

HALLAZGO DEL GALEÓN “SAN JOSÉ”: LOS ÚLTIMOS DE CARTAGENA*

THE DISCOVERY OF GALEÓN “SAN JOSE”: THE LAST OF CARTAGENA

*José Antonio de Yturriaga Barberán***

Resumen: Tras describir brevemente el naufragio del galeón español “*San José*” en 1708 y de su hallazgo en aguas de Colombia en 2015, el artículo expone la normativa internacional -Convención de Montego-Bay de 1962 sobre Derecho del Mar, Convención de París de 2001 sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático y Protocolos del Convenio de Barcelona de 1976 para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación- y nacional del PCS -de España, de Colombia y de otros Estados-, así como la jurisprudencia internacional en la materia -casos de los buques “*La Galga de Andalucía*”, “*Juno*”, “*N^a S^a de las Mercedes*” y “*Louisa*”-. Examina los argumentos jurídicos de España justificativos de sus derechos sobre el galeón en virtud de la inmunidad soberana de los buques de Estado hundidos y concluye acerca de la necesidad de colaboración entre España y Colombia para resolver las divergencias existentes entre los dos países en el asunto.

Palabras-clave: Patrimonio cultural subacuático - Buques de Estado - Inmunidad soberana - “*San José*” - España - Colombia.

Abstract: After briefly describing the wreckage of the Spanish galleon “*San José*” in 1708 and its finding in Colombian waters in 2015, the article deals with the international rules -the 1982 Montego-Bay Convention on the Law of the Sea, the 2001 Paris Convention on Underwater Cultural Heritage and the Protocols to the 1976 Barcelona Convention on the Protection of the Mediterranean Sea from Pollution- and the national regulations of the UCH -in Spain, Colombia and other countries-, as well as the international jurisprudence -in the cases of the vessels “*LaGalga de Andalucía*”, “*Juno*”, “*N^a S^a de las Mercedes*” and “*Louisa*”-. It examines Spain’s legal arguments to justify her rights over de galleon because of the sovereign immunity of the sunken State vessels and underlines the need of cooperation between Spain and Colombia in order to solve the divergent views of the two countries on the matter.

*Trabajo recibido el 4 de marzo de 2016 y aprobado para su publicación el 28 del mismo mes y año.

**Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Jurista, Embajador de España, ingresado en la Carrera Diplomática en 1965. Tuvo relevantes destinos en distintos países, como también en organizaciones y organismos internacionales, entre ellos, Embajador en Misión Especial para el Derecho del Mar.

Keywords: Underwater cultural heritage - State vessels - Sovereign immunity - "San José" - Spain - Colombia.

Sumario: I. Historia del galeón "San José".- II. Normativa internacional del PCS: 1) Antecedentes; 2) Convención de Montego-Bay de 1982 sobre Derecho del Mar; 3) Convención de París de 2001 sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático; 4) Protocolos del Convenio de Barcelona de 1976 para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación.- III. Normativa nacional de PCS: 1) Normativa de España; 2) Normativa de Colombia; 3) Práctica de otros Estados.- IV. Jurisprudencia internacional: 1) Casos de las fragatas "La Galga de Andalucía" y "Juno"; 2) Caso de la fragata "N^a S^a de las Mercedes"; 3) Caso de la motonave "Louisa".- V. Divergencias entre España y Colombia sobre el rescate del galeón "San José": 1) Argumentos jurídicos 2) Necesidad de colaboración entre España y Colombia.

I. Historia del galeón "San José"

El pasado 3 de diciembre, el Presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos, publicó un "twitter" en el que decía: "¡Gran noticia. Encontramos al galeón *San José*!". Al día siguiente, informó en rueda de prensa sobre el hallazgo el 27 de noviembre por el buque de la Armada colombiana "Malpelo" de la nave española "San José". Santos manifestó que se sentía muy complacido de informar a los colombianos que, sin ningún tipo de duda, habían encontrado 307 años después de su hundimiento al galeón español "San José", que se encuentra en las inmediaciones de la costa del Caribe en un lugar de las aguas colombiana nunca antes referenciado por estudios previos y que constituye uno de los yacimientos más importantes en la historia de la arqueología del patrimonio sumergido. No aportó ningún dato al respecto por tratarse de "un asunto de Estado" que estaba bajo reserva de ley, pero afirmó que el patrimonio hallado -que podría alcanzar los 10 millones de dólares- era de todos los colombianos. El Director del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICAH), Ernesto Montenegro, señaló que estaba seguro de la españolidad del navío por los cañones de bronce con las tallas de delfines característicos de su Armada (1).

Las autoridades españolas reaccionaron de inmediato. El Ministro de Asuntos Exteriores, José Manuel García-Margallo, comentó que se trataba de un buque de Estado que era propiedad del Estado del pabellón, España. El Secretario de Estado de Cultura, José María Lasalle, señaló que el Gobierno español iba a solicitar información al colombiano y estaba estudiando qué acciones se podían realizar en defensa de lo que estimaba formar parte de su patrimonio cultural subacuático. También reaccionó la empresa norteamericana caza-tesoros "Sea Search Armada" (SSA), que ha reclamado el 50% del valor del contenido del galeón, ya que afirma que descubrió la ubicación del pecio en 1981. Ha habido incluso quienes, desde Perú, han presentado reclamaciones sobre el botín alegando que las monedas de oro y plata que contenía el buque habían sido acuñadas en la ceca de Lima (2).

(1) Noticias de Radio Caracol, de 4 de diciembre de 2015. www.noticiascaracol.com

(2) "ABC" y "El Mundo", de 4 de diciembre de 2015.

El navío “*San José*” y su gemelo el “*San Joaquín*”, contruidos en Aguinaga (Guipúzcoa) en 1698, fueron los dos últimos galeones de la Flota de Tierra Firme, que estaban destinados a proteger las provincias ultramarinas españolas y a escoltar hasta la metrópoli los buques que transportaban los tesoros de la América Hispana, acosados por los corsarios y piratas ingleses u holandeses. A causa del conflicto de la Guerra de Sucesión tras la muerte de Carlos II, no pudieron trasladarse a su base en Cartagena de Indias hasta 1706, bajo el mando respectivo del General José Fernández de Santillán, Conde de Casa Alegre, y del Almirante Miguel Agustín de Villanueva. Tenían un arqueo de 1.200 Tms, estaban dotados de 64 cañones y eran de gran tamaño para permitir el transporte de tropas, pasajeros y mercancías, por lo que no gozaban de suficiente maniobrabilidad. En mayo de 1708, la flota española -integrada por 12 mercantes escoltados por los dos galeones, el mercante artillado “*Santa Cruz*” (44 cañones), la urca “*Nª Sª de la Concepción*” y las fragatas francesas “*Le Mieta*” y “*Saint Esprit*” - zarpó de Panamá con destino a Cartagena de Indias. En las proximidades de la península de Banú y de la Isla del Rosario, a 30 millas de su destino, fue interceptada por la flota inglesa mandada por el Comodoro Charles Wager, que estaba compuesta por los navíos “*Expedition*” (74 cañones), “*Kingston*” (60 cañones) y “*Portland*” (50 cañones), y el brulote “*Vulture*”. En el curso del combate, iniciado el 8 de junio, se produjo una gran explosión en el “*San José*”, que provocó su inmediato hundimiento y la muerte de 589 de las 600 personas que iban a bordo. La batalla de Banú fue un desastre para los dos contendientes. La flota española perdió tres de sus buques -el “*San Joaquín*” logró escapar y transferir su preciada carga al navío francés “*Saint-Michel*”, aunque sería hundido poco después- y la inglesa -amén de la inmovilización de su buque insignia “*Expedition*” que quedó seriamente dañado- no logró hacerse con los tesoros que transportaban los dos galeones. Estos episodios supusieron el final de los mastodónticos galeones españoles, que difícilmente podían hacer frente a los navíos ingleses, más veloces y ágiles, y mejor armados, tanto en número de cañones como en calibre. La actuación de la flota inglesa, al amparo de una guerra civil de sucesión en la que Inglaterra apoyaba al bando del Archiduque Carlos de Austria, era una muestra de su cínica actitud, pues aprovechó la ocasión para conquistar y mantener para sí Gibraltar y Menorca, mermar la fortaleza de la Armada española y lucrarse con los tesoros que transportaba o escoltaba (3).

