

Valoración de los daños al patrimonio cultural arqueológico: estudio de los casos español y chileno.

Valuation of damages to archaeological heritage: study of the Spanish and Chilean cases.

Fernanda Lathrop Valenzuela

Fecha de del Tribunal Fin de Máster: 15.06.2023-16.06.2023

Tutora: Ana Yáñez Vega

Palabras clave

Patrimonio arqueológico, valoración de bienes culturales, legislación cultural.

Keywords

Archaeological heritage, valuation of cultural goods, cultural legislation

Resumen

La valoración de los daños al patrimonio arqueológico se trata de una tarea compleja y de relevancia en la actualidad. Esta cuestión se relaciona directamente con la imposición de sanciones justas que permitan desincentivar las conductas ilícitas contra esta categoría del patrimonio cultural. Hace algunos años que se ha identificado la necesidad de hacer frente a esta problemática, la cual reviste varias complejidades, dentro de ellas, la dificultad de realizar mediciones objetivas en el campo del patrimonio cultural, donde predomina el valor cultural inmaterial de estos bienes, así como también complejidades propias de los bienes arqueológicos, como el hecho que se tratan de bienes de dominio público y que, en varias ocasiones, se desconoce sus características con anterioridad a los hechos que causaron su destrucción o menoscabo.

Con el paso de los años se han propuesto distintas alternativas para abordar esta situación, destacando la mención de que los bienes arqueológicos tienen un valor incalculable, sin embargo, esta respuesta ha mostrado ser insuficiente ya que habitualmente deriva en la imposición de sanciones bajas que no cumplen los objetivos preventivos y represivos que debieran cumplir. Por ello, al día de hoy existe un consenso relativamente generalizado sobre el deber de construir una metodología que permita la cuantificación de los daños sufridos por el patrimonio cultural arqueológico producto de conductas ilícitas.

Partiendo de este escenario, se plantea como objetivo general revisar los fundamentos, metodologías y aplicación práctica (principalmente recepción por parte de la jurisprudencia judicial y administrativa) en materia de valoración de los daños al patrimonio arqueológico, comparando el desarrollo de estos aspectos en España y en Chile. A su vez, se plantearon los siguientes objetivos específicos:

- Comprender la necesidad de contar con una metodología de valoración de los daños al patrimonio arqueológico para la procedencia de sanciones justas en este ámbito;
- Estudiar la fundamentación normativa de un método de valoración de los daños al patrimonio arqueológico en los dos ordenamientos jurídicos;
- Analizar la recepción de las propuestas en este ámbito por parte de los tribunales de justicia y órganos de la Administración del Estado con potestades sancionatorias;
- Comparar los ordenamientos jurídicos de los dos países para identificar puntos susceptibles de importación en relación con la valoración de los daños al patrimonio arqueológico; e
- Identificar aspectos pendientes de definición en España y Chile en esta materia y ofrecer reflexiones en torno a esos aspectos.

Respecto a la metodología utilizada, la investigación se basa en la revisión y análisis del ordenamiento jurídico, discusiones doctrinales y jurisprudencia judicial y administrativa de dos países, España y Chile. Por lo tanto, las fuentes consultadas corresponden a las normas (de rango constitucional, legal o reglamentario), las publicaciones académicas pertinentes y las sentencias judiciales y resoluciones administrativas. A partir de la documentación señalada, se plantea un análisis crítico y comparativo de la necesidad, fundamentación, propuestas y perspectivas en materia de metodologías de valoración de los daños al patrimonio arqueológico.

De la revisión y análisis del caso español, se destaca el hecho que la necesidad de contar con una metodología para la cuantificación de los daños al patrimonio arqueológico es un tema ya instalado en la doctrina y jurisprudencia española. Ha sido objeto de reflexiones doctrinarias, propuestas metodológicas, pronunciamientos judiciales y administrativos y ha incluido la participación de profesionales de diversas disciplinas. Sin perjuicio de ello, se plantea necesaria la reflexión en torno a la pertinencia de los conceptos que se incluyen en las diversas metodologías para la cuantificación de estos daños, especialmente, de los valores de mercado de los bienes arqueológicos y los costos de la intervención arqueológica necesarios para la determinación de las características y magnitud del daño. Los bienes arqueológicos son de dominio público para asegurar que cumplan con su función pública, que es la posibilidad de fruición colectiva. Al dañarse estos bienes, no es la Administración la que pierde la posibilidad de venta de los mismos sino que la sociedad la posibilidad de disfrutarlos. Por otro lado, el valor de los trabajos requeridos para la determinación de los daños ocasionados se asemeja más a la producción de prueba en un procedimiento administrativo o judicial que a la información científica en sí misma. El problema de la inclusión de estos conceptos es que se consideran como parte del daño y, por tanto, se le imputan al sancionado, aspectos que si bien tienen relevancia en el ordenamiento jurídico, no se

condicen con el bien jurídico tutelado y las finalidades de las sanciones. Ello, a su vez, puede acarrear problemas de fundamentación, motivación y proporcionalidad de las sanciones.

