

Punta Arenas, trece de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Comparece doña **MARGARITA VARGAS LOPEZ**, domiciliada en Alessandri N° 668, Punta Arenas, quien deduce acción constitucional de protección en contra de **PRODUCTORA ETNOMEDIA Y CONSULTORA LIMITADA**, contra el **CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES DE MAGALLANES**, representada por don Gonzalo Bascuñán Vargas; contra don **BLAS FLORES AGUILA**, Encargado del Area de Pueblos Originarios del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes de la Región de Magallanes; contra de don **EUGENIO ASPILLAGA FONTAINE**, Académico del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile y en contra de la **UNIVERSIDAD DE CHILE**, representada por su Rector don Ennio Vivaldi Vejar.

Expresa que la productora recurrida, sin consultar a las familias de la fallecida y emblemática mujer Kawésqar Margarita Molinari Eden, edita, publica, distribuye y difunde en su página web los cantos y relatos de su familia, sin consulta. Así, se enteró a través de las redes sociales y de comunicación, acerca de un acto de lanzamiento que se realizó en la Universidad de Magallanes, a la cual no fue invitado ningún miembro de su familia; en ese acto, la PRODUCTORA ETNOMEDIA entregó 400 CD a otro Kawésqar, don José Tonko Paterito para que lo distribuya entre los miembros de las comunidades.

Manifiesta que posteriormente, se comunica con el representante de la Productora, quien le indica que este material es de propiedad de la Universidad de Chile y la familia de la antropóloga (QEPD) lo había donado a dicha institución. El alumno de la fallecida antropóloga -integrante de esta productora- tomó dicho rescate y lo editó mediante un Proyecto que adjudicó en el Consejo de la Cultura y las Artes. Dicha entidad pública, a través de su Encargado de Pueblos Originarios, don Blas Flores -procedió a la distribución del material, sin consulta- indica que el proyecto cumple con todos los resguardos legales.



Destaca que la antropóloga en vida nunca hizo uso comercial ni de edición de los cantos y cuentos de los mayores Kawésqar, ya que sus abuelos, en vida, le pidieron que sea sólo de uso educativo y que el legado se vaya transmitiendo de generación en generación.

En razón de lo expuesto, solicita se adopten las siguientes medidas: **1.-** Se devuelva la totalidad de los CD a la familia directa de Margarita Molinari Eden, de José López Paterito y Nora López Molinari. La familia donará un porcentaje a colegios, universidades, escuelas e institutos profesionales, para uso de los estudiantes como apoyo al proceso educativo; **2.-** Que la Productora retire de su Página Web imágenes de promoción del rescate; **3.-** Que la Productora no haga uso comercial ni de ningún tipo del rescate patrimonial; **4.-** Que la Productora traspase el derecho intelectual a las familias directas; **5.-** Que la Universidad de Chile haga entrega de todo el material recopilado en los años 1971 y otros de la familia a las familias directas; **6.-** Que la familia de la antropóloga Ester Grebe devuelva el material recopilado en 1971 a la familia directa de Margarita Molinari Eden, de José López Paterito y Nora López Molinari; **7.-** Que la Productora indemnice económicamente a la familia de los estudiados por el monto total de lo adjudicado mediante el Consejo de la Cultura y las Artes; **8.-** Que el Estado devuelva económicamente a la familia de los estudiados el monto total de lo adjudicado a la Productora mediante instrumento público y fondos concursables, considerando que la familia ha presentado proyectos culturales para el rescate de la cultura Kawésqar, basado en la vida de Margarita Molinari (QEPD) y no han sido beneficiados.

Evacuando informe el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, representado por la abogada Andrea Álvarez Vera, solicita el rechazo del recurso, explicando, en primer término, que en el año 2013, don Mauricio Pineda Pertier, antropólogo, postuló al Concurso Público del Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, ámbito regional de financiamiento, convocatoria 2014, en la línea de Formación e



Investigación, con el proyecto titulado "Conservación y Catalogación Archivos Etnográficos Kawésqar". Dicho proyecto fue evaluado y seleccionado por el Servicio, celebrándose el respectivo convenio de ejecución de proyecto con fecha 30 de enero de 2014, asignándose a la ejecución la suma de \$7.200.000.-. El Sr. Pineda expuso en su postulación, que el Proyecto consiste en el desarrollo de una investigación en torno a la etnia Kawésqar, mediante la conservación y catalogación de archivos etnográficos realizados en Puerto Edén en 1971 y que pertenecen actualmente al Departamento de Antropología de la Universidad de Chile, acompañando al efecto una autorización de dicha Casa de Estudios, de la que además es colaborador en investigación.