II. Normativa internacional del patrimonio cultural subacuático (4)

1. Antecedentes

El primer instrumento internacional que se conoce sobre protección del Patrimonio Cultural Subacuático (PCS) es la Recomendación de la UNESCO de Nueva Delhi de 1956,

(3) GÓMEZ, Santiago. *El galeón San José y la batalla de Banú*, en Internet. Véanse BENDECK, Jorge. “*El galeón perdido: ¿Dónde está el San José?*”, Egas, Bogotá, 2003; BOU, Valentín. *Na flota imperial española y su protección como patrimonio cultural subacuático*, Mínima, Valencia, 2005.

(4) Ver, entre otros, MIGLIARINO, L. *Il recupero degli oggetti storici ed archeologici nel diritto internazionale*, Giuffrè. Milán, 1984; STRATI, A. *The Protection of Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of the Sea*, Nijhoff, La Haya, 1995; PAONE, Pascuale (ed.). *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili*, Nápoles, 1998; DROOMGOOLE, S. *Legal Protection of the Underwater Cultural Heritage*, Kluwer, La Haya, 1999; CAMARDA, G. SCOVAZZI, T. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Legal Aspects*, Giuffrè,

que definió los principios internacionales a aplicar en las excavaciones arqueológicas -terrestres o marítimas-, que deberían adaptarse a las legislaciones nacionales y a la cooperación internacional (5).

La cuestión de la protección del PCS se planteó en 1978 en el Consejo de Europa, cuya Asamblea Parlamentaria adoptó una recomendación que constituyó un Grupo de Expertos para que elaborara un proyecto de Convención sobre la materia y sugirió la idea de crear una zona de protección cultural marina que podría llegar hasta las 200 millas (6). El Grupo redactó en 1985 un Proyecto de Convención bien elaborado, que, sin embargo, no llegó a ser examinado en una conferencia diplomática por las discrepancias que se produjeron, especialmente en relación con su ámbito espacial de aplicación (7).

La cuestión fue asimismo tratada en la fase preparatoria de la III Conferencia de la ONU sobre Derecho del Mar, y la Comisión de Fondos Marinos incluyó en el programa de la Conferencia el tema de "*Tesoros arqueológicos e históricos de los fondos marinos fuera de la jurisdicción nacional*" (8). Su examen fue encomendado a la I Comisión, que se ocupaba de los Fondos Marinos. Grecia presentó en 1972 un documento de trabajo sobre el tema (9) y, un año más tarde, un proyecto de artículos, que se unió a otro que había sido presentado por Turquía (10).

Milán, 2002; GONZÁLEZ VARAS, I. *Conservación de bienes culturales: Teoría, historia, principios y normas*, Ediciones Cátedra. Madrid, 2003; GARABELLO, R. - SCOVAZZI, T. (Dir.) *The Protection of the Underwater Cultural Heritage. Before and After the 2001 UNESCO Convention*, Nijhoff, Leyden/Boston, 2003; JUSTE, José. "La protección internacional de los hallazgos marítimos de interés histórico-cultural", *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. 20, 2003; AZNAR, Mariano. *La protección del Patrimonio Cultural Subacuático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; SCOVAZZI, Tullio (Dir.). *La protezione dei patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, Giuffrè, Milán, 2004; CARRERA, F.J. *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Universidad de Salamanca, 2005; RUIZ MANTECA, R. *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de Derecho Internacional Público y Privado*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2012.

(5) PARRA, Carmen. "The Protection of Underwater Cultural Heritage from the International Law Perspective", en FERNÁNDEZ, Pablo Antonio (Dir.) *New Approaches to the Law of the Sea. Libro en honor de José Antonio de YTURRIAGA* (a publicar), Sevilla, 2016.

(6) Consejo de Europa. "Recommendation 848 de l'Assemblée Parlementaire, de 4 de octubre de 1978, relative au patrimoine culturel subaquatique". Véase el Informe del Relator John ROPER sobre "*Le Patrimoine Culturel Subaquatique*", Doc. 4200, Estrasburgo, 1978.

(7) Consejo de Europa. "*Projet de Convention sur le Patrimoine Culturel Subaquatique*", Doc. CAHAQ (85) 5, de 25 de abril de 1985. Véanse LEANZA, Humberto. "La zona archeologica marina e la protezioni dei beni culturali subacquei", en PAONE, Pascuale (Dir.). *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili*, Nápoles, 1998; MAINETTI, Vittorio. "La protection du patrimoine culturel subaquatique de la Mer Méditerranée. Analyse des instruments régionaux applicables", en JUSTE, J. - BOU, V. *Derecho del Mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

(8) Tema 23 de la "Lista de Temas y Cuestiones relacionadas con el Derecho del Mar". En YTURRIAGA, José Antonio de. *La actual revisión del Derecho del Mar: una perspectiva española. Textos y Documentos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, volumen II (2), p. 359.

(9) Documento sobre tesoros arqueológicos e históricos de los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional. Doc.A/AC.138/SC.I/L.16, de 2 de agosto de 1972.

(10) Doc.A/AC.138/SC.I/L.25 y L.21, de 14 de agosto y 28 de marzo de 1973, respectivamente.

2. Convención de Montego-Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar

El Presidente de la Comisión I, Paul Engo, incluyó en el Texto Único Oficial para Fines de Negociación un artículo sobre los objetos arqueológicos e históricos hallados en los fondos marinos, que encomendaba a la Autoridad Internacional que los conservara en beneficio de toda la Humanidad y reconocía “los derechos preferentes del Estado o del país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico” (11). En el Texto Único Revisado para Fines de Negociación se simplificó el contenido de este artículo y se suprimió la referencia a las funciones atribuidas a la Autoridad (12). La Conferencia prestó escasa atención a la cuestión de la protección de los restos submarinos. Cabo Verde, Grecia, Italia, Malta, Portugal, Túnez y Yugoslavia propusieron que se reconociera al Estado ribereño derechos soberanos sobre los objetos arqueológicos o históricos hallados en su Plataforma Continental (13), pero la propuesta no fue aceptada.

