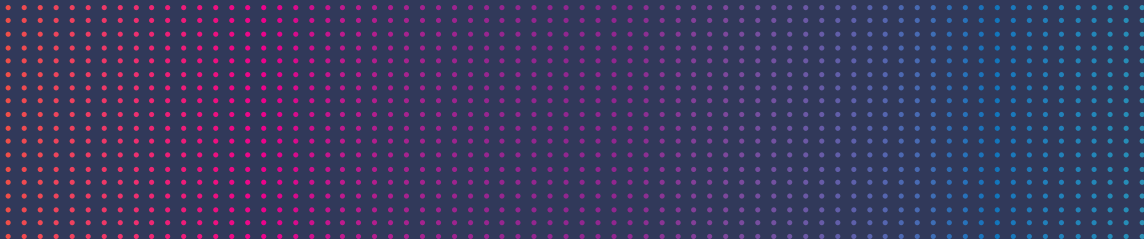




Ministerio de
las Culturas,
las Artes y
el Patrimonio

Gobierno de Chile



LA DEFENSA PATRIMONIAL:
EVIDENCIANDO NUEVAS
ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN
DESDE EL DERECHO AMBIENTAL
HAZ TU TESIS EN CULTURA 2018
CATEGORÍA PREGRADO

Juan Francisco Zapata Hassi
Derecho,
Universidad de Concepción

RESUMEN

En este ensayo se aborda la temática patrimonial desde el punto de vista del derecho y de las herramientas jurídicas existentes para su protección. Se comienza reconociendo el gran interés que ha suscitado la cuestión del patrimonio en los últimos años, a la vez que se constata el actual estado de especial vulnerabilidad en que este se encuentra.


Se evidencia que existe un conflicto constante de intereses comprometidos, en donde muchas veces las comunidades se ven limitadas por el sistema jurídico para conseguir una protección efectiva de su patrimonio local en peligro. En este sentido se realiza una crítica a la tendencia tradicional existente en cuanto a sobrevalorar las llamadas “declaratorias” del Consejo de Monumentos Nacionales, como si estas fuesen la única forma de proteger jurídicamente al patrimonio.

El objeto del ensayo es intentar determinar la verdadera forma cómo la legislación chilena entiende al patrimonio cultural, planteando la tesis central de que en realidad el patrimonio cultural no necesita contar con una declaratoria especial para entenderse protegido por el derecho. Es decir, se aboga por una concepción amplia de lo que debemos entender por patrimonio cultural en tanto bien jurídico protegido por la legislación. Con este motivo se procede al análisis de las llamadas “declaratorias”, tanto aquellas propias de la Ley de Monumentos Nacionales, como aquellas establecidas por los Planes Reguladores Comunales, argumentándose en el sentido de considerar que dichas declaratorias solo constituyen estatutos especiales de protección, pero que su finalidad no es la de determinar qué bienes se deben considerar parte del patrimonio cultural y cuáles no.

Luego se hacen diversas referencias a otras fuentes del derecho que permiten concluir en definitiva que el derecho chileno protege ampliamente al patrimonio cultural, no siendo necesario que este cuente con alguna declaratoria especial de protección.

Se evidencia además la existencia de otras herramientas jurídicas que pueden resultar mucho más efectivas para la protección del patrimonio, especialmente en favor de aquél que no cuenta con declaratorias especiales de protección, para lo cual se recurre al derecho ambiental, demostrando las estrechas vinculaciones que sus instituciones tienen con la temática patrimonial. Se constata que en efecto dichas herramientas propias del derecho ambiental pueden utilizarse en favor del patrimonio cultural, cuestión que hasta ahora no se ha realizado en todo su potencial.

Se prevé que las interpretaciones vertidas permitirán que las comunidades organizadas, y los sujetos interesados en la protección del patrimonio, cuenten con más y mejores herramientas para ir en defensa de su patrimonio local que se encuentre en peligro. De igual manera se constata el carácter multidisciplinario del patrimonio



cultural, proponiendo maneras de incorporar a las demás áreas del conocimiento, y expertos en la materia, en la discusión en cuanto a decidir qué debe conservarse y qué no. Se espera que, en definitiva, las opiniones e ideas expuestas en este ensayo contribuyan a cambiar la concepción que generalmente se tiene respecto a la forma en que el derecho protege al patrimonio cultural, favoreciendo la participación y permitiendo que se democratice la disputa, valoración y toma de decisiones referidas a nuestro patrimonio.

Palabras clave: patrimonio, derecho, protección, declaratoria, defensa

ENSAYO

Introducción

En los últimos años en nuestro país el patrimonio cultural ha ido tomando notoriedad en la discusión pública con cada vez mayor fuerza. En todo el espectro social se ha podido evidenciar un aumento en el interés prestado a esta temática, quizás no aún como un fenómeno generalizado y transversal, pero sí como un cúmulo de iniciativas en aumento que pueden ser signo de la gestación de un fenómeno mayor.

Muestra de aquello lo constituye el gran interés que ha acumulado el llamado Día del Patrimonio Cultural, celebración instaurada por decreto desde el año 1999,¹ en la cual tanto organismos públicos y particulares llevan a cabo actividades de todo tipo relacionadas con el reconocimiento, valoración y protección de lo concerniente a nuestro patrimonio cultural. Siendo especialmente popular la apertura que en dicha fecha se hace de diversos edificios de valor patrimonial a lo largo de todo el país. Celebración que se encuentra en pleno auge, tanto en actividades inscritas como en nivel de participación, alcanzando el año 2017 una estimación de participación de más 1.800.000 asistentes² a lo largo de todo el país.

Desde el mundo académico por cierto estas temáticas han sido también un constante objeto de estudio y debate desde hace años, tomando un mayor énfasis en la actualidad, lo que unido al interés social, ha propiciado igualmente ciertas iniciativas de parte de la institucionalidad, como lo es la reciente creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.³

Ahora bien, todo aquello que atrae demasiada atención ocasiona también por ese mismo hecho -y de manera casi inevitable- colisiones entre intereses que se ven contrapuestos, que terminan desencadenando eventualmente conflictos. Y el patrimonio no ha estado exento de ellos: el creciente interés de las comunidades por reconocer, valorar y resguardar su patrimonio local, unido a un deficiente conocimiento de la regulación legal en la materia, a la falta de incentivos suficientes para los particulares, y a la intervención de inversionistas que no tienen mayores miramientos por las realidades locales en donde emplazan sus proyectos, ha propiciado la

¹ Decreto N° 91, Ministerio de Educación, 1999.

² Según lo informado en un medio de prensa: Obrador, Piangella (28 mayo de 2017). "Más de 1,8 millones de chilenos participaron en el Día del Patrimonio", en portal web de *Radio Biobío Chile*. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/05/28/miles-de-personas-disfrutaron-de-las-actividades-del-dia-del-patrimonio-en-todo-el-pais.shtml>

³ Ley N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, 2017.

configuración de una verdadera problemática social en torno a nuestro patrimonio, algo que algunos bien podrían denominar como *la cuestión patrimonial*.