Posteriormente, en agosto de año 2017 se realizó por el Sr. Pineda, una entrega a la Universidad de Magallanes, de 500 CD con el material resultante del Proyecto, y acto seguido, la Universidad entregó 480 ejemplares al Consejo de la Cultura, por medio de don José Tonko Paterito -académico de dicha Casa de Estudios- con el fin de distribuirlo entre las comunidades de pueblos originarios interesadas. De los ejemplares recibidos, 10 fueron entregados a la doña Leticia Caro Kogler, en su calidad de persona interesada y perteneciente al Pueblo Kawésqar, y 15 a la recurrente. Los restantes 455 CDS se encuentran en la Dirección Regional del Consejo, y su distribución se encuentra momentáneamente suspendida debido a que se solicitó al Sr. Pineda subsanar algunas observaciones administrativas de su Proyecto, entre las que se solicita clarificar su plan de distribución.

Señala que es efectivo que entre los archivos recopilados en el CD, se encuentran cantos y relatos realizados por doña Margarita Molinari Edén (Q.E.P.D.), grabados en el año 1971 por la antropóloga, doña María Ester Grebe (Q.E.P.D.), en el marco de una extensa entrevista, cuyo registro pertenece actualmente al Departamento de Antropología de la Universidad de Chile. Los cantos y relatos que se contienen en dicha compilación pertenecen a la cultura tradicional de la Comunidad Kawésqar, los que si bien se dan



a conocer a través de su voz, pertenecen al patrimonio cultural inmaterial de la comunidad en su conjunto, al formar parte de su conocimiento, saberes y costumbres ancestrales que se han transmitido de generación en generación.

Aclara que el Proyecto del Sr. Pineda no persigue un afán de lucro, sino más bien se plantea con fines académicos de investigación y difusión de la cultura ancestral del Pueblo Kawésqar, tanto entre los miembros y descendientes de dicha comunidad, así como entre instituciones de educación e investigación. Asimismo, no existe constancia de una supuesta intención de la Sra. Molinari de prohibir el uso del material obtenido, así como tampoco de su intención de heredar esas grabaciones de generación en generación, cosa que tampoco sería posible, pues el material grabado en 1971 quedó en manos de la antropóloga, en primer término, y de la Universidad de Chile más tarde.

Advierte que la recurrente no señala en su presentación la o las garantías constitucionales afectadas y la forma en que ello ocurriría, sin embargo, de su lectura, se entiende que probablemente se refiere al derecho de propiedad intelectual. Del mismo modo, se advierte que la recurrente parece atribuirse un derecho de propiedad sobre el patrimonio cultural inmaterial de su comunidad, lo que carece de sustento legal, atendido lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 24 letra a) de la Ley 17.336.

Afirma que las grabaciones contenidas en el registro que motiva la acción de la recurrente, dan cuenta de cantos y relatos ancestrales del Pueblo Kawésqar, que no son privativos de una persona o familia en particular, sino que pertenecen en su totalidad a esta comunidad. A este respecto, resulta aplicable la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, vigente en Chile y promulgada mediante el Decreto N° 11 de 2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores. En relación a la propiedad de este patrimonio cultural inmaterial, se ha sostenido que se trata de una propiedad colectiva, que pertenece a toda la comunidad, idea que se recoge en la Declaración de las



Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, del año 2008, en su artículo 31 N° 1.

Señala que con la clara intención de prevenir posibles conflictos con las comunidades, desde las convocatorias del año 2016 en adelante, el Servicio ha exigido en sus bases la presentación de una carta de autorización de la comunidad o cultor involucrado, en aquellas líneas que implican trabajo directo con los pueblos originarios. En la convocatoria para el año 2014, en la que postuló el Sr. Pineda, no se exigía esta carta, por lo que bastaba con la autorización del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile, quien es el propietario de las grabaciones donadas por la familia de la Sra. María Ester Grebe, y a raíz de dicha autorización es que surge una creación nueva e independiente, que le pertenece al Sr. Mauricio Pineda Pertier, en su calidad de responsable del proyecto que se encuentra en ejecución.

