

EL GALEÓN *SAN JOSÉ*: LA BATALLA JURÍDICA

Elia RABOSO PANTOJA (*)
Graduada en Derecho

Resumen

El tema central del artículo es el galeón *San José*, el descubrimiento de cuyo pecio el Gobierno colombiano anunció a la opinión pública en noviembre de 2015. El artículo profundiza en las opciones jurídicas que tiene España a la hora de confirmar y recuperar la posesión del pecio y su cargamento en razón de ser considerado «buque de Estado». Se incluye un análisis de la legislación internacional en materia de patrimonio cultural sumergido, y de los posibles órganos internacionales ante los cuales España puede acudir.

Palabras clave: naufragio, *San José*, pecio, patrimonio cultural sumergido.

Abstract

The central theme of the article is the wreck of the galleon *San José*, whose discovery was announced by the Colombian Government in November 2015. The article delves into the legal options that Spain has when confirming and recovering possession of the wreck and its cargo because it is considered a «State ship». It includes an analysis of the international legislation on submerged cultural heritage, and of the possible international organizations Spain can appeal to.

Key words: *San José*, galleon, wreck, Colombia.

Introducción: historia del buque y cuestión principal

«... En efecto, era la nave insignia de la Flota de Tierra Firme, y había llegado aquí después de mayo de 1708, procedente de la feria legendaria de Portobello, en Panamá, donde había cargado parte de su fortuna: trescientos baúles con plata del Perú y Veracruz, y ciento diez baúles de perlas reunidas y

(*) Las opiniones que se expresan en este artículo son las de la autora y no reflejan necesariamente las de la Corte Permanente de Arbitraje.

contadas en la isla de Contadora. (...) Cargaron el resto del tesoro destinado a sacar de pobreza al reino de España: ciento dieciséis baúles de esmeraldas de Muzo y Somondoco, y treinta millones de monedas de oro» (1).

NO pocos se habrán dejado embargar por un sueño repleto de oro y piedras preciosas en el fondo marino al leer las ensoñaciones de Florentino Ariza, uno de los protagonistas de la novela *El amor en los tiempos del cólera* de Gabriel García Márquez. No obstante, la verdad queda bastante lejos de la ficción. De acuerdo con Carla Rahn Phillips, quizá la mayor experta en el galeón y sus fallecidos tripulantes, la carga transportada pudo llegar a ser, aproximadamente, de nueve millones de reales de a 8 (2), moneda española que se utilizaba en ese momento, tras su implantación en 1497. En cierto modo, esta sigue siendo una cantidad muy valiosa, pero también es más realista. Otro hecho que se aleja de la ficción es la supuesta cercanía del naufragio, hasta el punto de que un simple buceador pudiera llegar a él con la simple capacidad de sus pulmones. Nada más lejos de la realidad, pues si seguimos las coordenadas que la historiadora estadounidense había calculado tras analizar la extensa información recopilada, el galeón se podría encontrar a 19 km, unas 12 millas náuticas, al sur de Cartagena, cerca de la isla de Barú (3). Precisamente, el pecio se encuentra a tal profundidad que el Gobierno colombiano no dispone de los medios tecnológicos y materiales para poder llevar a cabo el proyecto de recuperación (4), postergándola desde finales de 2015 (5).

Con lo cual, a raíz de las leyendas que giran en torno al galeón, es necesario comenzar este trabajo con la historia del galeón, para comprender la cuestión que nos incumbe.

En junio de 1698, los astilleros de Mapil finalizan la construcción del galeón *San José*, de acuerdo con los planes de Pedro de Aróstegui. Como objeto de un contrato con el Consejo de Indias, el galeón es entregado a la Armada Española, de modo que adquiere la filiación de buque de Estado. El buque partió de Cádiz con la misión de llegar a Nueva España para recoger un cargamento de oro y piedras preciosas destinado a la corona de España. No obstante, estos viajes no solían ocurrir sin imprevistos. Las flotas de Inglaterra y Holanda merodeaban las aguas caribeñas en busca de botines que pudieran capturar. Afortunadamente, la Armada de Tierra Firme, a la que pertenecía el buque o la capitana *San José*, no sufrió ningún ataque durante la ida.