Respecto del análisis realizado para el caso chileno, de manera preliminar se observó la escasez de propuestas concretas y reflexiones doctrinarias en la materia. Sin embargo, se concluye pertinente la realización de un trabajo de construcción de una metodología para la valoración económica de los daños al patrimonio arqueológico, resultando una tarea con mayor utilidad de abordar para los contextos judiciales debido a la falta de facultades sancionatorias que tiene el órgano a cargo de la protección de los bienes culturales arqueológicos protegidos por el ordenamiento jurídico chileno. No obstante lo señalado, se identificó una propuesta metodológica planteada por la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) que destaca por la solidez de su fundamentación y análisis de pertinencia de los elementos considerados en la fórmula. Por otro lado, resulta lamentable el reducido ámbito de aplicación que ha tenido, el cual se relaciona con las competencias de la SMA, y se propone que un trabajo dirigido a precisar esta fórmula para el componente arqueológico a la vez de ampliar su ámbito de aplicación a procedimientos judiciales sería beneficioso para una mejor imposición de las sanciones monetarias por afectación a los Monumentos Arqueológicos.

Por lo tanto, fue posible observar que la problemática analizada en los dos países ha discurrido por caminos y a tiempos distintos, teniendo España un mayor avance en esta materia, sin que por ello pueda decirse que el trabajo está concluido. Para el caso de Chile, se trata de una tarea en etapa muy preliminar pero que cuenta con una herramienta bastante sólida para su estudio, la metodología propuesta por la SMA.

Al realizar la comparación de los aspectos centrales de los ordenamientos jurídicos de cada país, fue posible concluir que, si bien no se trata de ordenamientos jurídicos conmutables (sería en todo caso imposible que así fuera), en este campo, Chile y España corresponden a ordenamientos jurídicos comparables. Esto quiere decir que, considerando las prevenciones que se realizan en el trabajo, los análisis que se realicen en un país pueden ser de utilidad para las reflexiones que se planteen en el otro, lo cual abre un campo de posibilidades para explorar discusiones doctrinarias, propuestas planteadas y criterios jurisprudenciales asentados.

En esa línea, se plantea de gran utilidad recurrir a las reflexiones doctrinarias y metodologías españolas a fin de precisar la metodología propuesta por la SMA en Chile para el componente arqueológico. Estas se han planteado desde distintas perspectivas (tales como su concurrencia en el procedimiento penal y administrativo sancionador, la fundamentación de la tarea, algunos principios generales del derecho que deben ser considerados, la perspectiva económica en la cuantificación de valores intangibles, entre varios otros) y pueden orientar la reflexión para el caso de Chile en particular. A su vez, la metodología planteada por la SMA, así como sus fundamentos,

pueden aportar una mirada distinta y novedosa al trabajo que se está realizando en España para perfeccionar las propuestas metodológicas que se han planteado, permitiendo comparar los criterios que se toman en consideración para la determinación de las sanciones, concentrándose en un análisis detallado para la depuración de las propuestas existentes.

Finalmente, se releva que un aspecto que no ha sido abordado en profundidad en ninguno de los dos ordenamientos jurídicos es la de cuantificación del daño social que se produce al afectar el patrimonio arqueológico. Existe mayor claridad sobre la necesidad y forma de cuantificar el valor científico de estos bienes, lo cual es realmente complejo y sin duda tiene una dimensión social; sin embargo, la función social de este tipo de patrimonio no se limita al conocimiento científico: las posibilidades de fruición social son más amplias y ello debiera ser considerado en caso de su destrucción o menoscabo.

Short Version

The valuation of damages to archaeological heritage is a complex and relevant task nowadays. This issue is directly related to the imposition of fair sanctions to discourage unlawful conduct against this category of cultural heritage. For some years now, the need to address this problem has been identified, which involves several complexities, including the difficulty of making objective measurements in the field of cultural heritage, where the intangible cultural value of these assets predominates, as well as complexities inherent to archaeological goods, such as the fact that they are public property and that, on several occasions, their characteristics are unknown prior to the events that caused their destruction or damage.

Over the years, different alternatives have been proposed to address this situation, highlighting the fact that archaeological goods are of incalculable value. However, this response has proven to be insufficient since it usually results in the imposition of low penalties that do not meet the preventive and repressive objectives they should fulfill. For this reason, there is now a relatively general consensus on the need to develop a methodology that allows the quantification of the damage suffered by archaeological cultural heritage as a result of unlawful conduct.