Estima que la petición formulada por la recurrente de hacer devolución de la totalidad de los CD a las familias directas de Margarita Molinari Edén, José López Paterito y Nora López Molinar, ella no es posible de ser cumplida ya que si bien los CD se encuentran en forma transitoria en poder del Consejo, en realidad no le pertenecen, tampoco a la recurrente y su familia, porque el dueño es el Sr. Mauricio Pineda Pertier, responsable del Proyecto. Respecto a la solicitud de que el Estado devuelva económicamente a la familia de los estudiados el monto total de lo adjudicado a la productora mediante instrumento público y fondos concursables, considerando que la familia ha presentado proyectos culturales para el rescate de la cultura Kawésqar, basado en la vida de Margarita Molinari (QEPD) y no han sido beneficiados, se debe señalar que las convocatorias de los fondos concursables se abren año a año, contemplando recursos limitados para su financiamiento, no siendo posible adjudicar dineros a todas las iniciativas presentadas; es efectivo que la recurrente ha postulado en años anteriores con Proyectos relacionados con la vida de la Sra. Margarita Molinari, sin



embargo, éstos no han cumplido con la totalidad de los requisitos de admisibilidad.

A su vez, evacuó informe don Blas Flores Águila, Encargado del Área de Pueblos Originarios del Consejo Nacional de Cultura y las Artes de la Región de Magallanes, quien manifiesta que con fecha 01 de agosto de 2017, en dependencias de la Universidad de Magallanes, don Mauricio Pineda Pertier entregó a don José Tonko ejemplares de CD "Kawésqar (1971)", producto del Proyecto "Conservación y Catalogación de Archivos Etnográficos Kawésqar" Fondart 2014. Luego, el día 08 de agosto, don José Tonko le hace entrega de 480 ejemplares de los recibidos, de éstos entregó 10 ejemplares a doña Leticia Caro Kogler, Presidenta de la Comunidad Kawésqar "Nómades del Mar" y 15 ejemplares a la recurrente. El día 10 de agosto, se recibió, vía email, solicitud de suspender la distribución del material, debido a que la familia de doña Margarita no habría sido consultada sobre la voluntad de distribuir este material, por lo que inmediatamente se suspendió la distribución del material, iniciando las consultas al Encargado de Fondos Concursables sobre las condiciones en que se ejecutó el Proyecto. Este informó que en la fecha en que fue adjudicado y en la línea en que postuló don Mauricio Pineda, no se exigía ningún documento de apoyo de comunidades indígenas, sólo tener la titularidad o autorización de quien posee la titularidad de propiedad intelectual, condición que se cumplió con certificado de la Universidad de Chile.

Por último, atendiendo el hecho de que sólo se entregó ejemplares a personas pertenecientes al pueblo Kawésqar no se ha vulnerado el derecho que como pueblo posee de acceder a estos registros.

También evacuó informe don Eugenio Aspillaga Fontaine, Académico del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile, expresando que respecto a los registros audiovisuales producto del trabajo académico de la Dra. Grebe y que contienen una gran cantidad de registros, de distintas regiones del país, se han realizado diversos proyectos



JBXRECLHPY

destinados a catalogar, conservar e investigar su contenido, así como para difundirlo, dentro de los cuales se encuentra el realizado por la Productora recurrida. Asimismo, ha sido política del Departamento de Antropología dar acceso a los investigadores calificados que lo requieran, siempre y cuando cuenten con un proyecto y/o institución que los avale y que suscriban los compromisos que correspondan al tipo de elemento de las colecciones patrimoniales que el Departamento preserva y que no interfieran con otras investigaciones en curso o que pongan en riesgo la integridad del patrimonio solicitado.