Es palpable el número de organizaciones barriales que se han creado con motivo de proteger su patrimonio local, y la judicialización de estos temas por cierto ha sido la tónica en los casos más críticos, en donde la situación toma a menudo ribetes dramáticos: nunca es placentero ver cómo se destruye el patrimonio que las comunidades locales valoran y respecto del cual se organizaron para protegerlo, sin éxito.

Ilustrativo es el caso de la Villa San Luis, en la comuna de Las Condes, en donde con retroexcavadoras y sin permiso municipal se comenzó a demoler un edificio a contrarreloj, antes que el Consejo de Monumentos Nacionales deliberará sobre su declaratoria como Monumento Histórico, demolición que finalmente se concretó en parte, dejando un edificio a medio demoler que finalmente recibió la declaratoria de Monumento Histórico, abriendo un debate entre la inmobiliaria involucrada y la comunidad, e incluso entre sectores de la misma comunidad, sobre el valor patrimonial del inmueble.⁴

En la otra vereda podemos mencionar el caso de la ex Fábrica Bellavista de la comuna de Tomé, en donde frente a las intenciones de los dueños por demoler el recinto para dar paso a la construcción de edificios de departamentos, la comunidad tomecina se organizó reactivando una solicitud para que fuese declarado Monumento Histórico, lo que finalmente se consiguió, protegiéndose íntegramente los más de 75 mil metros cuadrados del histórico recinto industrial.⁵

Sin embargo, en ambos casos la seguidilla de acciones judiciales ha continuado, muchas veces con fines puramente dilatorios, otras tantas buscándose el resquicio para echar abajo las declaratorias por cuestiones formales, otorgando incertidumbre a las comunidades y entorpeciendo cualquier iniciativa que quiera llevarse a cabo en torno a dicho patrimonio.

Hasta ahora puede apreciarse que la principal estrategia jurídica tanto de las comunidades que intentan resguardar su patrimonio, como de aquellos que buscan desconocerlo, ha sido centrar sus esfuerzos en las llamadas “declaratorias”, especialmente en aquellas que otorga el Consejo de Monumentos Nacionales. Esto ha generado que muchas veces las comunidades se vean atadas de manos a la espera de que se concreten estas decisiones administrativas de la autoridad, las que además de

⁴ Cooperativa (28 de junio de 2017). “Es oficial: Villa San Luis de Las Condes fue declarada Monumento Histórico Nacional”, en portal web de Cooperativa. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/vivienda/es-oficial-villa-san-luis-de-las-condes-fue-declarada-monumento/2017-06-28/181327.html>

⁵ Decreto N° 166, Ministerio de Educación, 2017.

ser un trámite con un resultado incierto, pueden resultar extremadamente extensos, quedando a merced de lo que en el intertanto decidan realizar los inversionistas.

El real debate de fondo que subyace a esta problemática radica en establecer qué forma parte de nuestro patrimonio y qué no. En este sentido resulta bastante generalizado en la población la concepción de que dichas declaratorias tienen por objeto, precisamente, declarar algo como parte del “patrimonio”, y que todo lo demás no puede considerarse parte de él, al menos a los ojos del derecho.

Creemos sin embargo que esta concepción es errada, y que los verdaderos alcances de las declaratorias son otros, bastantes más específicos y menos trascendentales, los que intentaremos clarificar a lo largo de este ensayo.

Sostenemos como hipótesis central que el derecho chileno no determina *a priori* el contenido de lo patrimonial, ni lo supedita necesariamente a las ya referidas “declaratorias”, sino que deja el debate abierto en torno a distinguir lo que debe conservarse de lo que no. Creemos que, de hecho, la actual regulación legal facilita la intervención de otras áreas del conocimiento más aptas, para contribuir a determinar el valor patrimonial de las cosas. Afirmamos que nuestro ordenamiento ha dejado abierta la puerta, no zanjando la discusión con definiciones legales preestablecidas, lo que debería facilitar la protección patrimonial y por cierto las posibilidades de acción de las comunidades y sujetos interesados en su resguardo.

El debate de lo patrimonial

El debate de lo patrimonial resulta eminentemente una cuestión interdisciplinaria, constituye una temática propicia para que intervengan y converjan distintas ramas del conocimiento de los más diversos campos. La historia, la arqueología, la antropología, la sociología, la arquitectura, las artes, el urbanismo, y varias otras especialidades, son todas ramas que constantemente han generado contenido sustantivo relacionado con el estudio del patrimonio cultural. Son quizás las áreas en donde encontramos además a los especialistas más aptos en la materia.

Aparte de estas áreas, encontramos que el derecho también interviene en la discusión patrimonial, en tanto herramienta reguladora de la conducta humana, siendo especialmente relevante al momento de garantizar la protección y conservación del patrimonio. La forma en que el derecho regule la cuestión resulta naturalmente gravitante, porque ello determinará la manera en que los tribunales de justicia resolverán las cuestiones sometidas a su conocimiento, y en definitiva fijará la forma en que será administrada la fuerza coactiva del Estado al momento de resolver un conflicto en particular.

El derecho en efecto puede agregar cierta rigidez a la discusión patrimonial, desde el momento en que empieza a definir y establecer un orden de valores concreto para efectos de identificar y resguardar el patrimonio; o, por el contrario, puede establecer un sistema abierto sin definiciones prestablecidas, y proclive a la intervención de los especialistas de otras áreas más competentes, al momento de tener que decidir sobre el valor patrimonial de un bien en concreto. De allí el interés por clarificar la manera en que nuestro ordenamiento jurídico ha regulado la cuestión patrimonial, así como los alcances y consecuencias que conlleva dicha regulación.

Para efectos de sobrellevar este estudio con éxito, conviene primero consensuar un concepto aceptable de lo que debemos entender por patrimonio cultural, en atención a que la definición del término no es una cuestión zanjada ni pacífica, ni en el derecho ni en las diversas ramas del conocimiento dedicadas a su estudio.

Con el solo motivo de poder facilitar el entendimiento de este ensayo, creemos útil utilizar aquella definición de patrimonio cultural que lo conceptualiza como “el conjunto de manifestaciones u objetos nacidos de la producción humana, que una sociedad ha recibido como herencia histórica, y que constituyen elementos significativos de su identidad como pueblo”.⁶ Esta definición considera tres elementos que creemos pueden evidenciarse en gran parte de las definiciones que el mundo académico propone: en primer lugar se considera al patrimonio como una manifestación de la creación humana, sean estas de carácter material (objetos muebles o inmuebles) o inmaterial (manifestaciones no tangibles como el canto, la tradición oral, los bailes, etc.); además se considera que dichas manifestaciones deben ser parte de una herencia histórica, es decir, se incorpora un segundo elemento, el de la temporalidad, pues estas manifestaciones deben tener cierta trascendencia en el tiempo, deben haber perdurado, perpetuándose a lo largo de los años; y como tercer elemento se incorpora la cuestión identitaria, esto es que dichas manifestaciones que han perdurado en el tiempo, deben además tener una significancia especial para la sociedad o la comunidad en que existen, se les debe haber otorgado una valoración al punto de considerárseles como elementos que aportan identidad al grupo humano en donde se encuentran.

