



La declaración de patrimonio inmaterial en la legislación chilena: las competencias del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

Autor

Pedro S. Guerra A.

Email: pguerra@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3903

Nº SUP: 118313

Resumen

A propósito de una solicitud de la Comisión de Cultura, Artes y Comunicaciones de la Cámara de Diputados, el presente documento indaga en la naturaleza de las atribuciones y funciones que se le otorgan al Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (MCAP) en torno a la declaración y reconocimiento del patrimonio inmaterial. Se expone el marco legal que rodea al patrimonio inmaterial, indicando dónde pueden encontrarse las definiciones de éste. Se explora, en específico, las facultades que tiene el MCAP, problematizando en torno a la especialidad de las mismas, y sugiriendo posibles criterios interpretativos de acuerdo a la literatura relevante sobre el particular.

Tabla de contenidos

Introducción	2
1. Marco legal del patrimonio cultural en Chile.....	3
1.1. Normativa interna	3
1.1.1. Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.....	3
1.1.2. Ley N° 21.045 que crea el MCAP.....	5
1.2. Convenciones Internacionales	15
1.2.1. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972).....	15
2. Conclusiones	16
Referencias.....	18

Introducción

El presente documento responde una solicitud parlamentaria formulada por la Comisión de Cultura, Artes y Comunicaciones de la Cámara de Diputados, en el contexto de la discusión del Proyecto de Ley que declara la actividad de arreo de animales en zonas cordilleranas y a los arrieros que la desarrollan, como patrimonio cultural inmaterial de la Nación (Boletín 12.169)¹. Al respecto, se ha solicitado a esta Asesoría Parlamentaria un pronunciamiento acerca la especialidad de la atribución que la Ley 21.045² que creó el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (MCAP) entrega a dicho Ministerio para la declaratoria de patrimonio cultural inmaterial. No obstante el requerimiento que se responde en este documento posee un contexto específico en el Boletín que se indica, se ofrecerá en los puntos siguientes un análisis que pretende ser válido para orientar el análisis de otras iniciativas legales o de leyes vigentes que busquen otorgar alguna clase de protección a bienes culturales patrimoniales, así como el de la naturaleza jurídica de las facultades de los órganos administrativos que se relacionan con la materia.

El documento se organizará de la siguiente forma. Una primera parte se dedica a exponer brevemente acerca del marco general de la regulación patrimonial en Chile. A propósito de ello, en segundo lugar, se indaga en este marco legal acerca de las facultades, atribuciones y funciones, que los órganos administrativos de reciente creación (al alero del MCAP), tienen en relación al patrimonio y específicamente al patrimonio inmaterial. En ese contexto, se explora el problema de la especialidad de aquellas facultades del MCAP y la forma en que la Ley 21.045 ha optado por organizar el ámbito competencial del mismo. Para iluminar el problema se recurre a la doctrina relevante y a algunos elementos que aporta el

¹ Disponible en <http://bcn.cl/27r7c>. En líneas generales el proyecto busca dar reconocimiento a la actividad arriera, sus costumbres y tradiciones como actividad cultural inmaterial, a propósito de la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que ha sido ratificada por Chile en 2008 y en cumplimiento de las obligaciones que esta le impone al Estado de Chile en cuanto a la salvaguardia de esa categoría de patrimonio.

² Ley N° 21.045 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (Disponible en <http://bcn.cl/27eyy>)

ordenamiento jurídico constitucional español. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones.

1. Marco legal del patrimonio cultural en Chile

El marco legal de la protección del patrimonio cultural en Chile está determinado por varios cuerpos legales, que deben entenderse como parte de un ecosistema normativo que recibe entradas tanto desde el derecho interno como desde las convenciones internacionales que se relacionan con la protección del patrimonio cultural.

1.1. Normativa interna

1.1.1. Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales³.

Brevemente se dirá que este cuerpo legal data de 1970, pero los orígenes mismos de su principal órgano, el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN), se remontan a 1925, cuando el gobierno de Alessandri Palma crea una comisión encargada de la supervisión de los monumentos, y que posteriormente daría origen al actual CNM. La ley N° 17.288 ha sido reformada en varias ocasiones, siendo la modificación más reciente la que introduce la Ley N° 21.045 que crea el MCAP, a partir de marzo de 2018 y que, como se verá, cambia la dependencia del CMN al MCAP.