La Convención de Montego-Bay de 1982 (CNUDM) contiene, por tanto, un artículo conforme al cual todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la Zona serán conservados, o se dispondrá de ellos, en beneficio de toda la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o del país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico o arqueológico” (14). Según Mariano Aznar, los objetos hallados no son patrimonio común de la humanidad -como en su día propusieron Grecia y Turquía-, sino que deben ser conservados y utilizados en beneficio de la humanidad (15). Esta disposición específica que afecta a uno de los espacios marítimos donde hay menos posibilidades de que se encuentren objetos de este tipo- resulta innecesario dado que la Convención contiene una disposición de carácter general que establece la obligación de todos los Estados de proteger los citados objetos “hallados en el mar” y de cooperar a tal efecto (16). Este artículo contiene sendas cláusulas de salvaguardia para preservar los “derechos de los propietarios identificables”, las

(11) Artículo 19 de la Parte I del TUOFN. Doc.A/CONF.62/WP.8/Rev.1, de 6 de mayo de 1975. Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (DOTCNUDM). Nueva York, 1975, volumen IV, p. 147.

(12) Artículo 19 de la Parte I del TURFN. Doc.A/CONF.62/WP.8/Rev.1. DOCTNUDM. Nueva York, 1976. vol. V, p. 142.

(13) Propuesta de nuevo artículo 77-5 del Texto Íntegro Oficioso para Fines de Negociación (TIOFN). Doc.C.2/Informal Meeting.43/rev. 2 y 3, de 16 de agosto de 1979 y 27 de marzo de 1980.

(14) Artículo 149 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Montego-Bay, 10 de diciembre de 1982. ONU. *El Derecho del Mar: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, Nueva York, 1984.

(15) AZNAR, Mariano. “La protection du patrimoine culturel subaquatique dans la Méditerranée”, en FARAMIÑÁN, Juan Manuel de - GUTIÉRREZ del CASTILLO, Víctor. *Coopération, sécurité et développement durable dans les mers et les océans: Une référence spéciale à la Méditerranée*, Jaén, 2013, p.45. Véase asimismo AZNAR, Mariano. “The Contiguous Zones as an Archeological Maritime Zone”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29, 2014.

(16) YTURRIAGA, José Antonio de. “La protección del patrimonio cultural subacuático”, en JUSTE, José - BOU, Valentín (Dir.) *Derecho del Mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 89.

disposiciones sobre salvamento marítimo y las normas y prácticas sobre intercambios culturales, así como “otros acuerdos internacionales y demás normas de Derecho Internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico” (17). Ello implica que acuerdos específicos en la materia, como la Convención de París de 2001 sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (CPPCS), prevalecerán sobre la CNUDM en caso de conflicto. Este artículo 303 se aplica a todos los espacios marítimos, incluidos los sometidos a jurisdicción nacional, dado que está ubicado en la Parte XVI de la CNUDM relativa a las disposiciones generales (18).

Otro tema relacionado con los restos sumergidos que abordó -de forma superficial y no enteramente satisfactoria- la Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar fue el de los buques y las aeronaves de Estado hundidos, que suelen contener entre sus cuadernas objetos históricos y culturales. La URSS propuso en 1978 que este tipo de artefactos hundidos más allá del mar territorial de un Estado ribereño, así como sus equipos y cargamento, sólo pudieran ser recuperados por el Estado del pabellón (19). Varios Estados socialistas propusieron posteriormente que los buques y aeronaves de Estado hallados fuera del mar territorial sólo pudieran ser rescatados por el Estado del pabellón, dado que conservaban su inmunidad de jurisdicción (20). Vietnam, a su vez, presentó enmiendas a estas propuestas para establecer la prioridad del Estado del pabellón para la recuperación de los pecios hundidos en la Zona Económica Exclusiva (ZEE) de un tercer Estado y para el reflotamiento y remoción de los mismos (21). Yemen Democrático hizo una propuesta similar a las de los Estados socialistas (22), pero la Conferencia no aceptó ninguna de ellas y la Convención dejó el tema sin resolver (23). Tan sólo incluyó una cláusula de salvaguardia, conforme a la cual ninguna de sus disposiciones afectaría “a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales” (24).

3. Convención de París de 2001 sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático

Para colmar las lagunas dejadas por la CNUDM, que permitieron la acción depredadora de las empresas caza-tesoros, en 2001 se celebró en París, bajo los auspicios de la UNESCO, una Conferencia que adoptó la CPPCS, que supuso un compromiso entre las tesis de quienes pretendían que se reconociese la competencia del Estado ribereño en los espacios

(17) Párrafos 1, 3 y 4 del artículo 303 de la CNUDM.

(18) PARRA. Op. cit. en la nota 7.

(19) Propuesta de nuevo artículo 98-3 del TIOFN. Doc.C.2/Informal Meeting/39/rev-1, de 1 de septiembre de 1978.

(20) Propuestas de Bielorrusia, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, RDA Ucrania y la URSS. Doc.C.2/Informal Meeting/44 y 50, de 16 de agosto de 1979 y 14 de marzo de 1980.

(21) Doc.C.2/Informal Meeting/52 y 53, de 19 de marzo de 1980.

(22) Doc.C.2/Informal Meeting/57, de 20 de marzo de 1980.

(23) YTURRIAGA, José Antonio de. *Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1996, pp. 322-323.

(24) Artículo 32 de la CNUDM.

bajo su jurisdicción y la de los que defendían el monopolio del Estado del pabellón sobre los objetos hallados fuera de las aguas interiores o del mar territorial. La Convención tiene por objeto garantizar y fortalecer la protección del PCS y su preservación en beneficio de la humanidad, a cuyos efectos los Estados Partes se comprometen a adoptar -de conformidad con la Convención y con el Derecho Internacional- las medidas adecuadas para la protección del PCS, utilizando los medios más idóneos de que disponga en función de sus capacidades (25). La Convención reafirma así, de manera general, el deber de todos los Estados establecido en la CNUDM de proteger el PCS, si bien matiza y limita, en cierta medida, el cumplimiento de dicha obligación al supeditarla a las capacidades de que cada Estado disponga (26). Por PCS se entiende “todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico que hayan estado bajo el agua, total o parcialmente, de forma periódica o continua, durante cien años”. La definición incluye “los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico natural”, “los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido” y “los objetos de carácter prehistórico” (27).

La CPPCS establece unos principios generales básicos e incluye en un Anexo normas específicas de carácter técnico para lograr esa protección. Entre ellos destaca que dicho patrimonio no podrá ser objeto de explotación comercial, ni de operaciones de venta, compra o trueque, y descarta la especulación, las transacciones o la dispersión de los restos de valor histórico, arqueológico o cultural. La Convención da prioridad a la conservación “*in situ*” del PCS, por lo que las actividades a ella dirigidas sólo serán autorizadas “si se realizan de manera compatible con su protección” y cuando “constituyan una contribución significativa a la protección, el conocimiento o el realce de ese patrimonio (28). Antes de que se realice cualquier actividad dirigida al PCS, sus promotores deberán elaborar el correspondiente proyecto y obtener la autorización de las autoridades competentes del Estado ribereño cuando se trate de actividades relacionadas con el PCS en las zonas bajo su soberanía. Dicho Estado actuará como coordinador de las consultas pertinentes y concederá las autorizaciones correspondientes en las zonas bajo su jurisdicción: ZEE y plataforma continental (29). La Convención excluyó paradójicamente de su ámbito las aguas interiores, que son donde más PCS cabe encontrar. Todos los Estados deben cooperar en la protección del dicho patrimonio y, a tales efectos, la Convención incluye disposiciones en materia de cooperación, información y formación en tecnología subacuática (30).

(25) Párrafos 1, 3 y 4 del artículo 2 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. París, 2 de noviembre de 2001 BOE nº 55, de 5 de marzo de 2009.

