su eficiencia si contara con una desconcentración regional, y se fortaleciera su capacidad técnica y facultades de fiscalización; todo ello redundaría en una protección más efectiva de nuestro patrimonio cultural nacional.

2. PROYECTO DE LEY QUE CREA EL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, LA SUPERINTENDENCIA Y EL SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Con fecha 5 de junio del año 2008, la Presidenta de la República ha sometido a consideración de la Cámara de Diputados el Proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. De acuerdo al Mensaje, este proyecto tiene como objeto modernizar las instituciones y la gestión ambiental de nuestro país, instalando un nuevo modelo de gestión pública, moderno y eficiente. No obstante, pese a que nuestra legislación consagra un concepto amplio de medio ambiente (artículo 2 letra ll) de la Ley 19.300) que incluye a los componentes socio-culturales (patrimonio cultural), y que el artículo 11 letra f) de la misma ley ordena la realización de un Estudio de Impacto Ambiental cuando exista alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, en el texto del proyecto de ley la protección del patrimonio cultural se encuentra totalmente excluida. En efecto, el artículo 69 que se refiere al objeto del ministerio del medio ambiente, se menciona el diseño y aplicación de políticas ambientales, planes y programas en materias ambientales y la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables, sin hacer mención alguna al patrimonio cultural, que es en esencia un recurso no renovable y que integra la definición de medio ambiente, vigente en nuestra legislación.

Esta omisión es aún más evidente en el artículo 70 del proyecto que define funciones y materias específicas de supervigilancia del ministerio, donde nuevamente nada se dice del patrimonio cultural. Definiendo como objetos de interés para el ministerio materias tales como: políticas ambientales, SNASPE, Convenciones internacionales, educación y difusión, uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables, políticas y normas sobre residuos y suelos, cambio climático, recursos genéticos, flora, fauna, hábitats, paisajes, ecosistemas y espacios naturales, conservación de la biodiversidad, generación de normas de calidad ambiental, emisión y planes de descontaminación, etc., dejando nuevamente en evidencia que el Ministerio del Medio Ambiente se centra exclusivamente en la protección de los recursos naturales renovables. Este ministerio se organiza a través de un Ministro, Subsecretario, Secretarías Regionales Ministeriales, un Consejo Consultivo Nacional y Consejos Consultivos Regionales.

De igual modo, el patrimonio cultural está ausente en la distribución temática de las Divisiones del Ministerio. De acuerdo a lo expresado en el artículo 71 *“un reglamento determinará la distribución temática en las Divisiones del Ministerio, de conformidad a lo señalado en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que deberán contemplar a lo menos las siguientes materias: Regulación Ambiental; Información y Economía Ambiental; Educación, Participación y Gestión Lo-*

cal; Recursos Naturales y Biodiversidad; Cambio Climático y Cumplimiento de Convenios Internacionales, y Planificación y Gestión”.

El proyecto en comento también crea el Servicio de Evaluación Ambiental, bajo la supervigilancia del Ministerio, con un Director Ejecutivo del Servicio que se desconcentra territorialmente en Direcciones Regionales de Evaluación Ambiental (artículo 82). Desaparecen las COREMAS y son reemplazadas por SEREMIS de Salud, Economía, Obras Públicas, Agricultura, Vivienda, Minería y Planificación. Ellos resuelven acerca de la aprobación de proyectos que ingresan a evaluación ambiental. Este órgano cuenta con un Comité Técnico integrado por el SEREMI de Medio Ambiente, el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental y los Directores de Servicios Públicos que tengan competencia en materia ambiental. A este respecto, preocupa seriamente que la integración del Comité Técnico que asesora a la Comisión de SEREMIS en la calificación de proyectos, no considere al Consejo de Monumentos Nacionales, institución pública centralizada que no cuenta con representación regional, ni a ningún otro órgano público que vele por el patrimonio cultural.

Este proyecto también modifica la Ley 17.288 traspasando la competencia sobre los santuarios de la naturaleza desde el Consejo de Monumentos al Ministerio del Medio Ambiente, enfatizando aún más que la ingerencia del ministerio se refiere a los componentes bióticos y abióticos del mismo, con exclusión del patrimonio cultural.