Cabe señalar que la **concepción de monumento nacional** que inspira la Ley N° 17.288 ha sido hasta ahora una principalmente cosificada o material, pues concibe como monumentos nacionales y otorga protección, básicamente a bienes culturales de carácter material. Aquí tienen cabida, por lo tanto, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter históricos; enterratorios, cementerios, piezas u objetos antropo – arqueológicos, formaciones naturales, monumentos, estatuas,

³ Disponible en <http://bcn.cl/2623k>

fuentes, placas, coronas y, en general, los objetos que están destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Todos ellos quedan bajo tuición y protección del Estado a través de CMN en la forma en que establece la ley. Esta conceptualización se repite, por ejemplo, al definir la ley en su artículo 9° lo que **debe entenderse por monumentos históricos**, aquellos “lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad, sean declarados tales por decreto supremo, dictado a solicitud y previo acuerdo del Consejo”. Asimismo, el CMN está revestido de varias facultades que tienen por objeto autorizar modificaciones o alteraciones de bienes inmuebles que hayan sido declarados monumentos históricos. Una conceptualización similar es la que contempla la ley para el caso de los monumentos públicos (estatuas, columnas, fuentes, placas y en general objetos que tiendan a perpetuar la memoria en campos, calles y lugares públicos). No se contemplan en la ley N° 17.288 facultades para el CMN que digan relación con el patrimonio inmaterial, de modo que la necesidad de incorporar estas categorías aparece como uno de los desafíos inmediatos de la legislación patrimonial. Tanto es así que la misma Cámara de Diputados propuso en el informe final de la Comisión Especial de Patrimonio Histórico de 2011, la incorporación de categorías de reconocimiento de las obras que recojan los aspectos sociales y culturales, tanto de artistas como de creadores sin distinción, que reflejen la memoria de una sociedad, acorde a como lo han definido instituciones como UNESCO⁴.

Esta limitación de la Ley N° 17.288 en cuanto a las categorías de patrimonio que reconoce y protege ha sido objeto de críticas, toda vez que el contexto normativo internacional ya recoge desde hace varios años otras categorías de patrimonio que trascienden lo meramente objetual. Como se ha sostenido en otros documentos de Asesoría Parlamentaria (GREENE, 2015) esta concepción materialmente objetivada de patrimonio tiene una explicación en la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, que al definir lo que debe entenderse por patrimonio cultural de un pueblo alude, como se verá, a

⁴ Disponible en <http://bcn.cl/1orit>

elementos más bien materiales. Ya se verá como esta concepción ha experimentado cambios a nivel UNESCO, de los que la legislación interna de Chile no se ha hecho aún cargo.

Ahora bien, en lo relativo a la recepción de concepciones de patrimonio cultural inmaterial en la Ley N° 17.288 y las facultades que el CNM mantiene al respecto, es preciso señalar que el artículo 2° de la Ley reconoce a este Consejo como un organismo técnico dependiente del MCAP. Dentro de las **funciones declaratorias** que se le atribuyen en el artículo 6° está la del numeral 1, esto es “pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales los lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso y solicitar de la autoridad competente la dictación del decreto supremo correspondiente.” Como puede advertirse, el CMN no está dotado de atribuciones legales que le permitan situar bajo la protección de la ley a bienes del patrimonio cultural inmaterial, siendo esta una dimensión que, como se ha venido afirmando, se encuentra ignorada en la legislación nacional.

1.1.2. Ley N° 21.045 que crea el MCAP.

La reciente creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio ha producido cambios importantes en la orgánica de las políticas culturales en Chile y, por lo tanto, en las disposiciones públicas hacia las problemáticas culturales. Ello a propósito de la creación de nuevos órganos, de la descentralización a nivel de regiones de los poderes públicos y capacidades decisorias y de la incorporación al MCAP de organismos (como por ejemplo el CNM) que se encontraban dispersos sin responder a políticas comunes.