Desmitificando las “declaratorias”

Como bien ha venido adelantándose, nuestro ordenamiento jurídico considera ciertas declaratorias patrimoniales especiales, para efectos de brindar un marco jurídico protector especial a ciertos bienes determinados.

⁶ Llull Peñalba, Josué (2005). “Evolución del concepto y de la significación social del patrimonio cultural”, en *Arte, Individuo Y Sociedad* Vol. 17, p. 177-206.

Al efecto cabe destacar y centrar nuestra atención en dos sistemas de declaratorias distintos presentes en nuestra legislación, que, si bien no son los únicos, si son los más importantes en razón de las consecuencias jurídicas que cada uno trae aparejado.

Por un lado tenemos la Ley N° 17.288, de Monumentos Nacionales,⁷ que crea todo un sistema de protección, estableciendo un órgano especializado para el efecto, el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN), dependiente del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; creando categorías de protección con sus respectivas definiciones, como la de Monumento Nacional, Monumento Histórico, Monumento Arqueológico, Monumento Público y Santuario de la Naturaleza; estableciendo un conducto regular para que se efectúen las declaratorias cuando correspondan; además se consagran obligaciones concretas para los propietarios de bienes declarados bajo alguna de dichas categorías, para efectos de garantizar la protección de los mismos, como la prohibición de destruir, reparar o refaccionar dichos bienes sin el acuerdo previo del CMN, fijándose una serie de sanciones administrativas y penales para el caso de infracción.

No viene al caso entrar a ahondar aquí sobre los pormenores de esta regulación, pero sí conviene precisar ciertas cuestiones. La ley en efecto consagra una categoría genérica que es la de Monumento Nacional, término que se define extensamente en su artículo 1º, y que no hace más que englobar en su definición a las cinco categorías especiales de protección patrimonial que consagra la ley, a saber: las categorías de Monumento Histórico, Zona Típica, Monumento Arqueológico, Monumento Público y Santuario de la Naturaleza.

Respecto de cada una de estas cinco categorías especiales de protección, la Ley se encarga de definir cada una de ellas, estableciendo los requisitos para su declaración cuando proceda, así como las obligaciones y demás efectos jurídicos que dichas categorías conllevan. Cabe destacar que estas categorías de protección para operar respecto de un bien en particular, requieren un acuerdo previo del CMN y su posterior declaración mediante Decreto Supremo emitido por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, con excepción de los Monumentos Arqueológicos y Monumentos Públicos que operan *ipso-facto* por el solo ministerio de la Ley, sin necesidad de mediar acuerdo ni declaratoria previa.

Para efectos ilustrativos conviene aquí hacer un breve repaso de las definiciones que se consagran, para poder dilucidar el verdadero alcance y naturaleza de estas declaratorias.

Respecto de los Monumentos Históricos, la ley los define como:

Son Monumentos Históricos los **lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés**

⁷ Ley N° 17.288, de Monumentos Nacionales, 1970.

histórico o artístico o por su antigüedad, sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo.⁸

A su vez, respecto de las Zonas Típicas se señala:

Para el efecto de mantener el carácter ambiental y propio de **ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos**, el Consejo de Monumentos Nacionales podrá solicitar **se declare de interés público la protección y conservación del aspecto típico y pintoresco de dichas poblaciones o lugares o de determinadas zonas de ellas.**⁹

Por su parte, los Monumentos Públicos, se definen como:

Son Monumentos Públicos y quedan bajo la tuición del Consejo de Monumentos Nacionales, **las estatuas, columnas, fuentes, pirámides, placas, coronas, inscripciones y, en general, todos los objetos que estuvieren colocados o se colocaren para perpetuar memoria en campos, calles, plazas y paseos o lugares públicos.**¹⁰

Respecto de los Monumentos Arqueológicos se establece:

Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los **lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie** del territorio nacional. Para los efectos de la presente ley quedan comprendidas también **las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren.**¹¹

Y, finalmente, en cuanto a los Santuarios de la Naturaleza, la ley dispone que:

Son santuarios de la naturaleza todos aquellos **sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que**

⁸ Art. 9º, Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, 1970 (Énfasis agregado).

⁹ Art. 29, Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, 1970 (Énfasis agregado).

¹⁰ Art. 17, Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, 1970 (Énfasis agregado).

¹¹ Art. 21, Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, 1970 (Énfasis agregado).

posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado.¹²

Como puede apreciarse las definiciones son bastante específicas, en donde el legislador claramente selecciona discrecionalmente ciertas características que considera importantes (calidad e interés histórico o artístico, la antigüedad, etc.), omitiendo deliberadamente otros que bien podrían considerarse de igual o mayor importancia, estableciendo de esa manera un sistema de valores claro respecto de qué vale la pena conservar y qué no. Desde ese punto de vista acota bastante la discusión de lo patrimonial, puesto que a través de dichas definiciones limita la gama de bienes que podrían llegar a protegerse por medio de las categorías especiales que dicha normativa consagra.

Por su parte, como segundo sistema de declaratorias encontramos aquel consagrado en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC),¹³ en virtud del cual se establece que en los Planes Reguladores Comunales (PRC) se podrán declarar ciertos inmuebles o zonas bajo las categorías de Inmueble de Conservación Histórica o Zona de Conservación Histórica, respectivamente. Estas categorías implican que en el inmueble o zona en cuestión, los edificios existentes no podrán ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo correspondiente.¹⁴ Además dichos inmuebles o zonas estarán sujetos a las especiales normas urbanísticas que el respectivo PRC establezca, lo que en parte otorga mayor flexibilidad pero también menor seguridad en cuanto a qué nivel de protección se brindará al bien patrimonial, lo cual queda a la discrecionalidad de la Municipalidad respectiva, según lo que se establezca durante el proceso de modificación del PRC en que se realice la declaratoria.

Estas categorías de protección también son definidas, por la Ordenanza General de la LGUC, la que dispone:

Inmueble de conservación histórica: el individualizado como tal en un Instrumento de Planificación Territorial **dadas sus características arquitectónicas, históricas o de valor cultural**, que no cuenta con declaratoria de Monumento Nacional.

¹² Art. 31, Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, 1970 (Énfasis agregado).

¹³ Decreto con Fuerza de Ley N°458, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija el texto refundido de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, 1976.

¹⁴ Art. 60, Decreto con Fuerza de Ley N°458, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que refunde el texto de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, 1976.