En cuanto a la propiedad de los registros en cuestión, estos corresponden principalmente a interpretaciones de cantos que constituyen un patrimonio inmaterial de todo el pueblo Kawésqar y que, dada la naturaleza del trabajo etnográfico realizado y como se puede desprender de las mismas grabaciones, sólo pudieron obtenerse con la expresa voluntad de la intérprete e informante de los registros realizados por la Dra. Grebe, los que fueron luego entregados al Departamento de Antropología por sus hijos. A lo anterior corresponde añadir que cuando la Dra. Grebe realizó los registros audiovisuales y escritos en cuestión, no era una práctica regular obtener un consentimiento informado por escrito, como es hoy obligatorio, ni tampoco existían las leyes que se aluden en los documentos adjuntados o referidos por la recurrente y sólo imperaba un principio de buena fe entre las partes y las exigencias éticas y metodológicas del tipo de investigación realizada por la investigadora.

Aclara que en relación al antropólogo Sr. Mauricio Pineda, éste es un ex alumno de la institución que ha colaborado en el rescate, preservación y difusión de registros de patrimonio audiovisual de distintas regiones y grupos humanos del país, mas no existe ninguna vinculación formal con la institución.

Concluye señalando que no está en sus manos hacer entrega de los registros solicitados, los que fueron formalmente ingresados a los registros institucionales, como



se puede apreciar en la Resolución Interna N° 19/2010, sancionada por Contraloría. Asimismo, se debe reiterar que los registros conservados y difundidos fueron generados en un trabajo de investigación en que las partes consintieron el uso de ellos, para su estudio, conservación y difusión ya que se tratan básicamente de un patrimonio intangible del pueblo Kawésqar interpretado por una de sus integrantes, no pudiendo ejercitarse un derecho de autor sobre éste en forma individual.

Finalmente, evacuando informe en representación de la Universidad de Chile, el abogado Luis Gajardo Guerrero, solicitó se rechace el recurso interpuesto, en los mismos términos expuestos en el informe del Departamento de Antropología de la Casa Superior de Estudios, agregando que en el o los actos reprochados como ilegales y/o arbitrarios no han tenido participación alguna. En efecto, dichos actos se habrían realizado en el marco del Proyecto "Conservación y Catalogación Archivos Etnográficos Kawésqar", llevado adelante por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, el mismo fue adjudicado y desarrollado por el antropólogo don Mauricio Pineda Pertier, sin que conforme los hechos expuestos por la recurrente pueda imputarse acción u omisión ilegal y/o arbitraria alguna a la institución.

Asimismo, a su juicio, teniendo presente lo expuesto por la propia recurrente, claramente se trata de una reivindicación relativa a la propiedad del material relativo al pueblo Kawésqar, en poder del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile, y donado por los hijos de la Dra. Grebe, y del material elaborado por el Sr. Pineda en el marco del Proyecto financiado por el Consejo de la Cultura y las Artes. Dicha reivindicación, está lejos de fundarse en un derecho claro e indubitado, por ende, al margen de la competencia para resolver en el marco de la acción cautelar; en efecto, atendida la naturaleza de la acción cautelar, resulta del todo improcedente las peticiones de la recurrente, medidas todas que sólo pueden ser adoptadas en el marco de un juicio controversial de lato conocimiento, y en



caso alguno en el marco de un procedimiento extraordinario como el propio de la presente acción.

En cuanto a las garantías constitucionales supuestamente conculcadas, la recurrida no señala garantía constitucional alguna al respecto. Sin perjuicio de ello, la Universidad de Chile no ha cometido acto u omisión alguno que de manera ilegal y/o arbitraria haya privado, perturbado o amenazado las garantías constitucionales de la recurrida y que son objeto de protección a través de la acción de protección. En cualquier caso, si la garantía constitucional invocada dice relación con la afectación del derecho de propiedad, se reitera que los archivos que obran en poder de la Universidad de Chile, que en su contenido forma parte del patrimonio intangible del Pueblo Kawescar, fue legítimamente adquirido por donación de los familiares de la Dra. Grebe. Sin perjuicio de lo anterior, atendidas las peticiones de la recurrente, claramente se trata de solicitudes propias de una acción de dominio impropias de la sede en que se tramita dicha solicitud y, a mayor abundamiento, la recurrente carece de legitimación activa para formular dichas peticiones, máxime si no posee poder alguno para representar a la familia Kawescar, desnaturalizando la acción de protección.