En lo que ocupa a este documento, es relevante señalar que, pese a que la Ley de Monumentos Nacionales no contempla disposiciones tendientes al reconocimiento y protección del patrimonio cultural inmaterial, la Ley N° 21.045 sí ha venido a hacerse cargo en alguna medida de ese vacío. A continuación se presenta un análisis de la ley en esa clave

1.1.2.1. Definiciones.

El artículo 1° de la Ley N° 21.045 establece los principios por los que se regirá la misma. En general, se advierte una apertura hacia las culturas en la acepción más amplia, destacando en el numeral 6° el valor del **patrimonio cultural** como bien público que, en toda su diversidad y pluralidad, constituye un espacio de reflexión, reconocimiento, construcción y reconstrucción de las identidades y de la identidad nacional. De esta manera, se advierte aquí ya un principio de desmaterialización del patrimonio cultural en los términos que se venían señalando anteriormente.

1.1.2.2. Funciones y atribuciones.

El artículo 3°, número 26 establece, en el ámbito de las funciones y atribuciones del MCAP la de “declarar el reconocimiento oficial a expresiones y manifestaciones representativas del patrimonio inmaterial del país y a las personas y comunidades que son Tesoros Humanos Vivos y definir las manifestaciones culturales patrimoniales que el Estado de Chile postulará para ser incorporadas a la Lista Representativa de Patrimonio Inmaterial de la Humanidad de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura”(UNESCO, por sus siglas en inglés). Es relevante para los efectos de este análisis, que la ley manda en el encabezado del artículo 3° que “corresponderá **especialmente**⁵ al Ministerio las siguientes funciones y atribuciones”.

Sobre esto último, es preciso destacar que la historia de la ley entrega pocas pistas sobre el estatus de las funciones y atribuciones en torno a las que se diseñó orgánicamente el MCAP. Una primera aproximación al problema surge a partir del análisis del proyecto de original⁶, que ingresó el Ejecutivo en el mes de mayo de 2013, bajo el primer gobierno del Presidente Sebastián Piñera. En este, el artículo 3° comenzaba con la expresión “corresponderán”, y luego enumeraba las funciones y atribuciones del Ministerio que se pretendía crear. Como evidencia la historia de la ley, la expresión “especialmente” fue incorporada en una indicación

⁵ Destacado por el autor.

⁶ Todos los documentos que constituyen la historia de la Ley 21.045 se encuentran disponibles en <http://bcn.cl/22iek>

sustitutiva del proyecto original, presentada a la Cámara de Diputados con fecha 17 de diciembre de 2015, por el Ejecutivo de la Presidenta Michelle Bachelet, en segundo mandato. No obstante, no se han encontrado en el texto de la indicación rastros del porqué de la agregación de la expresión “especialmente”. A efectos de realizar una comparación con otros Ministerios de reciente creación, merece destacar que la Ley N° 21.105⁷ que crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación (publicada en agosto de 2018), contiene en su artículo 4° las funciones de dicho Ministerio: la ley usa aquí la expresión “tendrá las siguientes funciones”, omitiendo la especialidad de aquellas. A contrario, la Ley N° 20.820⁸, que creó en 2015 el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género (sucesor del antiguo Servicio Nacional de la Mujer), sí usa la expresión “en especial” al listar las funciones y atribuciones del Ministerio: la norma señala literalmente que “El Ministerio tendrá, **en especial**, las siguientes funciones y atribuciones”⁹. Misma expresión usa el artículo 2° de la Ley N° 20.686 que creó en agosto de 2013 el Ministerio del Deporte¹⁰. Y la misma expresión usa, finalmente, la Ley N° 20.530¹¹ de 2011 al establecer, en su artículo 3° las funciones y atribuciones del Ministerio de Desarrollo Social, creado por la misma. Esto sugiere, por cierto, que la expresión *especialmente* ha sido usada de manera sistemática por el legislador en el diseño de las funciones y atribuciones de los Ministerios de más reciente creación, pero que por alguna razón, que no es posible avizorar, no lo ha sido en todas esas ocasiones.

1.1.2.3. Resumen del problema y posibles interpretaciones

Dado que la versión final del proyecto aprobado por el Congreso Nacional incorporó la expresión “especialmente” y así fue promulgada la Ley N° 21.045, es preciso ahondar en las implicancias jurídicas de haber incorporado dicha expresión en el artículo 3°. Hay en ese sentido dos probables interpretaciones de la expresión que aquí se discuten. Una primera aproximación aparece a partir de la definición

⁷ Disponible en <http://bcn.cl/26in0>

⁸ Disponible en <http://bcn.cl/27tb7>

⁹ Destacado por el autor.