Zona de conservación histórica: área o sector identificado como tal en un Instrumento de Planificación Territorial, conformado por **uno o más conjuntos de inmuebles de valor urbanístico o cultural** cuya asociación genera condiciones que se quieren preservar y que no cuenta con declaratoria de Monumento Nacional.¹⁵

Luego en un artículo distinto,¹⁶ la ordenanza otorga ciertos criterios a considerar para determinar la procedencia de estas declaratorias, destacándose la utilización de criterios amplios como lo son la relevancia o significación urbana, y la representación o expresión de valores culturales. Además, el solo hecho de que las propias definiciones arriba transcritas consideren como elemento el “valor cultural”, permite que la definición en sí sea mucho más flexible, facilitando la discusión patrimonial al existir la posibilidad de dar relevancia a diversos valores de carácter cultural, según el caso concreto, para efectos de hacer procedente la declaratoria en cuestión.

Ahora bien, a modo de síntesis, tenemos estos dos sistemas paralelos, en donde cada uno cuenta con categorías de protección distintas, con denominaciones propias y definiciones más o menos comprehensivas, cada cual con su campo de acción y procedimientos de declaración individuales. En definitiva, estamos frente a dos estatutos especiales de protección patrimonial, independientes entre sí, cada cual con sus ventajas y desventajas.

Estos sistemas por cierto no pueden superponerse, es decir un mismo bien no puede ser objeto de dos o más declaratorias diferentes. Nótese que, de las definiciones de inmueble y zona de conservación histórica arriba transcritos, puede desprenderse que un requisito necesario es que el bien en cuestión no detente la categoría de Monumento Nacional en ninguna de sus variantes. Esto por lo tanto hace excluyentes un sistema del otro, otorgando por cierto primacía a aquél instaurado por la Ley de Monumentos Nacionales.

Resulta trascendental destacar que en parte alguna de estos estatutos se señala que dichas categorías de protección, y las declaratorias que algunas de ellas conllevan, tienen por finalidad declarar a un bien determinado como parte del patrimonio cultural, y dicho efecto tampoco puede desprenderse de ninguna de sus disposiciones. Es más, tanto en Ley de Monumentos Nacionales como en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su ordenanza, en lo que refiere a la regulación de estas categorías, en

¹⁵ Art. 1.1.2, Decreto N° 47, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija el texto refundido de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, 1992.

¹⁶ Art. 2.1.43, Decreto N° 47, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija el texto refundido de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, 1992.

parte alguna se utiliza siquiera el vocablo “patrimonio” ni ninguno de sus derivados, sino que se prefiere hacer uso de una terminología propia totalmente distinta.

Esto es signo inequívoco de que, en definidas cuentas, estas categorías de protección, y sus declaratorias, no hacen otra cosa que otorgar un especial régimen de protección, con consecuencias jurídicas determinadas y específicas, a ciertos bienes que cumplen con los requisitos establecidos. No se está por tanto declarando algo oficialmente como “patrimonio”, no es preciso señalar que esa sea la consecuencia jurídica establecida. Cuestión distinta es que de hecho se está brindando una especial categoría de protección (como Monumento Nacional o Inmueble o Zona de Conservación Histórica) a un determinado objeto, que bien puede, y lo lógico es que lo sea, ser parte del patrimonio cultural.

Esta precisión puede parecer antojadiza, pero es de suma relevancia, porque nuestra legislación muchas veces hace referencia al patrimonio cultural, sin hacer distinciones, y existe lamentablemente una errada concepción en orden a entender que cuando la Ley utiliza los vocablos “patrimonio cultural” debe entenderse que se está refiriendo únicamente a aquellos bienes que ostentan alguna de estas declaratorias especiales, lo que sabemos no es correcto.

Por último, señalar que estas declaratorias resultan sumamente acotadas, pues eventualmente podrían llegar a proteger una porción mínima de lo que constituye verdaderamente el amplio espectro de nuestro patrimonio cultural. Recordemos que la mayoría de estas declaratorias se centraban en inmuebles de ciertas características, y otras tantas podían recaer también sobre bienes muebles (objetos), pero como bien sabemos el patrimonio no adopta únicamente manifestaciones materiales o tangibles, sino que también inmateriales.¹⁷ Cabe preguntarse entonces cómo se protegen todas aquellas manifestaciones de la creación humana que quedan fuera del eventual campo de acción de alguna de estas declaratorias.

La verdadera naturaleza del patrimonio cultural en el Derecho chileno

Lo cierto es que aparte de estos dos estatutos jurídicos especiales de protección sobre los que hemos hecho mención, existen múltiples otras fuentes en nuestro ordenamiento jurídico que buscan regular la cuestión patrimonial, específicamente en lo tocante a su protección, y lo hacen de una manera bastante amplia, sin distinguir entre el patrimonio cultural que cuenta con alguna de estas “declaratorias” versus aquel que no. La protección que el derecho chileno otorga es transversal, y adopta múltiples formas y herramientas que esperamos poder elaborar suficientemente en estas páginas.

¹⁷ Freland, François-Xavier (2009). Captar lo inmaterial, una mirada al patrimonio vivo. París: UNESCO.

Empezando por la misma Constitución Política que nos rige, norma fundamental de todo nuestro sistema jurídico, encontramos que en ella se consagra expresamente, a propósito del derecho a la educación, el deber del Estado por la “protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.¹⁸ Esto resulta sumamente relevante por dos motivos: primero, porque se consagra constitucionalmente el deber fundamental del Estado de proteger el patrimonio cultural, lo que resulta especialmente ventajoso en atención a la supremacía que la constitución ostenta respecto de toda otra fuente legal, es decir este principio al consagrarse en la Constitución debe por tanto guiar a toda la legislación de nuestro sistema jurídico, y por cierto a las interpretaciones que se hagan de él; y en segundo término, resulta importante porque la norma utiliza expresamente los vocablos “patrimonio cultural”, no dando lugar a dudas respecto de su propósito, y no realizando además distinciones ni especificaciones de ningún tipo.

Otra fuente de regulación la constituyen los múltiples tratados internacionales en la materia que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes. Partiendo por las convenciones de la UNESCO, como la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial del año 2003, o la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954. Además, contamos con la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, de 1976, de la Organización de Estados Americanos.

En todas estas convenciones se consagran obligaciones para los Estados miembros en orden a velar por el reconocimiento, protección y conservación del patrimonio cultural en sus diversas manifestaciones. Por cierto, cada una de ellas tiene sus propios enfoques y ámbitos de aplicación específicos, como puede desprenderse de las propias denominaciones de los respectivos tratados.

Naturalmente no corresponde entrar a ahondar aquí sobre las particularidades de la regulación que cada uno de estos establece, pero si debemos destacar el hecho de que cada convención consagra sus propias definiciones respecto de lo que debe entenderse por patrimonio cultural, y lo hacen ya sea por la vía de conceptualizaciones genéricas o, más comúnmente, por la vía de la enunciación de catálogos abiertos con descripciones de bienes de ciertas características, que deben ser entendidos como parte del patrimonio cultural.

Lo importante es que ninguna de estas definiciones requiere para su aplicación, la existencia de una declaratoria previa de ningún tipo. Basta que un determinado bien se adecúe o calce en los hechos con alguna de las definiciones dadas, para entender que la respectiva Convención le es aplicable y, en definitiva, que se encuentra protegido con la

¹⁸ Art. 19 N° 10, Constitución Política de la República de Chile, 1980.

normativa especial que consagra, surgiendo las correlativas obligaciones para los Estados parte.