(26) YTURRIAGA, José Antonio de. “Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático”, en DRNAS/LERNER (Ed.). *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, 2002, p. 455.

(27) Párrafo 1-a) del artículo 1 de la CPPCS.

(28) Párrafos 7 y 5 del artículo 2 de la CPPCS.

(29) Párrafo 1 del artículo y párrafos 3 y 5 del artículo 10 de la CPPCS.

(30) Artículos 2-2, 19 y 21 de la CPPCS. Véase DROOMGOLE, A. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage. National Perspective in the Light of the UNESCO Convention 2001*, Nithoff, Leyden,

Asimismo se planteó la cuestión de los buques de Estado, que fueron incluidos en el ámbito de la Convención pese a la oposición inicial del G-77, aunque quedó abierta la cuestión de si estos buques gozaban de inmunidad de jurisdicción, como mantenían Estados como España, Alemania, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Japón, Rusia o Suecia. La CPPCS estableció que nada de lo dispuesto en ella podría ser interpretado en el sentido de modificar las normas del Derecho Internacional y las prácticas de los Estados relativas a la inmunidad soberana o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de sus buques de Estado. Por tales entiende la Convención, los buques de guerra y otros navíos pertenecientes a un Estado o por él utilizados, que, en el momento del hundimiento, fueran usados únicamente para un servicio público no comercial, que sean identificados como tales y que correspondan a la definición de PCS (31). Esta cláusula de salvaguardia deja a salvo las tesis de los Estados acerca de los derechos sobre sus buques de Estado hundidos, que no siempre son coincidentes en su interpretación del Derecho Internacional aplicable al caso (32). Como ha observado Mariano Aznar, la CPPCS no cambia en modo alguno el estatuto jurídico de los buques de Estado hundidos y sólo añade nuevos estándares de protección cuando tales buques sean catalogados como PCS (33).

Incluso en los espacios marítimos bajo su soberanía, el Estado ribereño deberá informar al Estado del pabellón y -si procede- a los Estados que tengan un “vínculo verificable” con los pecios hallados de los buques de Estado que sean identificables, “con miras a cooperar sobre los mejores métodos de protección” de tales buques (34). Se trata del deber moral, no imperativo, impuesto con el objetivo de proteger al buque hallado, que abre el camino a la cooperación de buena fe entre los Estados interesados (35).

La Convención ha supuesto un importante paso adelante en la protección del PCS frente a los actos de saqueo de las empresas caza-tesoros, amparadas en la ausencia hasta entonces de una adecuada normativa internacional. Pese a sus insuficiencias, ha colmada en buena medida las lagunas existentes y puesto orden en una situación un tanto caótica. Ha recibido amplio apoyo de los miembros de la Comunidad internacional, que han aceptado los principios generales en ella contenidos y las normas técnicas del Anexo. La UE ha instado a sus Estados miembros a que sean Partes en la Convención (36). A

2006; BOU, Valentín. “La Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático”, *COLEX*, 2009.

(31) Artículos 2-8 y 1-8 de la CPPCS.

(32) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 28, p. 463.

(33) AZNAR, Mariano. “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 25, 2010, p. 231.

(34) Artículo 7-3 de la CPPCS.

(35) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 16, p. 98. Véanse AZNAR, Mariano. “Legal Status of Sunken Warships Revisited”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 9, 2003; SCOVAZZI, Tullio. “Les épaves des navires d’Etat”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 52, 2006.

(36) *Hacia una futura política marítima de la UE: Una visión europea de los océanos y de los mares*, Doc.COM (2006) 275, de 7 de junio de 2006, vol. II, p. 48.

finales de 2015 eran Partes en ella 48 Estados, incluidos algunos ibero-americanos como Argentina, Ecuador, Méjico o Panamá, aunque no Colombia.

4. Protocolos del Convenio de Barcelona de 1976 para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación

En el ámbito de los mares regionales, cabe mencionar algunos de los Protocolos del Convenio de Barcelona de 1976 para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación. Así, entre las medidas que el Protocolo de 1982 relativo a las zonas especialmente protegidas permite adoptar al Estado ribereño, figuran la de reglamentar cualquier actividad arqueológica y la extracción de cualquier objeto que pueda ser considerado como un bien arqueológico, y la de regular el comercio, la importación y la exportación de objetos arqueológicos procedentes de zonas protegidas y sujetos a medidas de protección (37).

El Protocolo de 2008 relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo prevé que los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para preservar el patrimonio cultural -en especial el patrimonio arqueológico e histórico- de las zonas costeras, “incluido el patrimonio cultural submarino”, de conformidad con los instrumentos nacionales e internacionales pertinentes. Las Partes garantizarán que la conservación “*in situ*” sea considerada la acción prioritaria antes de proceder a ninguna intervención sobre ese patrimonio, y velarán por que el extraído del medio marino se conserve y administre de manera que se garantice su conservación a largo plazo y que “no sea objeto de operaciones de canje, venta, compra o trueque como objetos de carácter comercial” (38).

En 2003, el Gobierno italiano presentó un proyecto de Acuerdo para la protección del PCS en el Mediterráneo, pero los Estados ribereños no han demostrado hasta ahora excesivo interés al respecto y el proyecto no ha sido remitido a ningún grupo de expertos o conferencia de carácter regional. En él se establecía que el Estado que haya encontrado en aguas bajo su soberanía los restos de un buque de Estado deberá informar de ello al Estado del pabellón, y su extracción se haría únicamente con la colaboración de dicho Estado, salvo que el buque hubiera sido abandonado (39).

III. Normativa nacional del PCS

1. Normativa de España

Según la Constitución, los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España. El Estado tiene competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio, “sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”, quienes podrán asumir

(37) Apartados i) y j) del artículo 7 del Protocolo relativo a las zonas especialmente protegidas. Ginebra, 13 de abril de 1982. En *BOE* nº 9, de 11 de enero de 1988.

(38) Artículo 13 del Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo. Madrid, 21 de enero de 2008. En *BOE* nº 70, de 23 de marzo de 2011.

(39) Artículo 4 del proyecto del Gobierno italiano de Acuerdo para la protección del PCS en el Mar Mediterráneo, de 15 de abril de 2003. Véase SCOVAZZI, Tullio. “L’approche regional à la protection du patrimoine commun sousmarin”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 55, 2009.

competencias sobre él (40). El problema es que el Estado ha delegado la mayor parte de sus competencias en la materia, lo que ha provocado conflictos entre el Gobierno central y las Comunidades, de éstas entre sí y de los distintos Departamentos de la Administración Central: Cultura, Defensa, Asuntos Exteriores, Fomento o Agricultura y Medio Ambiente. Las distintas Administraciones deberían esforzarse por solucionar esta falta de coordinación, que se puso claramente de manifiesto en el caso de la nave “*Nª Sa de las Mercedes*”. El Gobierno zanjó la cuestión del conflicto de competencias al señalar que, aunque correspondía a la Junta de Andalucía la competencia de otorgar autorización para realizar prospecciones y excavaciones en las aguas andaluzas, concurrían “circunstancias extraordinarias que determinan la aplicación prevalente al presente supuesto del título competencial exclusivo del Estado en materia de relaciones internacionales, lo que justifica la atribución de competencia al Estado para el otorgamiento de dicha autorización” (41).