La recurrida Productora ETNOMEDIA Y CONSULTORA LIMITADA, no evacuó informe en tiempo y forma, por lo que atendido el tiempo transcurrido, se ordenó prescindir del mismo.

Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección ha sido instituido con el objeto de evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de actos u omisiones ilegales o arbitrarias que produzcan en el afectado una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales que se protegen con este arbitrio jurisdiccional, a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección al ofendido.

SEGUNDO: Que el hecho que la recurrente califica de arbitrario e ilegal lo hace consistir en la edición,



publicación y distribución de un CD, con cantos y relatos Kawésqar, sin consultar a las familias de la fallecida y emblemática mujer Margarita Molinari Edén, entregando la Productora 400 Cd a otro Kawésqar el Sr. José Tonko Paterito para que lo distribuya entre los miembros de la comunidad. Destacando que la antropóloga que efectuó la investigación en vida nunca hizo uso comercial ni de edición de los cantos y cuentos de sus mayores Kawésqar, ya que sus abuelos en vida le pidieron que sólo sea de uso educativo y que el legado se vaya transmitido de generación en generación.

TERCERO: Que informaron el recurso los recurridos, en los términos que se consigna en la parte expositiva de la presente sentencia.

CUARTO: Que como ya se dijo el recurso de protección es una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos claramente preexistentes y no discutidos, que se enumeran en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario e ilegal, que impida, moleste o amague ese ejercicio.

QUINTO: Que de la lectura del recurso y contenido de los informes de los recurridos se puede establecer que la recurrente no tiene un derecho indubitado, en primer término pues ni siquiera lo señala y entendiendo que lo sería el derecho de propiedad intelectual del material utilizado, éste se encuentra controvertido, puesto que los recurridos sostienen que se trata de un derecho de propiedad sobre el patrimonio cultural inmaterial que le pertenece a todo el Pueblo Kawésqar, no pudiendo ejercitarse un derecho de autor sobre éste en forma individual, y que a mayor abundamiento el mismo pertenece a la Universidad de Chile, la que lo adquirió por donación de los familiares de la Antropóloga Dra. Grebe, no acreditándose de otro lado que la recurrente tenga un poder para representar a la familia Kawésqar.

SEXTO: Que conforme a lo razonado precedentemente, atendida la naturaleza del recurso de protección, como



igualmente el procedimiento dispuesto para su tramitación, determinan que no es aquél la vía idónea para resolver una situación jurídica como la antes señalada, relativa a la propiedad del material correspondiente al Pueblo Kawésqar, como igualmente si la recurrente es o no titular de la misma, ni menos aún acerca de su naturaleza, dilucidando si es un derecho de propiedad sobre el patrimonio cultural inmaterial de la comunidad antes mencionada, no pudiendo, en consecuencia, ejercitarse un derecho de autor sobre éste en forma individual, sino que no existiendo a juicio de estos sentenciadores, en el asunto planteado un derecho indubitado, deberá recurrirse a la vía ordinaria que corresponda, en un procedimiento de lato conocimiento, en donde existe una etapa de discusión y prueba, en el que habrá de discutirse los aspectos antes señalados.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales de veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y dos y sus modificaciones, **SE RECHAZA** la acción constitucional deducida en estos autos por doña Margarita Vargas López, en contra de Productora Etnomedia y Consultora Limitada, contra el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes de Magallanes, representada por don Gonzalo Bascuñán Vargas; contra don Blas Flores Aguila, Encargado del Area de Pueblos Originarios del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes de la Región de Magallanes; contra de don Eugenio Aspillaga Fontaine, Académico del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile y en contra de la Universidad de Chile, representada por su Rector don Ennio Vivaldi Vejar.

Redacción de la Ministra Srta. San Martín.

Dese cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 14 del referido Auto Acordado.

Regístrese, comuníquese y archívese, si no se apelare.

Rol Protección N° 737-2017





JBXRECLHPY

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Punta Arenas integrada por los Ministros (as) Marcos Jorge Kusanovic A., Maria Isabel Beatriz San Martin M., Victor Stenger L. Punta arenas, trece de febrero de dos mil dieciocho.

En Punta arenas, a trece de febrero de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.