Es decir, se conceptualiza al patrimonio cultural de manera tal que para determinar si un bien es o no susceptible de ser considerado como parte de este, se debe realizar un análisis de sus características y naturaleza para en definitiva ponderar si se adecua o no con la definición propuesta. Se requiere, por tanto, realizar un ejercicio de valoración del bien en cuestión, y es respecto de esta forma de entender al patrimonio, que los Estados se obligan a responder lo que la respectiva Convención ordena.

De lo anteriormente señalado, puede desprenderse que todas estas fuentes supra-legales (los tratados internacionales y la Constitución Política) configuran claramente una forma de considerar al patrimonio cultural, que difiere de aquellos especiales sistemas de protección de que hablamos en un inicio. En efecto, pareciera que la regla general en nuestro sistema jurídico es considerar que el patrimonio es patrimonio sin necesidad de que existan declaratorias especiales previas que lo declaren como tal.

De hecho, queda reafirmada la posición de que las llamadas “declaratorias” no tienen por efecto distinguir lo que es jurídicamente parte del patrimonio cultural de lo que no, por cuanto ni si quiera dan una definición de lo que debe entenderse por patrimonio cultural, y claramente el espíritu de dichas legislaciones no es determinar esa cuestión, sino tan solo brindar especiales estatutos de protección a ciertos bienes. En cambio, los Tratados Internacionales mencionados sí establecen definiciones de lo que debe entenderse por patrimonio cultural, no supeditando la aplicación de las mismas a declaratorias de ningún tipo, y por tanto al momento de interpretar qué entiende el derecho como parte del patrimonio cultural, a falta de una definición legal concreta, sin duda debemos atender a las definiciones otorgadas por esta normativa internacional para efectos de llenar ese vacío legal, o al menos para orientar una definición concreta.

Ahora bien, establecida la naturaleza real con que nuestro derecho aborda la protección patrimonial, evidenciado su carácter amplio, no sujeto necesariamente a declaratorias o categorías especiales de protección como las ya referidas, cabe preguntarse: ¿Qué relevancia tiene considerar de esa manera al patrimonio cultural? ¿Qué consecuencias prácticas y útiles se pueden generar de esto?, y en definitiva ¿Qué otras formas concretas de protección jurídica existen?

El Patrimonio como parte del medio ambiente

Para responder a estas últimas preguntas, conviene introducir una cuestión ya bastante aceptada en nuestro sistema jurídico, que dice relación con la estrecha vinculación que tiene el patrimonio cultural con el medio ambiente y la legislación ambiental.

En efecto, el hecho es que nuestra legislación considera al patrimonio cultural como un elemento integrante del medio ambiente, lo que resulta especialmente relevante puesto que ello significa que podemos hacernos de las herramientas que el derecho ambiental provee para la protección y defensa del medio ambiente, con el objeto de utilizarlas también en favor del patrimonio cultural.

La base de toda esta interpretación surge de la definición de medio ambiente que hace la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al conceptualizarlo 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 múltiples manifestaciones”.¹⁹ A partir de dicha definición es que se ha interpretado que “queda bajo su amparo el medio artificial y sociocultural creado por el ser humano, es decir, las ciudades, áreas urbanas y, en definitiva, todas las obras del hombre, como por ejemplo, las que componen el patrimonio histórico”.²⁰

Es decir, el medio ambiente, al menos para el derecho chileno, lo constituiría no solo los elementos naturales sino también lo artificiales creados por el ser humano, de naturaleza sociocultural. Esto abre tremendamente las puertas para explorar y profundizar otras vías de protección, quizás más efectivas, para nuestro patrimonio cultural.

La acción de reparación del daño ambiental: una alternativa

Para efectos de este ensayo nos centraremos en una de las herramientas que el derecho ambiental nos facilita y que creemos puede ser de gran utilidad para la protección del patrimonio cultural, nos referimos específicamente a la Acción de Reparación del daño ambiental, consagrada en la antes dicha Ley N° 19.300.

Esta es una acción judicial, que debe ejercerse ante los Tribunales Ambientales, y que tiene por objeto lograr que ante la producción de un daño ambiental, se obligue a los responsables a realizar la reparación del medio ambiente dañado.²¹ En este sentido, la Ley establece expresamente que “todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible”.²²

Ahora bien, en cuanto a la definición de “**daño ambiental**” la misma ley considera que lo constituye “**toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo**

¹⁹ Art. 2° letra II), Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994. (Énfasis agregado).

²⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 2000, XXI, p. 20.

²¹ Art. 53, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

²² Art. 3° Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.²³ Como bien sabemos, el patrimonio cultural de hecho es considerado parte del medio ambiente, por lo que fácilmente podemos interpretar que, en efecto, un daño al patrimonio cultural constituye a la vez un daño al medio ambiente, por ser aquél un componente de este.

La normativa parece ser bastante amplia en este sentido, puesto que señala que toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido sobre el medio ambiente o uno de sus componentes, constituiría un daño ambiental, sin embargo, la propia norma agrega que esto debe ser de carácter *significativo*. Es decir, se acota el alcance de la definición, subentendiéndose a *contrario sensu* que no toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo constituiría un daño, sino que este debe tener cierta relevancia, debe superarse un umbral mínimo aceptable o, en otras palabras, debe ser *significativo*. Al respecto si bien no encontramos una solución expresa en la ley para efectos de determinar que se entiende por “significativo”, se ha propuesto la utilización de ciertos criterios que la legislación consagra respecto de otras materias, pero que resultarían coherentes de aplicar aquí.²⁴

Por su parte, respecto a la “**reparación**” a que es obligado el culpable del daño ambiental, la legislación establece que esta se entiende como “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.²⁵

Como queda de manifiesto, la definición de “reparación” otorgada por la ley es bastante realista, pues nos otorga dos posibles opciones para ejecutar la reparación del medio ambiente dañado, o del patrimonio cultural dañado en nuestro caso, a saber:

- Reponerlo a una calidad similar a la que tenía con anterioridad.
- O en su defecto, restablecer sus propiedades básicas.

Respecto de la primera opción, debemos destacar el uso del término “calidad similar”, que nos indica en efecto que lo buscado no es una restitución idéntica, sino tan solo una similar, es decir, una semejante, parecida, equivalente. Solo en el caso de no ser ello posible, cuestión que en definitiva queda a criterio y discreción del juez según la prueba aportada, se optará por la segunda alternativa.

²³ Art. 2º, letra e), Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994. (Énfasis agregado).

²⁴ Delgado Schneider, Verónica (2012). “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”. En Revista de derecho (Valdivia), jul., vol.25, no.1, p. 54.