España adoptó en 1985 una Ley sobre Patrimonio Histórico, conforme a la cual, forman parte del mismo los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica -hayan sido o no extraídos- que se encuentren en el mar territorial o en la plataforma continental de España. Cualquier excavación o prospección arqueológica requerirá la expresa autorización de la Administración competente, que -mediante los procedimientos de inspección y control idóneos- deberá comprobar que los trabajos estén planteados y sean desarrollados conforme a un programa detallado y coherente, que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, a la profesionalidad y al nivel científico (42).

España apoyó desde 1994 la elaboración de un instrumento internacional que unificara los métodos de gestión del PCS y la eventual creación a estos efectos de una “zona de protección” de unas 100 millas en las aguas adyacentes a las áreas de soberanía nacional (43). En consecuencia, participó activamente en los trabajos preparatorios de la UNESCO para la Conferencia sobre el PCS, cuya delegación tuvo el honor de presidir. España es parte en la CPPCS, así como en la CNUDM y en los Protocolos del Convenio de Barcelona de 1982 y de 2008.

Según la Ley de Navegación Marítima de 2014 (LNM), las operaciones de exploración, rastreo y localización de buques y bienes naufragados o hundidos en las aguas interiores o el mar territorial españoles requerirán la previa autorización de la Armada. La regulación y autorización dirigidas al PCS en la zona contigua, en la ZEE y en la plataforma continental se regirán de acuerdo con lo previsto en la Convención de París de 2001 y demás tratados en los que España sea parte, así como en la legislación espe-

(40) Artículo 46 de la Constitución Española de 1978.

(41) Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de septiembre de 2001. Ver AZNAR, Mariano. “Patrimonio Cultural Subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales: Los casos de la *Mercedes* y del *Louisa*”, *A.F.D.U.A.M.*, vol. 19, 2015, p. 71.

(42) Artículos 40-1 y 42-1 de la Ley 13/85, de 25 de junio de 1985, sobre Patrimonio Histórico. En *BOE* nº 55, de 29 de junio de 1985.

(43) PIETRI, Davide de. “La Zona Contigua en el Mediterráneo: La revalorización de un espacio olvidado y la necesidad de protección del patrimonio cultural subacuático”, en JUSTE/BOU. “*Derecho Del Mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 132.

cífica. En todo caso precisará autorización administrativa la extracción de los objetos arqueológicos o históricos situados en el fondo marino de la zona contigua (44). La ley no menciona explícitamente las competencias del Estado en lo relativo al PCS situado en sus aguas interiores o su mar territorial, por lo que cabe deducir que éstas serán plenas, dada la soberanía que ejerce en dichos espacios marítimos. La ley incluye disposiciones específicas sobre los buques de Estado, tanto nacionales como extranjeros, a los que reconoce inmunidad, por lo que sólo quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado del pabellón (45). Los buques de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y sus equipos y carga, “cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren”, se consideran bienes de dominio público estatal y son, por tanto, “inalienables, imprescriptibles e inembargables, y gozan de inmunidad de jurisdicción”. Las operaciones para su exploración, rastreo, localización y extracción requerirán autorización de la Armada, que ostenta competencias plenas para su protección, “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico y cultural, en su caso”. Las normas de salvamento marítimo no son de aplicación al PCS, que se rige por su normativa específica (46). La LNM reconoce un régimen similar a los buques de guerra extranjeros, pero no a los buques de Estado, lo que resulta absurdo. Los restos de aquellos buques hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad, por lo que las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre las autoridades competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio español de Defensa. Tales operaciones quedarán sujetas, en su caso, a la CPPCS. Salvo que el Estado del pabellón lo consienta, los buques de Estado extranjeros -aquí se vuelve a ampliar el supuesto- quedarán excluidos de la aplicación de las normas de salvamento, cuando en el momento en que se efectuara la ayuda gozaran de inmunidad soberana de conformidad con los principios generalmente reconocidos en el Derecho Internacional. El Estado español tiene derecho a adquirir la propiedad de los buques y bienes que se encuentren en sus aguas interiores o en su mar territorial tres años después de su hundimiento, excepto si se tratara de buques de Estado (47).

La Estrategia de Seguridad Marítima Nacional incluyó entre los riesgos y amenazas que el Gobierno tenía que afrontar los actos contra el PCS, y propuso la acción concertada de los distintos órganos de la Administración competentes a fin de prevenir daños y evitar actuaciones al margen de la ley, dondequiera que se produjeran (48). El Gobierno español publicó en 2009 un Libro Verde sobre “Plan Nacional de Protección del PCS”, en el que alentaba a colaborar en la materia con todos los Estados, especialmente con los latinoamericanos y con los ribereños del Mediterráneo (49). España ha firmado Memo-

(44) Artículos 377 y 383 de la ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. En *BOE* nº 180, de 25 de julio de 2014.

(45) Artículo 50 de la LNM de 2014.

(46) Párrafos 1 y 2 del artículo 382 y artículo 369-3 de la LNM de 2014.

(47) Artículos 382-3, 366-2 y 374-1 de la LNM de 2014.

(48) Ministerio de Defensa: “*Estrategia de Seguridad Nacional*”. Madrid, mayo de 2013.

(49) Libro Verde sobre “Plan Nacional de Protección del PCS”. Madrid, mayo de 2009. AZNAR. Op. cit. en la nota 35, p. 228.

rando para la protección del PCS con Estados Unidos en 2010 y con Méjico en 2014 (50). El Gobierno español ha mantenido ante Tribunales nacionales y extranjeros la tesis de la inmunidad soberana de los buques de guerra y de Estado hundidos.

2. Normativa de Colombia

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece que el patrimonio arqueológico pertenece a la Nación y es “inalienable, imprescriptible e inembargable” (51). En 1981, la empresa “*Glocca Morra Co.*” anunció haber descubierto los restos del legendario galeón “*San José*” y solicitó autorización para su rescate, y el Gobierno Colombia le ofreció el 50% del valor de los objetos que rescatara, pero en 1984, el Presidente Belisario Betancur redujo sus beneficios al 5%. Ese mismo año la empresa cedió sus derechos a la compañía SSA, que recurrió ante los Tribunales colombianos y la Corte Suprema dictaminó en 2007 que la empresa tenía derecho al 50% de dichos bienes. El Presidente Álvaro Uribe, sin embargo, estimó que semejante fallo no obligaba a su Gobierno a autorizar a la empresa la realización del rescate del galeón español. La empresa demandó entonces a Colombia ante los tribunales norteamericanos, pero un Tribunal de Washington rechazó la demanda y falló que el PCS del “*San José*” correspondía al Estado colombiano.

Para regular la situación, el Parlamento adoptó en 2013 la Ley sobre Patrimonio Cultural Sumergido, que distingue entre los bienes representativos o únicos, que son patrimonio exclusivo del Estado, y los demás bienes, que pueden ser explorados, extraídos y comercializados por empresas privadas, con derecho a percibir el 50% de tales bienes (52). La ley fue muy criticada, tanto dentro como fuera de Colombia, por ser inconstitucional e ir contra los principios establecidos en la CPPCS, mientras que la Ministra de Cultura, Mariana Garcés, argumentó en su defensa la necesidad de que Colombia dispusiera de una Ley sobre el PCS para evitar que los temas con él relacionados se resolvieran exclusivamente en tribunales internacionales, y que con ella se pretendía crear mecanismos que permitieran acceder a unos objetos que, de otra manera, serían inalcanzables. Los diversos proyectos presentados fueron rechazados por el ICAH, cuyo coordinador del Grupo de Arqueología, Víctor González, ha afirmado que la Ley pretende que se comercialicen bienes arqueológicos, con lo que se desconoce lo dispuesto en la Constitución de que dichos bienes están fuera del comercio. 15 prestigiosos arqueólogos iberoamericanos -incluidos José Luis Socarrás, Pilar Luna y Kart Langebaek- han advertido que la ley constituye un grave precedente que permitiría poner en el mercado bienes patrimoniales que reposen en yacimientos arqueológicos o en museos, y que -bajo la aplicación del “criterio de la reposición”- se convertirían en meros “duplicados”, en mercancías (53).