¹⁰ Disponible en <http://bcn.cl/24lao>

¹¹ Disponible en <http://bcn.cl/27afh>

RAE de la expresión: *especialmente*, es un adverbio de modo, que implica que algo es, o se hace, “de manera especial”. *Especial*, dice la Academia Española, es un adjetivo que significa “singular o particular, que se diferencia de lo común o general”¹². Una interpretación literal de la expresión que aquí se comenta indicaría que corresponde al MCAP un listado de atribuciones y funciones que son especiales o singulares en tanto son distintas de las que se encuentran atribuidas en la ley, y en especial en la Ley N° 21.045, a otros organismos del Estado. Hasta aquí la expresión sería inocua en sus efectos, pues no hace más que resaltar el carácter especial del órgano de que se trata y que este es uno distinto de otros que lo hayan precedido en su aparición o bien hayan sido creados coetáneamente. No se debe perder de vista aquí que la Ley N° 21.045 no sólo creó un nuevo Ministerio, sino que además dio origen a un servicio público, un consejo y varias reparticiones regionales. De este modo hay varias instituciones que surgen para las funciones públicas que dicen relación con el ámbito de las culturas y el patrimonio. No debe perderse de vista, por último, que la Ley N° 18.575 de bases generales de la administración del Estado¹³ define en su artículo 22 a los Ministerios como “órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones.” Esta explicación da por sentado el carácter especial que los Ministerios tienen en el marco general de la función pública, como órganos dedicados a un campo específico de acción (de hecho la norma está situada bajo el Título II de la Ley, que se titula “Normas Especiales”).

Una segunda interpretación es la que surge de la integración del ecosistema normativo en que se encuentra inserta la Ley N° 21.045 y las prácticas político – administrativas que han rodeado en Chile la modernización de la administración pública y del derecho administrativo, así como la creación de nuevos organismos, como el caso del MCAP. Esta se ha caracterizado en buena medida por la sucesiva

¹² Definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible *on line* en <http://bcn.cl/27se8>

¹³ Disponible en <http://bcn.cl/24nf0>

creación de nuevos órganos al alero de la administración del Estado, muchos de los cuales han venido a tomar para sí competencias que ya se encontraban de manera más o menos clara, atribuidas a otros (y anteriores) órganos de la administración. En otras ocasiones, la creación de nuevos órganos ha venido a perfeccionar una función pública que no se atendía de forma adecuada, obligando a que varios órganos de la administración funcionen de forma mancomunada en pos de un objetivo. Ello es expresión de un principio colaborativo que sienta la Ley 18.575, que manda a los órganos del Estado a cumplir sus cometidos en forma coordinada y propendiendo a la unidad de acción y a evitar duplicación e interferencia.

En este contexto es necesario revisar los conceptos de **competencia** en el mundo de la administración del Estado: pese a ser una noción de mayor desarrollo en el ámbito del derecho procesal, posee una vertiente en el ámbito del derecho administrativo que es la que interesa a este documento.

Eduardo Soto describe a la competencia como “ese conjunto de poderes jurídicos con que el Derecho dota, provee, o habilita, a un órgano para que actuando este en la vida de relación de sujeto jurídico (...) impute unitariamente los efectos de su actuación a ese sujeto, y pueda así cumplir los fines para los cuales ha sido precisamente creado por el legislador.” (SOTO, 2009, pág. 125). Esta potestad, o poder de actuar en miras de una función determinada, se origina en el ordenamiento jurídico y, a efectos de cumplir esa función de interés público, se la atribuye precisa y expresamente a un órgano de la administración, fijando y acotando de esta forma su ámbito de acción. Así, es la ley la que entrega a un órgano una medida de poder público, como entiende Bermúdez la competencia administrativa, y es ésta a la vez la que determina la validez del actuar de la administración (BERMUDEZ, 2010, pág. 211)

Una de las características o rasgos distintivos de la competencia en el orden administrativo es la especialidad de la misma. Soto la explica en términos de que cada órgano posee una órbita de poderes distinta “ya que no tiene asidero racional que puedan crearse varios órganos dotados de la misma competencia: si tal se

produjera sólo puede ser fruto de error, o de inadvertencia del legislador, ya que la duplicación de competencia sólo produce ineficiencia en el actuar de la organización y entorpecimiento cierto en su gestión, por los conflictos irremediables que se producirán de inmediato” (SOTO, 2009, pág. 130).