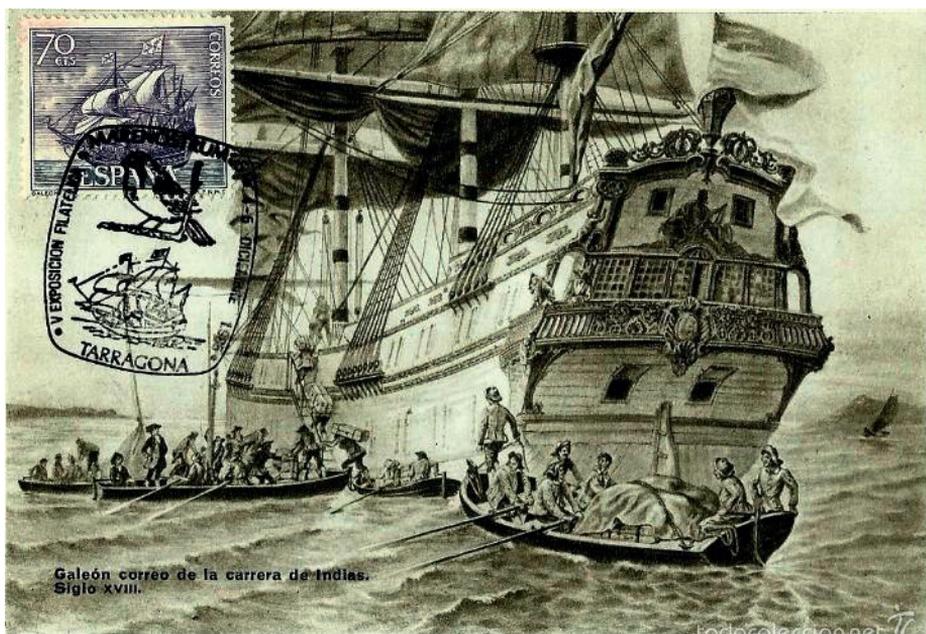
(1) GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel: *El amor en los tiempos del cólera*. Bruguera, Barcelona, 1985.

(2) RAHN: «Más que el tesoro importan las vidas perdidas en el galeón y su historia» en *Abc*, Madrid, 13 de diciembre de 2015, p. 78.

(3) PICKFORD, Nigel: *Atlas of Ship Wreck & Treasure*. Dorling Indersley, Londres, 1994, p. 164.

(4) FERNÁNDEZ DURO, Cesáreo: *Armada española, desde la unión de los reinos de Castilla y Aragón*, t. VI. Museo Naval, Madrid, 1973, p. 489.

(5) «Colombia tardará un año y medio en empezar la intervención en el galeón», *Abc*, Madrid, 14 de diciembre de 2015.



Tarjeta máxima postal que representa el abastecimiento de un galeón que se encuentra fondeado

El 28 de mayo de 1708, tras recoger el cargamento en Portobello, la Armada de Tierra Firme se dirige a Cartagena de Indias, a pesar de haber recibido noticias desde la ciudad de que se habían avistado cuatro barcos de guerra ingleses rondando las aguas, en busca de algún galeón. La flota, liderada por la capitana *San José*, con el general José Fernández de Santillán, conde de Casa Alegre, al mando, no consiguió llegar a su destino. El 8 de junio, cerca de la península de Barú, los buques ingleses se les interponen en el camino e inician el combate. La misión de la flota británica, a cuyo mando estaba Charles Wager, era conseguir el botín español, pero en vano. Tras dos días de combate, el *Expedition* alcanza la santabárbara del *San José*, causando su naufragio y la muerte de sus cerca de seiscientos tripulantes. El resto de la flota española consiguió llegar a salvo a Cartagena.

Desde entonces, tal como se refleja en el libro de Gabriel García Márquez, cientos de historias corren en torno a la carga y la localización del galeón. Su proximidad a tierra firme permitía a cualquiera soñar con encontrar el tesoro español. Este sueño se hizo realidad cuando el buque colombiano *Malpelo* descubrió una anomalía a través de su sonar. Pero con el sueño también se han despertado ambiciones. Tras el anuncio del hallazgo, Colombia inmediatamente reclamó el galeón como patrimonio colombiano, a pesar de tratarse de un buque de pabellón español, por lo que sería propiedad de España. No solo eso: Perú y Ecuador también han entrado en el cuadrilátero,

por ser el país de origen del oro y la plata que el galeón transportaba, respectivamente.

Este artículo se centra en realizar un análisis jurídico sobre las cuestiones de hallazgos de buques de Estado naufragados. Mientras Colombia y España intentan resolver la cuestión por la vía diplomática, este artículo pretende cubrir la vía jurídica, con la intención de encontrar una respuesta a la pregunta que todo el mundo se formula: ¿quién es, conforme a Derecho, el propietario del barco y de su cargamento?

¿Cuál es la cobertura legal?

En primer lugar, es necesario desvelar la cobertura legal que hay sobre este tipo de situaciones. Al tratarse de un buque con pabellón español, encontrado en aguas colombianas, no es suficiente la legislación de uno u otro Estado, sino que se requiere también buscar convenios o tratados internacionales que tengan como objeto la regulación de este tipo de naufragios.