(50) AZNAR. Op. cit. en la nota 43, p. 75.

(51) Artículos 63 y 72 de la Constitución Política de Colombia, de 6 de julio de 1991.

(52) Ley 1675/2013, de 30 de julio, sobre Patrimonio Cultural Sumergido.

(53) VENGOECHEA, Alejandra. “La Ley de PCS hace naufragar la independencia del ICAHN”, en “*La Silla Vacía*”, de 11 de julio de 2013.

3. Práctica de otros Estados

Estados Unidos ha sido el mayor defensor de la jurisdicción del Estado del pabellón sobre los buques de Estado hundidos. En 2001, el Presidente Bill Clinton hizo la siguiente declaración:

“The United States retains title indefinitely to its sunken State craft unless title has been abandoned or transferred in the manner Congress authorized or directed, The US recognizes the rule of International Law that title to foreign sunken State crafts may be abandoned or transferred only in accordance with the law of the foreign flag State. Further the US recognizes that title to a US or foreign sunken State craft, wherever located, is not extinguished by passage of time, regardless of when such sunken State craft was lost at sea” (54).

Así pues, tanto los Estados Unidos como los Estados extranjeros conservan la titularidad sobre sus buques hundidos dondequiera que se hallaren y cualquiera que fuere el tiempo transcurrido, salvo que renunciaran a ella de forma expresa. Declaraciones similares han sido formuladas por países como Alemania, Canadá, Francia, Gran Bretaña, Japón, Noruega, Rusia o Sudáfrica. Estados Unidos adoptó en 2004 una ley para proteger los buques de guerra y aeronaves militares hundidos (55). Por otra parte, ha habido países que han establecido “zonas culturales marítimas” como Sudáfrica en 1994 (56) o Mauricio en 2005 (57).

IV. Jurisprudencia internacional

España ha recurrido a los tribunales de Estados Unidos en los casos del rescate de los restos de las fragatas “*Juno*”, “*La Galga de Andalucía*” y “*N^a S^a de las Mercedes*” y ha sido demandada ante el TIDM en el caso de la motonave “*Louisa*”.

1. Casos de las fragatas “*La Galga de Andalucía*” y “*Juno*”

Las fragatas de la Armada Española “*Galga de Andalucía*” y “*Juno*” se hundieron, respectivamente, en 1752 y en 1802 junto a las costas de Virginia. La empresa caza-tesoros “*Sea Hunt Inc.*” (SHI) localizó sus restos y pretendió rescatarlos y apropiarse de ellos sin tener en cuenta a su propietario, el Gobierno español, por lo que España llevó el caso a los tribunales estadounidenses. El Tribunal de Distrito de Norfolk falló en 1999 a favor de SHI (58), por lo que el Gobierno español recurrió la sentencia y la Corte de Apelación de Virginia dio la razón a España un año más tarde, en base a que los Tribunales no podían ceder pecios soberanos de otras naciones a rescatadores comerciales, cuando no mostraban signo de abandono y cuando las naciones implicadas estaban de acuerdo

(54) Presidential US Statement on US Policy for the Protection of Sunken State Craft, de 19 de enero de 2001. En “*Public Papers of President William J. Clinton*”. Washington, 2001, vol. III, p. 2956.

(55) *Sunken Military Craft Act*, de 28 de octubre de 2004.

(56) Ley 15/1994, de 11 de noviembre, de zonas marítimas.

(57) Ley sobre la zona marítima, de 28 de febrero de 2005.

(58) Sentencia de la 4th District Court de Norfolk, de 22 de abril de 1999, en el caso “*Sea Hunt Inc. v/ Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*”.

en que el título sobre el pecio seguía correspondiendo al propietario original. “Lejos de abandonar dichos pecios -concluía la Corte- España ha defendido con firmeza sus derechos de propiedad durante el proceso” (59). Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en 2001 (60). La tramitación de este caso provocó la declaración del Presidente Bill Clinton a la que me he referido con anterioridad.

2. Caso de la fragata “*Nª Sª de las Mercedes*”

En 1804, la fragata española “*Nª Sª de las Mercedes*” fue hundida por la flota inglesa a la altura del Cabo de Santa María (Portugal). La empresa caza-tesoros estadounidense “*Odyssey Marine Exploration Inc.*” (OMEI) localizó sus restos en el Algarbe y, sin contar con la autorización del Estado ribereño -Portugal-, ni consultar con el Estado del pabellón -España- inició en 2006 las tareas de rescate, extrajo un considerable número de monedas de oro y plata y las transportó a Miami. Al principio OMEI mantuvo que el tesoro procedía del buque inglés “*Black Swan*”, hundido en la zona a finales del siglo XVII, pero cuando se comprobó que las monedas tenían la efigie de Carlos IV y habían sido acuñadas en Lima en 1796, reconoció que procedían de la fragata “*Nª Sª de las Mercedes*”, pero alegó que, en el momento de su hundimiento, el buque se dedicaba a actividades comerciales y no estaba cubierto por la inmunidad, por lo que le eran aplicables las normas internacionales sobre salvamento marítimo que preveían que los buques hundidos y su cargamento pertenecían a quienes los hallaren. El Gobierno español presentó una demanda contra OMEI ante los tribunales de Tampa, donde la empresa tenía su sede (61).

El Tribunal Federal de Tampa reconoció en 2009 el derecho de España al tesoro, dado que se encontraba en un navío de guerra español no abandonado que gozaba de inmunidad, por lo que el buque, su carga y los restos humanos en él hallados eran patrimonio natural y legal de España. Puesto que el Gobierno español no había renunciado a la inmunidad del buque y la empresa no había probado que existiera una excepción a la regla general, la conclusión era clara. En base a la comunidad de intereses y al respeto mutuo entre naciones consagrados en el *ius gentium*, el Tribunal reconoció los derechos de España y obligó a *Odyssey* a devolverle los objetos que había extraído ilícitamente de la fragata y transportado a Florida sin su consentimiento y en violación de los principios del Derecho Internacional, sin derecho a percibir compensación alguna por sus trabajos (62). El Departamento de Estado norteamericano apoyó en todo momento las tesis españolas, no sólo por coincidir con la posición formulada en la Declaración de 2001 del Presidente

(59) Sentencia de la Corte de Apelación, de 21 de julio de 2000, en el caso “*Sea Hunt Inc. v/ Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*”. F3D/634, 2000.

(60) Sentencia de la US Supreme Court de 2001, en el caso “*Sea Hunt Inc. v/ Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*”. F3D/956, 2001. AZNAR, Mariano. “La reclamación española sobre los galeones hundidos frente a las costas de Estados Unidos de América: El caso de la *Galga* y de la *Juno*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LII (2), 2000, p. 247. Véase VIERUCCI, L. “Le statut juridique des navires de guerre ayant coulé dans des eaux étrangères: le cas des frégates espagnoles *Juno* et *La Galga*, retrouvées au large des côtes des Etats Unis”, *Revue Général de Droit International Public*, vol. 105, 2001.