²⁵ Art. 2, letra s), Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

La segunda opción, que opera solo en defecto de la primera, se refiere a restablecer las “propiedades básicas” del medio ambiente dañado. El problema ahora es determinar que se entiende por aquello, considerando que para estar en esta situación ya se ha descartado la posibilidad de reponer en una calidad similar el objeto dañado, es que quedamos en una posición ambigua. Creemos sin embargo que estas “propiedades básicas” deben obviamente relacionarse con el o los componentes específicos del medio ambiente que fueron efectivamente dañados.

Entonces tenemos que, en virtud de esta Acción de Reparación del daño ambiental, se puede obligar a toda persona que culpable o dolosamente ocasione un daño ambiental en los términos antes señalados, a repararlo, sin importar si el daño se produce en propiedad pública o privada. Esto es relevante de clarificar, pues si por ejemplo el mismo dueño de un predio decide contaminar su suelo, existe de todas maneras un daño ambiental, y puede aquel sujeto ser obligado a repararlo, a pesar que el directamente afectado sea él mismo.

En cuanto a los sujetos activos, esto es, aquellos que están habilitados para interponer esta acción y exigir en definitiva la reparación, la Ley establece²⁶ que los titulares son:

- La persona natural que haya sufrido el daño o perjuicio.
- La persona jurídica, pública o privada, que haya sufrido el daño o perjuicio.
- La Municipalidad, por los hechos acaecidos en su respectiva comuna.
- El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Además, según el mismo artículo, en caso de que alguno de dichos titulares ejerza la respectiva acción, precluye el derecho de los demás titulares para ejercerla como parte principal, pudiendo sin embargo intervenir en el juicio como terceros.

Igualmente se establece la posibilidad de que cualquier persona, aun cuando no haya sufrido el daño o perjuicio, requiera a la respectiva municipalidad “en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al Medio Ambiente para que esta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental”.²⁷ Respecto al plazo que existe para interponer esta acción en tribunales, la ley señala que esta prescribirá “en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño”.²⁸

Importante es destacar que la ley permite que esta acción sea interpuesta por personas jurídicas, públicas o privadas, lo que abre la puerta para que ONGs u organizaciones

²⁶ Art. 54, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

²⁷ Art. 54, inciso segundo, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

²⁸ Art. 63, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994

barriales o locales, que cuenten con personalidad jurídica, deduzcan esta acción en representación de la comunidad. Si bien esto es discutido, puesto que la propia norma señala que estas personas jurídicas deben haber “sufrido el daño o perjuicio”, lo que resulta conflictivo pues probablemente estas organizaciones no se han visto afectadas directamente en su propiedad, sino que lo que se afecta es el entorno adyacente en el que operan. Afortunadamente la interpretación está abierta, y ha habido avances jurisprudenciales en que los tribunales de justicia, considerando al medio ambiente como un bien jurídico de carácter colectivo, admiten la intervención de este tipo de titulares.²⁹

Por lo tanto, nos encontramos ante una extraordinaria herramienta de protección, que no solo puede servir para reparar lo ya destruido, sino también para evitar que un daño que recién se está comenzando a producir se extienda aún más, es decir, se puede efectivamente paralizar el actuar ilegítimo del sujeto que está ocasionando el daño, impidiendo así que este alcance una magnitud más destructiva.

Cabe preguntarnos entonces cuál es el alcance de esta herramienta al momento de utilizarlo en favor de la protección del patrimonio cultural. Lo cierto es que en la práctica esta acción ya se ha utilizado satisfactoriamente en este sentido,³⁰ pero con ciertos alcances.

Por ejemplo una sentencia de la Corte Suprema, que data del año 2006,³¹ condenó conjuntamente en forma solidaria a la Sociedad Química y Minera de Chile (Soquimich) y a la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, a reconstruir un inmueble que se encontraba dentro de una Zona Típica (es decir, contaba con una declaratoria de Monumento Nacional), que había sido demolida por dicha empresa con el permiso incluso de la Municipalidad, en circunstancias que no se había solicitado los permisos correspondientes al Consejo de Monumentos Nacionales.

El fallo de la Corte Suprema en definitiva confirmó lo ordenado por un tribunal de primera instancia,³² que ordenaba lo siguiente:

²⁹ Tisné Niemann, Jorge (2016). “Las organizaciones ciudadanas como representantes de intereses colectivos ambientales: Reconocimiento a través de la jurisprudencia chilena”, en Revista de derecho (Valparaíso) N° 46, p. 227-252.

³⁰ Ropert Fuentes, Rodrigo; Saavedra Fernández, Rubén (2005). “La protección del Patrimonio Cultural en la Ley N° 19.300: Causa por daño ambiental “Estado de Chile contra Compañía Industrial Puerto Montt S.A.” y Causa por daño ambiental “Estado de Chile contra Empresa CTC Startel S.A.””, en Revista de Derecho Ambiental, N° 2, p. 214-252.

³¹ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30 de agosto de 2006, Rol N° 1911-2004.

³² Sentencia del Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, de fecha 31 de marzo de 2003, Rol N° 43.594.

- La reconstrucción de la Casa de Huéspedes de Antofagasta en el mismo lugar donde se encontraba emplazada, con sus características constructivas y arquitectónicas originales, de acuerdo a los planos acompañados a la demanda, o
- En su defecto y en caso de no ser la construcción técnicamente posible, la construcción de otra obra que guarde armonía y relación con el estilo arquitectónico general de la Zona Típica de Antofagasta, y que sea similar al inmueble destruido, a juicio del Consejo de Monumentos Nacionales.
- Además, se condena a la ejecución de una línea de base documental post-destrucción del inmueble aludido.
- Y, por último, se condenó a los demandados a pagar las costas del juicio.

Como puede apreciarse la sentencia fue bastante completa en cuanto a considerar distintas formas de reparación, una en subsidio de la otra, en atención a las especiales características del asunto debatido.

No es fácil establecer una forma de reparación del patrimonio cultural cuando la destrucción cometida es de tal magnitud, que ya no queda nada del objeto patrimonial original en pie. La solución de reconstruir una réplica exacta de lo destruido puede ser controversial desde el punto de vista del valor patrimonial que dicha obra ostentará en comparación con la ya destruida. Aquí el debate se encuentra absolutamente abierto al aporte de lo que otras ramas del conocimiento y expertos en la materia tengan que decir, en orden a buscar la mejor manera de “reparar” el patrimonio destruido.

Los jueces están obligados a dar respuesta al asunto sometido a su conocimiento, fallando y disponiendo soluciones concretas, y en este sentido los tribunales van explorando y ensayando soluciones que perfectamente pueden ir evolucionando y perfeccionándose a lo largo del tiempo, moviéndose siempre dentro de los márgenes que la legislación permite. Hay de todas maneras cierta libertad en cuanto a proponer soluciones efectivas, y en este sentido es primordial la labor que la parte demandante haga, en orden a solicitar formas de reparación novedosas y exigentes, apoyadas por cierto de los debidos informes de expertos en la materia, para así delimitar y al mismo tiempo facilitar la labor resolutoria del juez.