Régimen jurídico internacional

A la hora de analizar el Derecho internacional marítimo, descubrimos que existen serias lagunas en relación con el patrimonio sumergido. Los países occidentales, que posiblemente son los que mayor patrimonio tienen en el lecho marino, han reaccionado demasiado tarde a la hora de legislar sobre esta materia, y por si fuera poco, ha sido de forma deficiente. La regulación a través del Derecho internacional público se entremezcla con Derecho internacional privado, complicando la tarea de aplicar el Derecho adecuado. Además, la falta de uniformidad entre las legislaciones nacionales tampoco facilita la cuestión. Aquí, los países se dividen en dos bandos: aquellos que han perdido sus buques, y aquellos bajo cuyos mares se encuentran estos buques. Estados excolonizadores contra Estados excolonizados. Con lo cual, los intereses de unos y otros quedan enfrentados.

El primero que hay que analizar es el Convenio que constituye el Derecho internacional del mar, tal y como lo conocemos. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) de 1982 codifica de manera general las distintas obligaciones y derechos de los Estados, sobre todo aquellos que son ribereños, sobre los espacios marinos. El Convenio abarca muchas materias del mar; por ello, no es de extrañar que haya muy pocas alusiones expresas al patrimonio cultural subacuático.

El primer artículo que es necesario nombrar es el 303, titulado «Objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar», y su contenido es el siguiente:

«1. Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto.

2. A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales.

4. Este artículo se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico».

El artículo impone la obligación de proteger el patrimonio, y de actuar, para ello, en cooperación. La obligación se impone a los objetos «hallados en el mar», con lo cual puede tratarse de aquellos encontrados en el mar territorial, como es el caso del galeón, o en alta mar. No obstante, este artículo no esclarece los derechos de propiedad de los Estados sobre los pecios. Lo único que apunta es la compatibilidad de este artículo con cualquier otro cuerpo legislativo internacional relativo a «la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico» (Art. 303.4).

El segundo artículo es el 149, titulado «Objetos arqueológicos e históricos», que establece:

«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 país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico».

Desafortunadamente, este artículo no tiene mucha utilidad en este caso, puesto que el pecio fue encontrado, más o menos, en el mar territorial de Colombia, aunque se desconoce la localización exacta.

Ahora bien, la CNUDM también hace referencia a la noción de buques de Estado en su artículo 29:

«Se entiende por “buques de guerra” todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares».

La definición se extiende posteriormente a otros buques de Estado con fines no comerciales (Arts. 31, 32). Todos estos buques gozan de la inmunidad de jurisdicción del Estado pabellón (Art. 96). Gracias a este último precepto, queda asegurada la inmunidad del *San José*, lo que lo protege de ser reclamado por Colombia como propiedad suya.

A lo largo del CNUDM se pueden encontrar otros preceptos que pueden servir para esclarecer más detalles. Por ejemplo, si el pecio se encuentra en el mar territorial de Colombia, entonces el artículo 2, que establece el régimen jurídico del mar territorial, podrá ser de utilidad, pues dice:

«1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.

2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional».

Por lo tanto, el Estado ribereño ejerce sus competencias soberanas sobre el mar territorial, pudiendo aprobar leyes o autorizar planes en relación con la protección del patrimonio cultural subacuático que se encuentre en su lecho o subsuelo. Esta soberanía se ejerce respetando los derechos de terceros Estados y otras normas de Derecho internacional. Es decir que aunque, en este caso, Colombia pueda legislar sobre la protección del patrimonio subacuático en su mar territorial, debe recordar que, al ser el pecio propiedad del Estado español, y de acuerdo con el principio de inmunidad de Estado consagrado en el Derecho internacional, no podrá actuar sobre el propio pecio.

Tal como se ha dicho antes, la CNUDM comprende cuestiones muy generales del mar, lo cual supone un problema, pues ha dejado varias lagunas, en este caso, por ejemplo, los derechos del Estado de pabellón sobre los restos que se pudieran hallar en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva. La única alusión que se podría encontrar en este sentido es la del artículo 78.2, que limita el ejercicio de los derechos de los Estados ribereños sobre sus plataformas continentales en favor de los derechos y libertades de otros Estados, sin permitir ninguna injerencia injustificada hacia ellos. Aquí se podría considerar que el artículo alude al principio de inmunidad de los Estados y sus buques, pero no hay ninguna estipulación en este sentido en la CNUDM. Tampoco la hay en relación con las tumbas de guerra, que es otro supuesto contemplado en el Derecho internacional actual. Por ello, es necesario acudir a otros convenios internacionales para encontrar un mayor detalle en el régimen jurídico de pecios y patrimonio cultural subacuático.