(61) YTURRIAGA, op. cit. en la nota 18, pp. 101-102.

(62) Sentencia de 22 de diciembre de 2009, en el caso de *Kingdom of Spain v/ Odyssey Marine Exploration Inc.* Doc. Mercedes 270.

Clinton, sino también porque, de conformidad con el Tratado de Amistad entre España y Estados Unidos de 1902, el Gobierno norteamericano se había comprometido a conceder a los buques españoles hundidos la misma protección que a sus propios buques (63). OMEI recurrió ante la Corte de Apelación de Atlanta que, en 2011, confirmó la sentencia del Tribunal de Florida (64). Un último recurso fue asimismo rechazado unos meses más tarde por la misma Corte (65) y la empresa tuvo que devolver el tesoro a su legítimo dueño (66).

Como ha señalado Mariano Aznar, los Tribunales estadounidenses han confirmado el principio general de Derecho Internacional de que los buques de Estado hundidos, dondequiera que se encuentre y cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su hundimiento, siguen siendo propiedad del Estado del pabellón, salvo que éste renunciare formalmente a ella o los abandone. En consecuencia, las empresas privadas no podrán realizar operaciones de rescate de dichos buques sin el consentimiento expreso del Estado del pabellón (67).

3. Caso de la motonave “*Louisa*”

El buque “*Louisa*”, con pabellón de San Vicente y las Granadinas, fue retenido por las autoridades españolas en 2004, mientras se encontraba amarrado en el muelle del Puerto de Santa María y su patrón y propietario fueron detenidos, a raíz de que el Juzgado de Instrucción nº 4 de Cádiz incoara un proceso por el delito de expolio del PCS español en la Bahía de Cádiz. El Gobierno de San Vicente y las Granadinas exigió la liberación de la motonave y, ante la negativa de las autoridades españolas, demandó a España ante el TIDM.

Tras aceptar la demanda en un primer auto, el Tribunal se declaró incompetente “*ratione materiae*” por estimar que no existía un controversia entre España y San Vicente y las Granadinas, ya que la inmovilización del “*Louisa*” se produjo en un puerto español en el marco de un proceso por el presunto delito de expolio del PCS y ninguna norma del Derecho Internacional obliga al Estado ribereño a obtener la autorización previa del Estado del pabellón para abordar, registrar y retener un buque que se encuentre en sus aguas interiores (68). Como ha observado Concepción Escobar, San Vicente y las Granadinas no agotaron los recursos internos españoles antes de recurrir al TIDM, que, en cualquier caso, no es un órgano de apelación contra la sentencia de un Tribunal penal español. Al no existir una controversia entre los dos Estados, decaía la competencia del TIDM para decidir sobre el fondo del asunto (69).

(63) Artículo 10 del Tratado de Amistad entre España y Estados Unidos, de 3 de julio de 1902.

(64) Sentencia de 30 de noviembre de 2011, en el caso *Sea Hunt Inc. v/ Unidentified Shipwrecked Vessel*. Doc. Mercedes 286.

(65) Sentencia de 31 de enero de 2012, en el caso *Sea Hunt Inc. v/ Unidentified Shipwrecked Vessel*.

(66) YTURRIAGA, op. cit. en la nota 18, p. 103.

(67) AZNAR, op. cit. en la nota 35, p. 219.

(68) Párrafos 104 y 109 y conclusión de la sentencia de 28 de mayo de 2013. *Saint Vincent and the Grenadines v. the Kingdom of Spain in the M/V “Louisa” Case*. Nº 18. Hamburgo, 2013.

(69) ESCOBAR, Concepción. “España y el Tribunal del Derecho del Mar: Especial referencia al caso de la m/v *Louisa*”, en PÉREZ DE NANCLARES, José M. (Ed.) “*España y la práctica del Derecho Internacional*”, Colección de la Escuela Diplomática, Madrid, 2014, pp. 218-220.

V. Divergencias entre España y Colombia sobre el rescate del Galeón “San José”

A diferencia de España, Colombia no es parte en la CNUDM ni en la CPPCS y -como ha afirmado el Asesor jurídico de su Gobierno, Néstor Martínez-, al no ser parte en ningún Convenio internacional que afecte a la propiedad del galeón “San José”, cabe concluir con certeza que “este pecio forma parte exclusivamente del patrimonio colombiano” (70). Sin embargo, Colombia ha firmado la primera y -de conformidad con el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados-, un Estado que haya firmado un tratado deberá abstenerse de realizar actos en virtud de los cuales se frustren el fin y el objeto del mismo (71).

1. Argumentos jurídicos

La CNUDM impone a los Estados la obligación de proteger todos los objetos de carácter arqueológico o histórico hallados en el mar y de cooperar a tales efectos. Asimismo establece que sus disposiciones no afectarán a la inmunidad de los buques de Estado hundidos y que deberán quedar a salvo los derechos de los “propietarios identificables” de los mismos. En el caso del “San José,” no cabe la menor duda de que su propietario es el Estado Español.

La CPPCS recoge principios generales del derecho y normas que han alcanzado carácter consuetudinario y se han incorporado al acervo del Derecho Internacional. Carmen Parra incluye entre ellos la obligación de cooperación internacional para asegurar la protección del PCS (72) y Mariano Aznar añade el mantenimiento de la inmunidad de los buques de Estado hundidos aunque se encuentren en las aguas interiores o el mar territorial de otro Estado. La Convención reconoce el derecho exclusivo del Estado ribereño, en ejercicio de su soberanía, a regular y autorizar las actividades dirigidas al PCS en dichos espacios marítimos, pero no le confiere el título sobre los buques de Estado hundidos que siguen siendo propiedad del Estado del pabellón y, gozando de inmunidad soberana, salvo que dicho Estado renuncie a sus derechos mediante un acto expreso de abandono, donación o venta de conformidad con los pertinentes principios de Derecho Internacional y de la ley del Estado del pabellón del buque, un acuerdo internacional al efecto o su captura o rendición en batalla naval antes de su hundimiento. Semejante principio ha sido confirmado por la práctica estatal y por la “*opinio iuris*” de la comunidad internacional (73).

Otra norma consuetudinaria plasmada en la CPPCS sería -según Elena Pérez Álvaro y Mariano Aznar- la del respeto a los restos humanos contenidos en los buques hundidos. Según la Convención, se debe dar el debido respeto a dichos restos y las actividades dirigidas al PCS deberán evitarles innecesarias molestias (74). Para aquélla, habrá que

(70) VENGOECHEA, pp. cit. en la nota 55.

(71) Artículo 18 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados. Viena, 23 de mayo de 1969.

(72) PARRA, op. cit. en la nota 7.

(73) AZNAR, op. cit. en la nota 33, pp. 224-226.

(74) Artículo 2-9 de la CPPCS y norma 5 de su Anexo.

evaluar las distintas posibilidades de recuperarlos, preservarlos o dejarlos donde se encontraran, destacando su valor como un lugar sagrado, un cementerio submarino o un monumento en recuerdo de las víctimas, si bien la autora se inclina por la última de las soluciones (75). También Aznar se muestra favorable a concederle un *status* especial y respetar el lugar donde se hallen como cementerio marino. En cualquier caso, nunca podrán ser rescatados sin la expresa autorización del Estado del pabellón (76).