En general, se observa una completa omisión del tema patrimonial en el diseño y gestión ambiental de la nueva institucionalidad. Sin embargo, contamos con numerosos ejemplos de la gravedad de la intervención del patrimonio cultural por megaproyectos, que incluso llegan a alterar valles completos, con centenares de sitios arqueológicos y paleontológicos. Por su fragilidad y carácter de recurso no renovable, resulta urgente que el Estado chileno mejore la gestión ambiental de nuestro patrimonio cultural y lo asegure para las generaciones futuras.

Consideramos muy grave esta omisión del Proyecto de Ley, en lo es una gran oportunidad para lograr efectivamente una institucionalidad ambiental eficiente que proteja eficazmente el patrimonio cultural de nuestra Nación. Por tanto, consideramos urgente y del todo necesario que el Proyecto de Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente, aborde derechamente el tema de la protección del patrimonio cultural en la nueva institucionalidad ambiental, lo incluya como tema de protección y supervigilancia del Ministerio de Medio Ambiente y realice mejoras en la gestión ambiental del patrimonio. Sólo de este modo, se acata el mandato constitucional y legal, que prescribe la protección del medio ambiente, el cual de acuerdo al artículo 2 letra II) de la ley 19.300, incluye los componentes socio-culturales y sus interacciones.

VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El patrimonio cultural de un pueblo o país cumple un rol vital en el desarrollo y afianzamiento de su identidad, es por ello que el régimen jurídico de protección que le atañe es un tema fundamental. La legislación no sólo debe prohibir ciertos actos sino establecer un marco legislativo coherente y eficaz. Esperamos que el presente trabajo contribuya a la percepción más clara acerca de la importancia del tema, de los logros alcanzados a nivel legislativo y también de las encrucijadas que actualmente enfrenta este bien jurídico.

Nuestra investigación ha focalizado su interés en tres temáticas fundamentales, ellas son, la protección jurídica del patrimonio cultural en sentido genérico; la protección jurídica del patrimonio cultural indígena y las relaciones entre patrimonio cultural y legislación medioambiental.

Destacaremos, en cuanto a la protección legislativa del patrimonio cultural antropo-arqueológico, el hecho que la Ley de Monumentos Nacionales N°17.288 ha jugado un importante rol en el resguardo y manejo de dichos monumentos. No obstante, existen numerosos aspectos susceptibles de ser mejorados, como la penalización del tráfico ilícito de piezas arqueológicas, mejoras urgentes en la institucionalidad ambiental patrimonial y la evaluación del impacto ambiental sobre los componentes sociales del medio ambiente, el desarrollo de un sistema fiscalizador más eficiente, etc.

A este respecto, debemos reconocer el enorme esfuerzo realizado por el Consejo de Monumentos Nacionales tendiente a salvaguardar el patrimonio cultural de nuestro país. Esta institución, pese a sus medios limitados, ha logrado, potenciar su presencia desarrollando líneas de acción muy variadas, como la evaluación de impacto ambiental sobre monumentos nacionales, la implementación de la Lista Tentativa de Bienes Culturales de Chile a ser postulados como sitios del Patrimonio Mundial de la UNESCO, además de su labor normal en la aplicación de la Ley N°17.288. No obstante, se trata de una institución precaria, que no cuenta con personalidad jurídica ni patrimonio propio, y que no está presente a nivel regional. Asimismo, presenta problemas en su dotación presupuestaria y su personal mayoritariamente no cuenta con el estatus de funcionario público. Asimismo, considerando su rol como órgano con competencia ambiental, existen serios problemas en el proceso de toma de decisiones, existiendo en la actualidad un desfase entre las materias que efectivamente pueden ser conocidas y resueltas por su órgano resolutorio (Consejo) y el sinnúmero de decisiones asumidas por el personal de la Secretaría Ejecutiva, que como se dijo, en su mayoría no están sujetos al Estatuto Administrativo.

Sin duda, es urgente que el Estado aborde con seriedad la gestión ambiental del Patrimonio Cultural chileno. Lamentablemente, ninguno de los dos proyectos de ley comentados, se hace cargo de esta urgente labor, generándose con ello una grave amenaza para la protección efectiva de este bien jurídico.