Hasta 1978, con la Recomendación 848 del Consejo de Europa sobre Patrimonio Cultural Subacuático, no aparece el concepto jurídico del patrimonio cultural subacuático. A partir de ahí, surgen varios proyectos legislativos cuyo fin es protegerlo. A pesar de que el primero no llega a pasar de un primer texto, otros sí que llegan a ser firmados y ratificados, como es la Carta Internacional del ICOMOS para la protección y gestión del Patrimonio Cultural Subacuático (conocida como, la Carta de Sofía de 1996), o la recomendación 1486 del Consejo de Europa, sobre Patrimonio Cultural Marítimo y Fluvial de 2000.

No obstante, el mayor logro en Derecho convencional internacional en materia de patrimonio cultural se materializa en la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001. Esta Convención, con actualmente cincuenta y cuatro Estados Parte, ha dado un salto cualitativo a esta materia.

El artículo 1 de la Convención define el patrimonio cultural subacuático como

«todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años». Dentro de estos, se incluye: (i) (...) restos humanos, junto con su contexto arqueológico y cultural; (ii) los buques, (...) su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural...» (Art. 1.1(a)).

El mismo artículo define a los buques de Estado como

«buques de guerra y otros navíos (...) pertenecientes a un Estado o utilizados por él y que, en el momento de su hundimiento, fueran utilizados únicamente para un servicio público no comercial, que sean identificados como tales y que correspondan a la definición de patrimonio cultural subacuático» (Art. 1.8).

Por lo tanto, de acuerdo con estas definiciones, el galeón *San José* es un buque de Estado considerado patrimonio cultural subacuático, puesto que pertenecía al Estado español y el servicio que estaba prestando era público, pero no de naturaleza comercial, sino recaudatoria.

Las primeras obligaciones que establece la Convención es la cooperación entre Estados Parte a la hora de proteger el patrimonio cultural subacuático (Art. 2.2), de preservarlo en beneficio de la humanidad (Art. 2.3), y si puede ser, *in situ* (Art. 2.5). La Convención prohíbe la explotación comercial del patrimonio (Art. 2.7).

El mismo artículo también advierte de que no debe ser interpretado de forma que contravenga el Derecho internacional, la práctica de los Estados, la CNUDM y el principio de inmunidad de los Estados respecto de sus buques y aeronaves (Art. 2.8). Tampoco permite que sea utilizado para «alegar, oponerse o cuestionar cualquier reivindicación de soberanía o jurisdicción nacional» (Art. 2.11).

Los posteriores artículos 7, 8, 9 y 10 establecen las facultades de los Estados Parte en cuyo territorio se encuentre patrimonio cultural subacuático para las aguas interiores, aguas archipelágicas y el mar territorial (Art. 7); para la zona contigua (Art. 8), y para la zona económica exclusiva y la plataforma continental (Art. 9, 10). He aquí que el artículo 10.7 no permite ninguna actividad sobre buques o aeronaves de Estado sin el permiso del Estado de pabellón, excepto para protegerlo de peligros inmediatos y sin perjuicio de los derechos de soberanía y la jurisdicción del Estado ribereño, que también tendrá que autorizar la actividad.



Óleo de Samuel Scott que representa la batalla de Barú, donde resultó hundido el *San José*.
National Maritime Museum ©

Por último, hay que mencionar la Norma número 2 del Anexo, que prohíbe explícitamente la explotación comercial del patrimonio cultural subacuático que busque «*transacciones, la especulación o su dispersión irremediable*». La Convención aboga por la protección del patrimonio cultural subacuático, y como antes se ha mencionado, la prioridad es mantenerlo in situ.

Esta Convención rellena claramente el vacío legal que había dejado la CNUDM en relación con aquellos buques de Estado que se encontraran en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental. La necesidad del consentimiento expreso del Estado de pabellón limita la actividad del Estado ribereño y obliga a llevar a cabo acuerdos bilaterales, objetivo que el mismo Convenio busca (Art. 6), para que sean los Estados los que rellenen los vacíos legales que el Convenio ha tenido que consentir para llegar a un acuerdo. No obstante, hay un punto que sigue causando cierta incertidumbre. La Convención no incluye explícitamente bajo los apartados de salvamento que el buque de Estado ha debido ser expresamente abandonado por el Estado de pabellón para que se considere *res derelicta* (6). Este vacío legal ha permitido que compañías como Odyssey Marine Exploration, Inc. se ampararan en ello para saquear pecios. España ha sido un fuerte defensor de esta doctrina, y otros

(6) AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: «La protección jurídica internacional del patrimonio cultural subacuático», en *La protección del patrimonio sumergido. Cuadernos Monográficos del IHCN*, núm. 62, p. 77.

países, como Estados Unidos, Rusia, Gran Bretaña, Alemania o Japón, se han unido a esta práctica estatal (7). A este ritmo, con el tiempo, se podría consagrar en costumbre internacional, lo que la convertiría en una fuente de Derecho internacional público.