Comparto las opiniones expresadas y estimo que la obligación de proteger el PCS y de cooperación internacional al efecto, la preservación de la inmunidad de los buques de Estado hundidos y el respeto a los restos humanos de las naves naufragadas constituyen principios generales o normas consuetudinarias del Derecho Internacional y obligan por tanto a Colombia, aunque no sea parte en la CNUDM ni en la CPPCS. España tiene suficientes argumentos jurídicos para defender su posición. El “*San José*” era un navío de la Armada Real que se dedicaba a un servicio público no comercial, ostentaba el pabellón de un buque de guerra español -como cabe comprobar en cuadros de la época como “*La explosión del galeón San José*” de Samuel Scott- y sus restos forman parte del PCS, ya que tienen valor histórico y cultural, y han estado bajo el agua durante más de 100 años. Según José María Lancho, es el principio de inmunidad de jurisdicción el que protege el PCS del navío español y, desde su propio derecho, Colombia no puede sostener que no respeta dicho principio (77).

Sin embargo, no le sería fácil conseguir su objetivo, pues no se trataría ya de luchar contra unas depredadoras e impopulares empresas caza-tesoros, sino contra un Estado soberano. La controversia entre dos Estados respetuosos del Derecho Internacional debería ser resuelta por una instancia judicial internacional como el Tribunal Internacional de Justicia o el TIDM, pero, de un lado, Colombia denunció el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 o Pacto de Bogotá por el que aceptaba la jurisdicción del TIJ, tras considerar insatisfactoria su sentencia sobre la delimitación marítima con Nicaragua -el Presidente Santos es mal perdedor- y, de otro, el país no es parte en la CNUDM y no ha aceptado la competencia del TIDM, siendo poco probable que admitiera someterse voluntariamente a su jurisdicción.

2. Necesidad de colaboración entre España y Colombia

En esta coyuntura, la única solución viable y la más conveniente pasa por la colaboración entre los dos Estados interesados. El Ministro español de Asuntos Exteriores, José Manuel García-Margallo, declaró que España buscaría un acuerdo amistoso con Colombia para ejercer sus derechos sobre el “*San José*” y la Ministra colombiana de Cultura, Mariana Garcés, le contestó que Colombia -que respetaba profundamente al

(75) PÉREZ ÁLVARO, Elena. “Shipwrecks as Watery Graves: Cultural Attitudes, Legal Approaches and Ethical Implications”, JUSTE, José/BOU, Valentín: (Dir.) “*Derecho del Mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*”, Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 134 y 141.

(76) AZNAR, op. cit. en la nota 35, p. 219.

(77) YTURRIAGA, José Antonio de. “*Patrimonio cultural subacuático: Los últimos de Cartagena*”. Madrid, 8 de febrero de 2016 (<http://opinionesdejay.blogspot.com>).

Gobierno español- iba a esperar a que llegara la solicitud formal a la que se había referido el Ministro para estudiarla con la Cancillería y la Presidencia de la República. Esta declaración era positiva y esperanzadora, pues hasta entonces el Gobierno colombiano no había facilitado información alguna sobre el galeón y las circunstancias de su hallazgo, ni dado muestras de querer colaborar al respecto. España, podría aportar su gran experiencia en la materia, al ser a la vez sujeto pasivo y activo de la protección del PCS. De un lado, cuenta con gran cantidad de buques hundidos por doquier, especialmente en las costas de Iberoamérica. Según la archivera del Museo Naval de Madrid, Pilar del Campo, se han localizado más de 800 navíos españoles naufragados durante los siglos XVIII y XIX, y -como ha señalado José María Lancho- lo que se decida sobre el “*San José*” va a afectar al resto de los galeones hundidos en aguas de todo el mundo. De otro, España tiene en los fondos marinos bajo su soberanía o jurisdicción gran cantidad de pecios de barcos fenicios, griegos o romanos -más de 1.500 sólo frente a las costas de Cádiz- que está obligada a proteger.

Varios autores consideran que, para solucionar los problemas de los buques de Estado hundidos se debe recurrir a la cooperación entre el Estado en cuyas aguas se hallen y el Estado del pabellón, pues es la mejor manera de protegerlos como PCS en beneficio de la humanidad (78). Como ha observado Mariano Aznar, España no debe abdicar de una tarea que dejó incompleta con el abrupto fin de su pasado colonial. Corregir los errores del pasado con una renovada presencia cultural y de desarrollo conjunto de intereses compatibles es uno de los retos de nuestra política exterior en el siglo XXI, y el PCS puede ser testigo del pasado y motivo de cooperación presente y futura (79). El caso del “*San José*” supone pues una excelente oportunidad para ello, tanto desde el punto de vista cultural como técnico. El hallazgo de un galeón en perfectas condiciones de preservación ofrece una oportunidad única para realizar investigaciones históricas y culturales en las que científicos, arqueólogos e historiadores españoles colaboren con los colombianos y los de otros países iberoamericanos, por tratarse de un patrimonio común a España y a Iberoamérica. De ahí la conveniencia -en opinión de Aznar- de negociar un Memorando de Entendimiento que establezca las bases de esa cooperación, especialmente con los países iberoamericanos y mediterráneos vecinos, como se indicó en el Libro Verde de 2009 anteriormente mencionado. En esta misma línea, José María Lancho ha resaltado la conveniencia de elaborar una Carta Iberoamericana del Patrimonio Histórico-Cultural Común y poner mayor énfasis en las concordancias que en los desacuerdos (80).

Los respectivos Ministros de Asuntos Exteriores, José Manuel García Margallo y María Ángela Holguín, se entrevistaron en Madrid el 7 de marzo y trataron del tema. Ésta se mostró favorable a que participaran expertos españoles en el rescate del galeón por sus grandes conocimientos y experiencia, y señaló que la solución pasaba por la exhibición en un museo en Colombia de un tesoro que era parte de la Historia y debería estar al

(78) AZNAR, op. cit. en la nota 35, pp. 224 y 235; PÉREZ ÁLVARO, op. cit. en la nota 77, p. 136; PARRA, op. cit. en la nota 7.

(79) AZNAR, op. cit. en la nota 43, p. 75.

(80) Coloquio sobre “Patrimonio Cultural Subacuático: un gran desafío cultural para la España del siglo XXI”, de 27 de enero de 2016, Casa de América, Madrid, 2016. YTURRIAGA, op. cit. en la nota 79.

alcance de todos. Aquél manifestó que buscaba una colaboración recíproca que respetara los derechos de las dos partes y que pretendía que el PCS del galeón estuviera abierto a toda la humanidad, sin que ello supusiera que Colombia o España renunciaran a sus derechos (81).

Lo ideal sería lograr una solución de compromiso plasmada en un acuerdo bilateral o multilateral que estableciera un reparto equitativo entre España y Colombia del contenido del galeón, tanto del tesoro a bordo -lingotes de oro, monedas y piedras preciosas- como de los restos de la embarcación de valor cultural e histórico. Además de la creación de un museo *ad hoc* en Colombia, podría establecerse en el lugar del hallazgo un santuario marino en el que se conservara el recuerdo del hundimiento del “*San José*” y se rindiera homenaje al Conde de Casa Alegre y a las 589 víctimas del naufragio. Los “últimos de Cartagena de Indias” merecen ser honrados y sus restos protegidos por España, por Colombia y por toda la Comunidad internacional.

(81) Comunicado de la Oficina de Información Diplomática. Madrid, 7 de marzo de 2016.