Based on this scenario, the general objective of this research is to review the foundations, methodologies and practical application (mainly reception by the judicial and administrative jurisprudence) in the valuation of damage to archaeological heritage, comparing the development of these aspects in Spain and Chile. At the same time, the following specific objectives were proposed:

- To understand the need of a methodology in order to value damages to archaeological heritage to obtain fair penalties in this area;
- To study the normative basis of a method of valuation of damage to archaeological heritage in the two legal systems;
- To analyze the reception of the proposals in this area by the courts of justice and organs of the State Administration with sanctioning faculties;
- To compare the legal systems of the two countries in order to identify arguments or ideas that could be imported in relation to the valuation of damage to archaeological heritage; and
- To identify aspects pending definition in Spain and Chile in this area and to offer reflections on these aspects.

Regarding the methodology used, the research is based on the review and analysis of the legal system, doctrinal discussions and judicial and administrative jurisprudence of two countries, Spain and Chile. Therefore, the sources consulted correspond to norms (of constitutional, legal or regulatory rank), relevant academic publications, judicial sentences and administrative resolutions. Based on the aforementioned documentation, a critical and comparative analysis of the need, justification, proposals and perspectives in terms of methodologies for the valuation of damage to archaeological heritage is proposed.

The review and analysis of the Spanish case highlights the fact that the need for a methodology for the quantification of damage to archaeological heritage is an issue already established in Spanish doctrine and jurisprudence. It has been the subject of doctrinal reflections, methodological proposals, judicial and administrative pronouncements and has included the participation of professionals from various disciplines. Nevertheless, it is necessary to reflect on the pertinence of the concepts included in the various methodologies for the quantification of these damages, especially the market values of archaeological assets and the costs of archaeological intervention necessary to determine the characteristics and magnitude of the damage. Archaeological goods are in the public domain to ensure that they fulfill their public function, which is the possibility of collective enjoyment. When these assets are damaged, it is not the Administration that loses the possibility of selling them, but society loses the possibility of enjoying them. On the other hand, the value of the work required for the determination of the damage caused is more similar to the production of evidence in an administrative or judicial procedure than to the scientific information itself. The problem with the inclusion of these concepts is that they are considered as part of the damage and, therefore, are imputed to the sanctioned party, aspects that, although they have relevance in the legal system, are not consistent with the legal good protected and the purposes of the sanctions. This, in turn, may lead to problems of justification, motivation and proportionality of the sanctions.

Regarding the analysis carried out for the Chilean case, it was preliminarily observed the insufficiency of concrete proposals and doctrinal reflections on the subject. However, it is concluded that it is pertinent to carry out a work for the construction of a methodology for the economic valuation of damage to archaeological heritage, being a more useful task to address for judicial contexts due to the lack of sanctioning faculties of the authorities in charge of the protection of archaeological heritage protected by the Chilean legal system. Notwithstanding the above, a methodological proposal put forward by the Superintendencia of the Environment (SMA) was identified, that stands out for the robustness of its rationale and analysis of the pertinence of the elements considered in the formula. On the other hand, it is regrettable the reduced scope of application it has had, which is related to the competences of the SMA, therefore, it is proposed that a work aimed at specifying this formula for the archaeological component while expanding its scope of application to judicial proceedings would be beneficial for a better imposition of monetary penalties for damage to archaeological monuments.

Therefore, it was possible to observe that the problems analyzed in the two countries have followed different paths and within different timings, having Spain made greater progress in this area, although it cannot be said that the work has been completed. In the case of Chile, the work is at a very preliminary stage, but it has a very solid tool for its study, the methodology proposed by the SMA.

When comparing the central aspects of the legal systems of each country, it was possible to conclude that, although they are not commutable legal systems (it would be impossible in any case), in this field, Chile and Spain correspond to comparable legal systems. This means that, considering the precautions made in the work, the analyses carried out in one country may be useful for the reflections made in the other, which opens up a field of possibilities for exploring doctrinal discussions, proposals and established jurisprudential criteria.

Considering the above, it is very useful to resort to Spanish doctrinal reflections and methodologies in order to specify the methodology proposed by the SMA in Chile for the archaeological component. These have been raised from different perspectives (such as its concurrence in the criminal and administrative sanctioning procedure, the basis of the task, some general principles of law that must be considered, the economic perspective in the quantification of intangible values, among others) and can guide the reflection for the case of Chile in particular. In turn, the methodology proposed by the SMA, as well as its foundations, can provide a different and original approach to the work being done in Spain to improve the methodological proposals that have been put forward, allowing a comparison of the criteria taken into consideration for the determination of penalties, focusing on a detailed analysis for the refinement of existing proposals.

Finally, it is noted that one aspect that has not been addressed in depth in either of the two legal systems is the quantification of the social damage caused by affecting archaeological heritage. There is greater clarity on the need and way to quantify the scientific value of these assets, which is really complex and undoubtedly has a social dimension; however, the social function of this type of heritage is not limited to scientific knowledge: the possibilities of social enjoyment are wider and this should be considered in case of its destruction or damage.