Por último, habría que hacer una referencia a la convención internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a las inmunidades de los buques de Estado, firmada en Bruselas en abril de 1926, que recoge el principio de inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra en su artículo 3. Desafortunadamente, esta Convención no ha sido ni firmada, ni ratificada por España o Colombia, con lo cual queda aquí simplemente para recordar que el régimen jurídico internacional ha llegado a regular esta materia.

Régimen jurídico español

El 24 de julio de 2014, España por fin promulga la Ley 14/2014, de Navegación Marítima, consolidando toda la legislación marítima que antes tenía repartida entre el Código de Comercio y varias leyes especiales. El capítulo IV de la ley se centra en los bienes naufragados o hundidos. El artículo 382 es el que legisla sobre buques de guerra naufragados o hundidos, estableciendo lo siguiente:

«Cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren, los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción».

Cualquier operación de «exploración, rastreo, localización y extracción» requerirá la autorización de la Armada española, ya que es la que ostenta plenas competencias en materia de protección de buques de Estado (Art. 382.2). Los buques de guerra de otros Estados naufragados o hundidos gozan de inmunidad de jurisdicción, pero para llevar a efecto las operaciones antes mencionadas tiene que haber un acuerdo entre el Estado de pabellón y el Ministerio de Defensa español, en concordancia con el antes mencionado Convenio de la UNESCO (Art. 382.3).

Por lo tanto, España aúna la legislación nacional con la internacional, incluyendo el principio de abandono expreso en sus filas. El problema es

(7) En 1995, el Departamento de Estado de Estados Unidos emitió una declaración conjunta con estos y otros países en la que defendía los derechos de propiedad de los Estados de pabellón sobre sus buques de Estado, y la especial protección que requerían por ser cementerios de guerra. Así se señala en *Sovereign Immunity and the Management of United States Naval Shipwrecks* de Robert S. Neyland en 1996, tal y como recoge Mariano J. Aznar Gómez en «Legal Status of Sunken Warships “Revisited”», en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 9 (2003), p. 83.

que, aunque esta ley claramente favorece la posición de España en cuanto a la cuestión de propiedad de sus pecios, es completamente inútil si no es la ley aplicable en las cuestiones judiciales que puedan surgir entre el Estado ribereño y España. Por eso, es importante que España haya ratificado la CNUDM y la Convención de UNESCO. Ambas convenciones también favorecen la posición de España. En cuestiones judiciales internacionales, ambas son sus herramientas básicas para defender sus derechos sobre los pecios españoles.

Régimen jurídico colombiano

Ya que el galeón *San José* fue descubierto en el mar territorial de Colombia, es necesario analizar el régimen jurídico colombiano sobre el patrimonio cultural subacuático.

La primera ley que hay que examinar es la Ley 1675, aprobada el 30 de julio de 2013, que reglamentó los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia. En su artículo 2 define el patrimonio cultural sumergido como

«todos aquellos bienes producto de la actividad humana que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base. Hacen parte de este patrimonio los restos orgánicos inorgánicos, los asentamientos, cementerios y toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacientes dentro de estas cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera que sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón».

Como se puede ver, la definición es bastante completa, pero no acaba aquí. El posterior párrafo incluye, por defecto, los bienes hallados a raíz de un naufragio, un hundimiento o un echazón que haya ocurrido mínimo cien años antes. Todos estos bienes quedan sujetos al régimen establecido en la Constitución Política y a otras disposiciones legales de protección de patrimonio arqueológico.

La ley no hace ninguna mención de aquellos buques de Estados extranjeros, ni existe excepciones a buques de guerra, con lo cual, según la legislación colombiana, el galeón *San José* es parte de su patrimonio cultural sumergido.

Ahora bien, la ley excluye de la consideración de patrimonio cultural sumergido a ciertos bienes, que son (Art. 3):

«1. Las cargas comerciales constituidas por materiales en su estado bruto, cualquiera sea su origen, tales como perlas, corales, piedras preciosas y semipreciosas, arenas y maderas.

2. Los bienes muebles seriados que hubiesen tenido valor de cambio o fiscales como monedas y lingotes.
3. Las cargas industriales».

Todos estos bienes podrán ser vendidos por el Estado colombiano para financiar las actividades del Ministerio de Cultura y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Lo que este artículo permite es vender bienes que en España se consideran de su propio patrimonio cultural sumergido a empresas privadas que hayan colaborado en la búsqueda del *San José*, como es el caso del Sea Search Armada. A esta conclusión llegó el profesor Juan Guillermo Martín Rincón, doctor en Patrimonio Histórico y Natural por la Universidad de Huelva, en su ponencia «Guaquería de Estado: el caso del galeón *San José* en Colombia» (8).