Existen por cierto más casos como este en que la acción de reparación del daño ambiental se ha utilizado con relativo éxito, obteniéndose fallos favorables de los tribunales de justicia.³³

³³ Pueden consultarse las siguientes sentencias: Sentencia del Segundo Juzgado Civil de La Serena, de fecha 7 de diciembre de 2001, Rol N° 386-2000; Sentencia de la Corte Suprema, del 30 de diciembre de 2003, Rol N° 4864-02; Sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt, de fecha 19 de

El problema radica en que, hasta ahora, solo se ha intentado utilizar esta Acción de Reparación en favor de ciertos bienes que cuentan con una categoría especial de protección, y en específico, solo se ha utilizado para proteger inmuebles que ostentan una declaratoria de Monumento Nacional en alguna de sus categorías. Es decir, se ha limitado enormemente el campo de acción de esta herramienta en forma antojadiza, en circunstancias de que es perfectamente aplicable en favor del patrimonio cultural entendido ampliamente, tenga o no tenga una categoría especial de protección a su favor.

Como hemos podido analizar, la legislación ambiental no hace distinción alguna al momento de regular la procedencia de esta Acción de Reparación, recordemos que esta herramienta está enfocada a proteger el medio ambiente, concepto que nuestra legislación lo ha definido como el “sistema global constituido por **elementos naturales y artificiales de naturaleza** física, química o biológica, **socioculturales** y sus interacciones”.³⁴ Es decir, ha hecho de él un concepto bastante amplio, y si entendemos además que nuestro ordenamiento jurídico en general considera al patrimonio cultural también en forma amplia, sin limitarlo a únicamente aquello que esté “declarado”, según concluimos de las referencias a la Constitución y los Tratados Internacionales antes hecha, no hay por tanto fundamento legal alguno para sostener que el campo de aplicación de dicha acción debiera limitarse en la forma que hasta ahora se ha hecho.

Para clarificar aún más esta cuestión, conviene hacer una comparación con los demás elementos del medio ambiente, y nos daremos cuenta que a nadie se le ocurriría afirmar, por ejemplo, que solo forman parte del medio ambiente aquellos elementos naturales (como el agua, la tierra, o el aire) que hayan sido previamente declarados como tales. En efecto, existen categorías especiales de protección propias del medio ambiente natural, como los Parques Nacionales, Parques Marinos, o los Santuarios de la Naturaleza, pero estas no buscan determinar qué es y qué no es parte del medio ambiente, sino que tan solo otorgan un especial régimen jurídico de protección a ciertas zonas específicas.

Así también ocurre con el patrimonio cultural, por un lado, tenemos categorías de protección especiales, como las que se otorgan por la Ley de Monumentos Nacionales o por los Planes Reguladores Comunales, y por otro lado tenemos un sinnúmero de bienes, tangibles e intangibles, que por sus características y valorización pueden considerarse como parte del patrimonio cultural, es decir, como elementos de naturaleza sociocultural que forman parte integrante del medio ambiente.

diciembre de 2002, en Causa Rol Nº 612-99; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 2 de abril de 2004, en Causa Rol Nº 11.652, y Sentencia del 13º Juzgado Civil de Santiago, de 15 de mayo de 2014, Rol Nº C-27742-2012.

³⁴ Art. 2º letra II), Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994 (Énfasis agregado).

Por último, es importante destacar que esta limitación en el uso de la Acción de Reparación del daño ambiental no obedece a un criterio establecido por nuestros tribunales de justicia, pues de hecho los tribunales ni si quiera han tenido la ocasión de pronunciarse al respecto, porque simplemente nadie ha intentado utilizar la acción en favor del patrimonio cultural que no cuente con una categoría especial de protección. Existe pues una falta de diligencia, y quizás de creatividad, de parte de los profesionales del derecho que, al momento de elegir la mejor estrategia jurídica para defender los intereses de sus representados, no consideran la utilización de esta acción de reparación, limitando su utilización solo a aquél patrimonio que cuente previamente con una declaratoria de protección especial a su favor.

Un nuevo orden patrimonial

Si entendemos que el patrimonio cultural no requiere necesariamente estar declarado en forma especial, y que nuestro ordenamiento jurídico de todas formas lo protege, permitiendo de hecho la utilización de la acción de reparación del daño ambiental para dicho efecto, entonces surgen otras interrogantes que vale la pena entrar a analizar, por ejemplo: ¿Cómo saber si algo es parte o no del patrimonio cultural?

Hay quienes podrán alegar que la concepción que este ensayo ha estado defendiendo puede producir en definitiva que cualquier cosa pueda llegar a entenderse como parte del patrimonio cultural, y por ende protegido por el derecho. Lo cierto es que la realidad de las cosas dista mucho de aquello, en efecto sabemos que nuestra legislación protege el patrimonio cultural en forma general, aunque no define su concepto, por ello creemos que conviene utilizar las definiciones de los tratados internacionales antes mencionados, al menos para guiar la interpretación, en conjunto con la labor que la doctrina especializada vaya brindando al efecto.

Al inicio de este ensayo ya expusimos una definición de patrimonio cultural que creemos delimita suficientemente la cuestión, pues incorpora tres elementos fundamentales. En primer lugar, se señala que el patrimonio cultural debe consistir en una manifestación de la creación humana, sea este material o inmaterial, además debe tener cierta trascendencia en el tiempo, es decir, haber perdurado al paso de los años, y por último debe otorgársele una valoración especial por parte del grupo humano en donde se inserta, constituyéndose como un elemento que les otorga identidad.

En definitiva, el actuar de los particulares y de los órganos públicos deberá ser más cauteloso, debiendo asesorarse correctamente al momento de desarrollar sus proyectos para efectos de determinar si están produciendo un daño al patrimonio cultural de la localidad en que se desenvuelven, sobre todo si se trata de proyectos de cierta envergadura en donde el impacto pudiese ser mayor. En todo caso la inmensa mayoría de las actividades que desarrolla el ser humano común y corriente difícilmente

puede llegar afectar al patrimonio cultural, al menos no de una manera *significativa* como exige la norma.

Además esta cautela exigida en el actuar de los sujetos no es una cuestión nueva, al menos desde la dictación de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente en el año 1994, siempre los proyectos de cierta envergadura han debido tener la suficiente prudencia para evitar producir un daño ambiental, al menos respecto de sus elementos naturales como el agua, la tierra y el aire, lo que se ha ido expandiendo, por medio de la interpretación, cada vez más, hasta incorporar los elementos socioculturales como el patrimonio cultural, tal como hemos podido evidenciar.