No obstante, Soto hace hincapié en que la duplicación de competencias (que considera, como se ha visto, un error) no debe confundirse con las **competencias concurrentes**, entendida como una de las modalidades que el legislador puede usar para habilitar jurídicamente a distintos órganos en una materia determinada¹⁴. En ese sentido, lo normal es que las competencias estén otorgadas por la ley de forma especial a un órgano de la administración. La concurrencia de competencias implica que, siempre en el marco de la legalidad de la atribución competencias, varios órganos concurren a la satisfacción de una necesidad pública, pero conservando una delimitación de materias o campos de actuación específicos (SOTO, 2009, pág. 134) Un ejemplo claro de concurrencia de competencias es el que ofrece el ámbito de la regulación municipal, en que la ley hace concurrir funciones con otros órganos de la administración del Estado¹⁵. A partir del artículo 3° de la Ley Orgánica de Municipalidades¹⁶, pueden distinguirse claramente funciones privativas de la Municipalidad, y funciones que esta comparte (o concurre) con otros organismos del Estado.

La concurrencia, en este caso, permite materializar las relaciones de coordinación que por mandato constitucional deben producirse entre las municipalidades y los servicios públicos que realizan su labor en el territorio comunal (FERNANDEZ, 2013, pág. 154). Un claro ejemplo de aquello es la función educativa que la ley le asigna a las municipalidades, que se ha considerado como una en que los órganos

¹⁴ López las define, para el caso español y sus particularidades, como aquellas que se producen cuando la legislación básica corresponde al Estado y el desarrollo normativo a las Comunidades Autónomas. (LOPEZ, 2007)

¹⁵ Es común que este diseño de competencias de los órganos públicos sea característico de funciones públicas que requieren articulación coherente, eficiente y transversal de varios órganos de la administración, a propósito de la necesidad de tratar una problemática de manera integral. Es el caso, por ejemplo, las cuestiones ambientales, que suelen tener presencia en varios sectores a la vez. Ello exige que el diseño institucional responda a esa realidad normativamente dispersa, con una serie de normas que inciden en un mismo problema (BOETTIGER, 2010).

¹⁶ Disponible en <http://bcn.cl/24irz> (véase artículo 3° y 4°).

locales concurren con otros organismos del Estado¹⁷. Necesariamente el hecho de compartir una competencia a propósito de una función pública debe obligar a los órganos concurrentes a efectuar labores de coordinación. Ello cobra mayor relevancia cuando se trata de competencias de orden especial versus aquellas de carácter general. En las primeras, dos o más órganos concurrirán con competencias (y por tanto con actos administrativos dictados en su ejercicio), sin que exista interferencia entre ellos. Un buen ejemplo de aquello puede ser la apertura de un restaurante, en que el particular deberá recabar autorizaciones de parte de varios órganos de la administración, a saber organismos sanitarios, de prevención de incendios, fiscalización tributaria, y un largo etc. Cada uno de estos posee competencias que concurren hacia una finalidad (la puesta en marcha de un restaurant), pero cada una de estas es especial a los órganos a los que se les atribuyen y que las ejercen mediante su actuar, ya sea a través de fiscalizaciones o autorizaciones, entre las muchas posibles formas de actuación de la administración.

1.1.2.4. ¿Qué tipo de competencia tiene el MCAP?

Resulta evidente que la expresión *especialmente* que el legislador incorporó en el encabezado del artículo 3° de la Ley N° 21.045 da cuenta de un diseño competencial que se ha ido haciendo más común en el complejo universo de los servicios públicos, que cada vez demandan más de actuaciones conjuntas o coordinadas entre sí a efectos de afrontar problemas que involucran a más de un sector y cuyas soluciones exigen esa clase de abordaje por sobre una que compartimenta las funciones y atribuciones.