Esta ley fue posteriormente desarrollada por el Decreto 1698, de 5 de septiembre de 2014, que, *inter alia*, vuelve a confirmar la propiedad del Estado colombiano sobre el patrimonio cultural sumergido (Art. 3).

En relación con el Derecho internacional, Colombia firmó la CNUDM el 10 de diciembre de 1982, pero aún no la ha ratificado. En cambio, Colombia no ha firmado la Convención de la UNESCO.

Este último punto pone en una complicada situación a España, ya que, aunque el Derecho internacional dé la razón a España en cuanto a la inmunidad de los buques de guerra de un Estado, si Colombia no está vinculada por estos tratados, no se le puede exigir responsabilidad por ellos.

¿Cómo puede España defender sus legítimos derechos de propiedad sobre el galeón?

A la vista de la normativa internacional, queda fuera de cualquier duda que el galeón *San José* es patrimonio del Estado español. No obstante, en el Derecho, incluido en el Derecho internacional, una cosa es tener razón y otra que te la den, si se permite la informalidad. Por lo tanto, mientras España no consiga alguna victoria judicial o de alguna otra naturaleza sobre Colombia, la cual obligue a este Estado reconocer la legítima posesión de España sobre el pecio y su contenido, ese pecio va a ser explotado por el Estado colombiano. Por ello, aquí se van a recoger las opciones, con sus ventajas y desventajas, que España tiene para recuperar el *San José*. Incluso aunque algunas sean al final descartadas —lo que quiere decir, que durante la investigación ya se descartaron de por sí—, se van a incluir de todas formas, para demostrar todas las posibles vías de resolución de conflictos que hay en el Derecho internacional marítimo.

(8) Mesa de Museos y Educación Patrimonial del Congreso de Antropología e Historia de Panamá 2016, celebrada entre el 7 y el 9 de septiembre del mismo año. Para ver la ponencia: <http://abcblogs.abc.es/espejo-de-navegantes/2017/03/30/lo-que-oculta-colombia-en-el-proyecto-del-galeon-san-jose/>

Tribunal Internacional del Mar en Hamburgo

El Tribunal Internacional del Mar fue constituido por la CNUDM, cuyo Anexo VI incluye el Estatuto del Tribunal. Este tribunal tiene competencia para resolver cualquier disputa que concierna a la interpretación de la Convención (Art. 288.1 CNUDM), a la interpretación de otra convención o tratado que esté relacionada con los fines de la CNUDM (Art. 288.2) y a los límites de su propia jurisdicción (Art. 288.4). Su Reglamento también le permite entregar una opinión consultiva sobre otros acuerdos internacionales que estén relacionados con los fines de la CNUDM (Art. 138.1). Además, el tribunal contiene una Sala de Controversias de los Fondos Marinos, la cual tiene jurisdicción para resolver cualquier controversia surgida por actividades en la zona (Art. 187, 188 CNUDM), o para emitir opiniones consultivas (Art. 159.10). La Convención de la UNESCO también le otorga competencias jurisdiccionales para resolver disputas entre los Estados Parte (Art. 25).

A la hora de examinar esta vía, surgen dos claros inconvenientes. El primero, que al ser un órgano al que deben acudir los Estados Parte de la CNUDM o de la Convención de la UNESCO, no tiene sentido acudir al mismo, puesto que Colombia no es un Estado Parte de ninguna de ellas. No obstante, podría haber una forma de eludir este inconveniente. Sería si Colombia hubiera aceptado la jurisdicción de este tribunal a través de otros acuerdos internacionales. Incluso, aunque España no sea miembro de esos acuerdos internacionales, el hecho de que Colombia haya aceptado su jurisdicción y que sea un Estado firmante de la CNUDM, pueden ser dos evidencias a favor de que el tribunal se declare con jurisdicción para oír la disputa.

En este caso, Colombia ha firmado otro acuerdo internacional que otorga al tribunal competencia para resolver disputas entre los Estados Parte, que es el Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste del 14 de agosto del 2000, también conocido como Acuerdo Galápagos. Con lo cual, si Colombia ha aceptado la competencia jurisdiccional de este tribunal, sería posible traerlo, incluyendo como evidencia su firma de la CNUDM. Ya que, y tal como establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 18:

«Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado.»

No obstante, incluso aunque España consiguiera obligar a Colombia a comparecer ante el Tribunal del Mar, aquí surge el segundo inconveniente. El Tribunal sólo tiene competencia para resolver interpretaciones de la CNUDM, no para sancionar su incumplimiento o violación por parte de los Estados Parte. Con lo cual no tendría ninguna facultad para confirmar la propiedad de España sobre el pecio y obligar a su devolución. E, incluso, si pudiera, no

podría ser según la CNUDM, puesto que, y tal como se mencionó antes, esta no regula los derechos de los Estados de pabellón sobre los pecios encontrados en la plataforma continental. Por lo tanto, y a la luz de todos estos inconvenientes, no sería recomendable que España acudiera a este órgano, ya que podría resultar en un procedimiento muy costoso y largo que, además, no puede asegurar un fallo favorable a España. Por ello, es mejor que España busque una solución por otras vías.