Existen por cierto algunas herramientas que los particulares y órganos públicos pueden utilizar para prever el impacto y daño ambiental que sus proyectos provocarán en el entorno, y así evitar las consecuencias jurídicas que ello les conllevaría. Por ejemplo, en la legislación ambiental se consagra el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que se entiende como “el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”.³⁵ La normativa establece además que es obligatorio para los titulares de ciertos proyectos o actividades someterse a esta herramienta de gestión ambiental,³⁶ en atención a las características y naturaleza que la propia norma detalla. En todo caso, existe también la posibilidad para que el titular de cualquier proyecto o actividad pueda someterse voluntariamente a este sistema.³⁷

Ahora bien, en el caso que de todas formas un proyecto o actividad produzca efectivamente un daño al patrimonio cultural, las comunidades organizadas tienen la posibilidad cierta de impetrar esta Acción de Reparación para proteger lo que ellas consideran como parte de su patrimonio. Si el patrimonio en cuestión cuenta con alguna declaratoria que le otorga una especial protección, entonces el asunto se facilitará pues no será necesario entrar a probar el valor patrimonial del bien. Pero en el caso que el patrimonio, que las comunidades reconocen como propio, no cuente con una declaratoria especial, de todas formas, podrán interponer la acción y detener la producción del daño, solo que esta vez tendrán que entrar a probar en tribunales el valor patrimonial de dicho bien.

Como puede apreciarse en definitiva la cuestión se reduce a un tema probatorio. Resulta relevante mencionar que el Tribunal Ambiental aprecia la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, al respecto se dispone que “al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en

³⁵ Art. 2º, letra j), Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

³⁶ Art. 10, letra p), Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

³⁷ Art. 9º, Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

cuya virtud le asigne valor o la desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.³⁸ Esto le otorga mayor flexibilidad al momento de valorar los medios de prueba que las partes le presentan, además la norma luego establece que existe libertad probatoria, es decir que se admiten todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que sean aptos para producir fe. Asimismo se señala que no existirán testigos ni peritos inhábiles.³⁹

Por lo tanto, bien pueden utilizarse peritajes o informes que realicen los expertos de diversas áreas del conocimiento relacionadas con el estudio del patrimonio. Será de hecho fundamental al momento de determinar el valor patrimonial de un bien, los antecedentes que las partes aportan al proceso, en donde la opinión de las comunidades, así como de los expertos en el tema, serán consideradas, y pueden resultar cruciales, a la hora de decidir la cuestión.

Conclusiones

A partir de lo desarrollado, creemos que la concepción tradicional de que el patrimonio cultural, jurídicamente hablando, lo constituye solo aquél que cuenta con una declaratoria especial de protección a su respecto, no tiene mayor asidero ni sustento jurídico. Lamentablemente dicha posición se ha ido perpetuando en forma tácita, debido a la sola pasividad de los profesionales del derecho, que no han intentado utilizar las herramientas jurídicas en todo el potencial de aplicación con que fueron consagradas en nuestra legislación.

Esperamos sin embargo que al ir evidenciando este error la situación cambie, y estamos ciertos de que así será, pues existen sólidos fundamentos jurídicos para que ello ocurra. En todo caso, al menos el debate se encuentra abierto, lo que permitirá que estas interpretaciones tengan la posibilidad de ser utilizadas efectivamente en la resolución de conflictos reales, y eventualmente ser acogidas por la jurisprudencia de los tribunales ambientales.

Además, estamos convencidos que la discusión de lo patrimonial y la disputa de poder subyacente, en torno a decidir qué conservar y qué no, se abre enormemente, incorporando la intervención de sujetos que antes no eran considerados.

³⁸ Art. 35, Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, 2012.

³⁹ Art. 35, Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, 2012.

En primer lugar, las comunidades y los sujetos interesados por la protección de su patrimonio cultural, tendrán mayores herramientas y alternativas para actuar en defensa de él, en situaciones que hasta ahora se consideraban que estaban fuera de su alcance de acción. Ya no dependerán completamente de lo que la autoridad competente decida por ellos, respecto a determinar qué bienes proteger y cuáles no, sino que ahora podrán intervenir directamente en la discusión, prescindiendo incluso de las llamadas “declaratorias”, para disputar en tribunales el carácter y valor de su patrimonio local.

Y, en segundo término, estas interpretaciones abren la puerta para que los expertos de las diversas áreas relacionadas al estudio del patrimonio, intervengan también en la discusión, aportando estudios e informes en la materia, los que sin duda serán determinantes al momento de resolver las controversias que se sometan al conocimiento de los tribunales.

En definitiva, esperamos que lo aquí desarrollado deje abierta la puerta para que las comunidades e individuos organizados tengan las mejores herramientas posibles para defender exitosamente el patrimonio de su entorno local.

Bibliografía

Bermúdez Soto, Jorge (2000). “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de Valparaíso, 2000, XXI, p. 20.

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Cooperativa (28 de junio de 2017). “Es oficial: Villa San Luis de Las Condes fue declarada Monumento Histórico Nacional”, en portal web de *Cooperativa*. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/vivienda/es-oficial-villa-san-luis-de-las-condes-fue-declarada-monumento/2017-06-28/181327.html>

Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija el texto refundido de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, 1976.

Decreto N° 166, Ministerio de Educación, 2017.

Decreto N° 91, Ministerio de Educación, 1999.

Delgado Schneider, Verónica (2012). “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”. En *Revista de derecho* (Valdivia), jul., vol.25, no.1, p. 54.

Freland, François-Xavier (2009). *Captar lo inmaterial, una mirada al patrimonio vivo*. París: UNESCO.

Ley N° 17.288, de Monumentos Nacionales, 1970.

Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994.

Ley N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, 2017.

Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, 2012.

Llull Peñalba, Josué (2005). “Evolución del concepto y de la significación social del patrimonio cultural”, en *Arte, Individuo Y Sociedad* Vol. 17, p. 177-206.

Obrador, Piangella (28 mayo de 2017). “Más de 1,8 millones de chilenos participaron en el Día del Patrimonio”, en portal web de *Radio Biobío Chile*. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/05/28/miles-de-personas-disfrutaron-de-las-actividades-del-dia-del-patrimonio-en-todo-el-pais.shtml>

Ropert Fuentes, Rodrigo; Saavedra Fernández, Rubén (2005). “La protección del Patrimonio Cultural en la Ley N° 19.300: Causa por daño ambiental “Estado de Chile contra Compañía Industrial Puerto Montt S.A.” y Causa por daño ambiental “Estado de Chile contra Empresa CTC Startel S.A.””, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 2, p. 214-252.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 2 de abril de 2004, en Causa Rol N° 11.652.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30 de agosto de 2006, Rol N° 1911-2004.

Sentencia de la Corte Suprema, del 30 de diciembre de 2003, Rol N° 4864-02.

Sentencia del 13° Juzgado Civil de Santiago, de 15 de mayo de 2014, Rol N° C-27742-2012.

Sentencia del Segundo Juzgado Civil de La Serena, de fecha 7 de diciembre de 2001, Rol N° 386-2000.

Sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt, de fecha 19 de diciembre de 2002, en Causa Rol N° 612-99.

Sentencia del Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, de fecha 31 de marzo de 2003, Rol N° 43.594.

Tisné Niemann, Jorge (2016). “Las organizaciones ciudadanas como representantes de intereses colectivos ambientales: Reconocimiento a través de la jurisprudencia chilena”, en *Revista de derecho* (Valparaíso) N° 46, p. 227-252.