La expresión *especialmente* que, como se ha visto, no se usa sólo en el diseño competencial del MCAP sino también en otros Ministerios de reciente aparición, da por lo pronto cuenta de un ámbito de competencias que no es exclusivo del

¹⁷ Así se ha sostenido en Dictamen Contraloría General de la República, N° 059480N11 de fecha 20 de septiembre de 2011, en que se destaca que la competencia concurrente puede ser ejecutada “directamente o con otros órganos de la Administración del Estado”. (Disponible en <http://bcn.cl/27t75>).

MCAP. Por el contrario, la voz “especialmente” es claramente indicativa de una **conurrencia de competencias** en una determinada materia. Dicha concurrencia, no obstante, debe resolverse en favor de uno u otro órgano, de modo de que se disponga de algún criterio que permita establecer previamente cuál órgano deberá actuar de manera primigenia en una materia determinada. La concurrencia, de la cual la expresión *especialmente* es indicativa, se resuelve en la práctica mediante el criterio de prevalencia. En ese sentido, al existir una concurrencia de competencias de carácter especial (aquellas que competen a un órgano por una distribución de competencias en base a materias), no produce problema alguno, pues la función pública se realiza precisamente al concurrir ambas, desde distintos órdenes de la administración. El problema surge precisamente cuando dos competencias de carácter general, o una competencia de carácter general y una especial que colisionan entre sí. Es aquí que la concurrencia presenta un problema que requiere ser resuelto.

El tema de la prevalencia ha sido poco desarrollado en la doctrina y jurisprudencia chilenas, pero ha recibido cierta atención en otras jurisdicciones. Como destaca Ruiz (2013) la cláusula de prevalencia en el derecho constitucional español emana del artículo 149.3 de la Constitución española, y manda que en todo aquello en que la competencia no esté atribuida de manera exclusiva al derecho de las comunidades autónomas será de competencia prevalente del derecho estatal. Hay aquí tanto un principio organizativo (“sea esto o aquello de competencia de las Comunidades Autónomas”) y de atribución jurídica de competencias, “ideado para resolver conflictos entre normas estatales y autonómicas...” (RUIZ, 2013, pág. 141)¹⁸. Así, el principio que se manifiesta en la cláusula de preferencia ordena aquellos casos en que las competencias atribuidas a distintos niveles de la administración, uno de ellos prevalezca. Es importante señalar que se está ante

¹⁸ Cabe señalar que el problema de los conflictos de competencias entre los niveles estatal y autonómico es uno propio de una estructura administrativa como la de España, organizada en 17 autonomías con estatutos propios. Si bien aquello no es en modo alguno replicable en el caso de Chile, el problema de los conflictos de competencias bien puede existir aún en un Estado unitario y centralizado en la producción normativa como es el caso chileno. El problema de que trata este documento es un buen ejemplo de ello, de modo de que el concepto de prevalencia que aquí se trata es sumamente operativo para la resolver la cuestión.

este dilema cuando las competencias no han sido atribuidas de manera exclusiva a un órgano, y cada uno de estos actúa en su propia esfera de legítimas competencias. En ese sentido, dice Ruiz, “La prevalencia es una regla para la resolución *ad casum* de un conflicto entre la norma estatal y autonómica que opera desde la garantía de la unidad del ordenamiento jurídico...” Su objetivo no es dirimir una competencia ni invalidar: el acto emanado de un órgano que no es competente. Más bien se trata de “atribuir carácter prevalente a la norma estatal sin negar validez de los respectivos ámbitos competenciales” (RUIZ, 2013, pág. 146) Puede sostenerse así que la competencia prevalente ocupa un lugar intermedio o a medio camino entre las exclusivas y las compartidas. No obstante, la prevalencia es a la vez una regla que establece que órgano es el preferentemente llamado a ejercer esa competencia.

1.1.2.5. ¿Cómo se resuelve la concurrencia en nuestro derecho?