Tribunal Internacional de Justicia

El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) fue creado, con la constitución de las Naciones Unidas, como sucesor de la Corte Permanente de Justicia Internacional. La Carta de las Naciones Unidas (CNU) dedica un capítulo entero, el XIV, al TIJ. El artículo 93.1 establece que todo miembro de las Naciones Unidas es, *ipso facto*, parte del Estatuto del TIJ (Est. TIJ). Este punto está relacionado con el artículo 35 del Estatuto, que establece que solo los Estados Parte del Estatuto podrán ser parte en un proceso ante el tribunal; España y Colombia son Estados miembros de las Naciones Unidas, por lo que ambos podrán aparecer ante el TIJ. Una ventaja de este tribunal es que las decisiones serán vinculantes entre las partes (Art. 94.1 CNU), lo que otorga seguridad jurídica al proceso que se llevaría a cabo.

No obstante, para que se pueda acudir ante el TIJ es necesario el consentimiento de ambos Estados (Art. 38.5 Reglas del TIJ), que se puede prestar a través de tres vías: 1) a través de un acuerdo especial entre ambos Estados (Art. 36.1, 40 Est. TIJ) en relación con la cuestión en disputa; 2) en relación con un convenio o tratado entre ambos Estados que dirima cualquier disputa al TIJ (Art. 36.1); y 3) si ambos Estados aceptan la jurisdicción obligatoria del TIJ sobre un litigio judicial (Art. 36.2). Todos ellos requieren un acuerdo entre ambos Estados, pues el TIJ no permite forzar a un Estado a resolver un conflicto ante él contra su propia voluntad (Art. 38.5 Reglas del TIJ).

Analizando cada una de las vías, se puede ver que la segunda es imposible, ya que entre España y Colombia no hay ningún acuerdo en relación con pecios o patrimonio cultural sumergido que pueda servir al TIJ como objeto de la resolución de la disputa. La tercera vía también se demuestra complicada puesto que, aunque España emitió el 20 de octubre de 1990 una declaración en la que aceptaba la jurisdicción obligatoria del TIJ sobre cualquier litigio judicial del que pudiera surgir como parte, Colombia retiró su propia declaración el 5 de diciembre de 2001, a raíz de la disputa contra Nicaragua ante el TIJ (9). Con lo cual, solo si Colombia emite otra declaración aceptando la jurisdicción obligatoria del TIJ, este podría oír a ambas partes, aunque debería

(9) *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Rep. 2007, p. 832.



Una de las fotografías divulgadas por el Gobierno de Colombia de los cañones encontrados pertenecientes al galeón *San José*

ser previa a la demanda de España, lo que parece poco probable. Hay otra vía, dentro del acuerdo especial, por la que se puede acudir al TIJ, conocida como la *forum prorogatum*. Es una forma tácita de aceptar la competencia del TIJ, surgida a raíz de una conducta hacia el TIJ o el Estado demandante. Esta conducta fue admitida por el propio TIJ en el caso *Ciertas cuestiones relativas a la cooperación en materia penal (Djibouti v Francia)* (10).

La primera vía es la que parece más factible, aunque requiere que ambos Estados lleguen a un acuerdo sobre ello, para posteriormente acudir ante el Tribunal. En ese caso, quizá sería más recomendable para ambos intentar resolver la cuestión del pecio por la vía negociadora, y si esta resulta infructuosa, decidir ante qué órgano judicial o de otra naturaleza acudir. Si se llegara a acudir al TIJ, habría que ver si este tiene competen-

cia para resolver la cuestión.

Si acudieran por el acuerdo especial, y dentro de ella, por el *forum prorogatum*, el Estatuto no impone límites materiales a su competencia, tal como da a entender el artículo 36.1. En cambio, si ocurre el improbable caso de que Colombia se declare subordinada a la jurisdicción obligatoria del TIJ, entonces habría unos límites materiales a la jurisdicción del tribunal, establecidos en el artículo 36.2. Estos son: 1) interpretación de un tratado; 2) cualquier cuestión relacionada con derecho internacional; 3) la existencia de un hecho que, si se prueba, puede constituir el incumplimiento de una obligación internacional; y 4) la naturaleza o el alcance de la reparación que se debe realizar por el incumplimiento de la obligación internacional. Solo en estos casos el tribunal podrá resolver una cuestión planteada ante él.