Ya se ha establecido anteriormente que las competencias que el artículo 3° de la Ley N° 21.045 le otorga al MCAP (entre las cuales está el N° 26, esto es declarar el reconocimiento oficial a expresiones y manifestaciones representativas del patrimonio inmaterial del país) se otorgan *especialmente* a dicho Ministerio. También se ha señalado que aquello implica una concurrencia de competencias, que conforme a la doctrina, debe resolverse mediante una regla de prevalencia. Ahora bien: ¿Cuál es en el derecho chileno la fuente de esa regla de prevalencia? En realidad, la solución se puede encontrar en la misma expresión *especialmente*. Es esta la que inclina, si se quiere, la balanza competencia desde cualquier otro órgano que tenga atribuidas competencias en los mismos términos en que se le han atribuido al MCAP, pues la ley le otorga la especialidad o la preferencia a dicho organismo. Así entendido, y como se verá, la expresión “especialmente” aparece más bien como una regla de solución a una situación de concurso de competencias¹⁹.

¹⁹ En una visión crítica de la aplicación de esta regla de solución, es preciso develar algunos límites o problemas a la eficacia de esta solución. A modo ejemplar, y sin ánimo de taxatividad, se mencionan los siguientes: 1) El que la referencia a “especialmente” se encuentre en el encabezado

1.1.2.6. Facultades de Consejo Nacional de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

En el mismo sentido y a propósito de las funciones del Consejo Nacional de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (CNCAP), el artículo 17 N° 6 establece que al CNCAP le corresponde “Aprobar la propuesta que el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural realice al Ministro para las declaratorias de reconocimiento oficial a expresiones y manifestaciones representativas del patrimonio inmaterial del país, y a las personas y comunidades que son Tesoros Humanos Vivos y las manifestaciones culturales patrimoniales que el Estado de Chile postulará para ser incorporadas a la Lista Representativa de Patrimonio Inmaterial de la Humanidad de la UNESCO, de que trata el numeral 26 del artículo 3”. No obstante, la ley usa en el encabezado del artículo 17 la expresión “**corresponderá**”²⁰, lo cual indica que las atribuciones le asisten de manera exclusiva al órgano, en este caso el CNCAP, y no a otros.

1.1.2.7. Facultades del Servicio Nacional de Patrimonio Cultural.

Dentro de las innovaciones que trae la entrada en vigencia del MCAP está la creación del Servicio Nacional de Patrimonio Cultural (SNPC). Se trata de un organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Gobierno a través del MCAP. El SNPC tiene como objeto, de acuerdo al artículo 23 de la Ley N° 21.045, “implementar políticas y planes, y diseñar y ejecutar programas destinados a dar cumplimiento a las funciones del Ministerio, en materias relativas al folclor, culturas tradicionales, culturas y patrimonio indígena, patrimonio cultural material e inmaterial; e infraestructura

de la disposición implica que se aplica una misma especialidad a competencias diversas y de distintos niveles de especialidad; 2) El que la ley no limite la noción; por ejemplo, especialmente en relación a las competencias de otro servicio específico; 3) El que el principio de especialidad no sea el único principio de interpretación aplicable; la norma podría enfrentarse a leyes orgánicas que priman en tanto son jerárquicamente superiores, colisionando el principio de especialidad con el de jerarquía. 4) El que no se resuelva si la especialidad se aplica sólo a las competencias atribuidas por la ley que crea el Ministerio, o bien si ésta se extiende a otras leyes posteriores.

²⁰ Destacado por el autor.

patrimonial, como asimismo, a la participación ciudadana en los procesos de memoria colectiva y definición patrimonial”.

1.2. Convenciones Internacionales

1.2.1. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972)²¹

Cabe señalar, finalmente, que la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, signada en París en 1972, se pronuncia sobre los “monumentos, obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, los lugares, obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”. Como se advierte, este instrumento internacional, que ha sido ratificada por Chile en 1980²², no considera aspectos de patrimonio inmaterial, correspondiendo estos a evoluciones posteriores del derecho internacional. En efecto, la Convención sólo considera categorías de monumentos, conjuntos y lugares, así como la categoría de monumentos naturales.

²¹ Disponible en <http://bcn.cl/1hw35>

²² Ello mediante Decreto del Ministerio de RREE N° 259 de 12 de mayo de 1980, disponible en <http://bcn.cl/25hyb>

1.2.1.2. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial²³

Este instrumento corresponde una evolución de la Convención de 1972 y define el patrimonio cultural inmaterial como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.” (artículo 2°). La Convención limita el patrimonio cultural inmaterial sólo a aquellos bienes culturales que sean compatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos que existan y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible. Sus manifestaciones, de acuerdo al artículo 2°, número 2, son las tradiciones y expresiones orales (incluyendo el idioma), las artes del espectáculo, los usos sociales, rituales y actos festivos, el conocimiento y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y las técnicas artesanales tradicionales. Estas manifestaciones no constituyen una cláusula cerrada, pues la Convención usa la expresión “en particular”. Se trata más que nada de ámbitos de manifestación, en los que pueden caber a su vez muchas manifestaciones.

2. Conclusiones

5.1. Categorías de patrimonio: Las categorías de patrimonio cultural inmaterial se encuentran ausentes en la principal legislación sobre patrimonio en Chile, esto es la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales. No obstante, estas categorías han sido reconocidas a partir de instrumentos internacionales, en específico, la Convención de 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

²³ Ratificada por Chile mediante Decreto del Ministerio de RREE N°11 de 2009, disponible en <http://bcn.cl/27iip>

5.2. Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio: La recientemente dictada Ley N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, sí contempla normas relativas a: **a)** Definiciones de patrimonio cultural inmaterial, para las que remite directamente al derecho internacional y **b)** Funciones de declaración y reconocimiento. En este último ámbito es facultad del MCAP el declarar el reconocimiento oficial a expresiones y manifestaciones representativas del patrimonio inmaterial del país, como dispone el artículo 3° N° 26 de la Ley N° 21.045. Cabe señalar que el artículo 3°, donde se encuentra esta atribución, señala expresamente que “corresponderá especialmente al Ministerio las siguientes funciones y atribuciones”.

5.3. Problema interpretativo: El encabezado del artículo que se señala usa una expresión (*especialmente*) que, en doctrina, resulta indicativa de una concurrencia de competencias, en que uno o más órganos comparten una atribución o función. Esta concurrencia debe resolverse mediante una regla de prevalencia de competencia, que para el caso radica en la misma expresión *especialmente*, que le otorga prevalencia al MCAP en el ejercicio de dichas funciones. Ello resulta coherente con la noción de una orgánica pública que tiene un deber de actuar coordinadamente y con la propia naturaleza del MCAP, que a partir de su creación en la Ley N° 21.045, convive en un ecosistema orgánico – competencial con otros organismos que la propia Ley crea. En ese sentido, el mandato de coherencia y coordinación no alcanza solo a los órganos de distintos sectores, sino que obliga también a todos los que se encuentran estatuidos para un mismo sector, por ejemplo el de las culturas, las artes y el patrimonio. Las funciones y atribuciones del MCAP no tienen, por ende, el carácter que doctrinariamente se puede denominar exclusivas en la materia que dice relación con el reconocimiento de patrimonio inmaterial. No obstante, otra interpretación posible, es que la referencia a la especialidad reconoce un ámbito competencial subsistente a otros órganos, con el problema añadido de que no se indica en qué casos deben esos otros órganos intervenir ni cuales son.

PGA/

Referencias

- BERMUDEZ, J. (2010). *Derecho Administrativo General*. Santiago de Chile, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing.
- BOETTIGER, C. (Julio de 2010). Nueva institucionalidad ambiental. (U. d. Desarrollo, Ed.) *Actualidad Jurídica*(22), 429 - 454.
- FERNANDEZ, J. (Julio - Diciembre de 2013). La administración del Estado y las municipalidades en Chile. (M. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Ed.) *IUS*(32), 148 - 160.
- GREENE, F. (2015). *Que entendemos por patrimonio cultural*. Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria. Valparaíso: BCN. Recuperado el 15 de noviembre de 2018, de <http://hdl.handle.net/10221/21607>
- LOPEZ, C. (mayo de 2007). Problemas de aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho del Estado. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*(304), 181-211. Obtenido de <http://bcn.cl/27ujk>
- RUIZ, M. A. (septiembre - diciembre de 2013). La cláusula de prevalencia del derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones. *Revista de Administración Pública*(192), 137 - 178.
- SOTO, E. (2009). *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*. Santiago de Chile: Legal Publishing, Abeledo Perrot.

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative
(CC BY 3.0 CL)

Commons

Atribución

3.0