Posiblemente, España tenga más posibilidades de defender su causa si prueba que Colombia está incumpliendo una obligación internacional, que sería la inmunidad del buque de guerra de otro Estado.

Aunque esta opción tiene muchas más posibilidades de éxito que acudir al Tribunal Internacional de Mar, sigue siendo aconsejable que España agotara

(10) *Certain Criminal Proceedings in France Case (Preliminary Measures)* 2003 I.C.J. Rep. 102.

las vías diplomáticas y políticas y dejar al TIJ como vía subsidiaria, puesto que requiere del consentimiento de ambas partes.

Estados Unidos

La última vía judicial posible es acudir a los órganos judiciales de Estados Unidos. Por supuesto, España no puede demandar a Colombia ante los tribunales estadounidenses, ya que se estaría violando el principio de inmunidad de jurisdicción de Estados. Aplicado por el propio Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania v. Italia)* (11).

No obstante, España sí que puede demandar a la empresa estadounidense que fue contratada por Colombia para encontrar el pecio, Sea Search Armada. En 1981, Colombia contrató los servicios de Glocca Morra, que posteriormente fue sucedida por Sea Search Armada, para encontrar el pecio, a cambio de un 50 por 100 del hallazgo. Tres años después, el presidente Belisario Betancurt rebajó el porcentaje al 5 por 100. Sea Search Armada demandó a Colombia por el incumplimiento del contrato. En 2007, la Corte Suprema de Colombia falló, en parte, a favor de la empresa estadounidense, reconociendo que, si se encontraba el pecio allí donde la empresa había llevado a cabo sus actividades, el 50 por 100 de aquello que no fuera patrimonio cultural, histórico, artístico y arqueológico pertenecería legítimamente a Sea Search Armada. Colombia posteriormente acudió a los tribunales estadounidenses en Washington, los cuales, en octubre de 2011, le dieron la razón al Estado colombiano, declarando el galeón propiedad de este. En 2013, Sea Search Armada acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, para obligar al Gobierno colombiano a cumplir con la sentencia de la Corte Suprema. No obstante, la causa fue desestimada por razones de prescripción. Aunque la empresa acudió entonces a la Corte Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia, la misma dio también la razón al Estado colombiano.

Aquí es donde surge una duda: ¿qué papel juega España en todo este asunto? En el caso de que se entregase a Sea Search Armada ese 50 por 100 de los bienes que no son patrimonio histórico, cultural, artístico o arqueológico, España podría ejercer la inmunidad de Estado y la falta de abandono expreso para recuperar esos bienes. Para ello, España tendría que acudir a los tribunales estadounidenses, los cuales ya han resuelto anteriores casos a favor de España. Los primeros fueron los de la *Galga* y la *Juno*, dos fragatas españolas hundidas en 1750 y 1802, respectivamente, que fueron rescatadas cerca de Virginia. Un tribunal del Cuarto Circuito de Florida dio la razón a España, puesto que los pecios no habían sido expresamente abandonados y, al ser

(11) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

considerados fragatas de la Armada española, gozaban de la inmunidad de los buques de guerra.

Sin embargo, el precedente más importante es el de *Nuestra Señora de las Mercedes*. En 2007, la empresa estadounidense Odissey Marine Exploration, Inc. se apoderó del cargamento con la excusa de que las reglas consuetudinarias sobre hallazgos y salvamento, que establecían el principio de «first come, first served», le otorgaban derecho a quedarse con un 90 por 100 del valor de las monedas de oro y plata encontradas. Por ello, plantearon una acción *in rem* en los tribunales estadounidenses, a la que España respondió para defender sus derechos.

El primero fue el Tribunal del Distrito de Tampa, donde el juez Mark Pizzo sentenció que el buque y su cargamento pertenecen a la Armada española, por lo que la empresa estadounidense no tiene ningún derecho sobre el cargamento y está obligada a su devolución. El juez llegó a la conclusión de que la empresa actuó de mala fe, ya que Odissey se negó a reconocer que conocía la verdadera identidad del buque —incluso se refería a este como un buque inidentificado, «The Unidentified Shipwrecked Vessel»—, además de que no tenía ninguna licencia proveniente de las autoridades españolas para llevar a cabo su prospección marina.

Tras la sentencia favorable a España, Odissey acudió al Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito en Atlanta, que desestimó su recurso, confirmando la sentencia del tribunal del distrito. La empresa estadounidense volvió a recurrir la sentencia, esta vez ante el Tribunal Supremo con un recurso *a certiorari*, pero este fue rechazado, por lo que a Odissey Marine Exploration no le quedó más remedio que restituir a España el cargamento de la fragata.

A la vista de este precedente, queda claro que Estados Unidos no solo protege los buques de Estado, sino también los cementerios de guerra, por lo que, si España defiende sus derechos en Estados Unidos contra Sea Search Armada, tiene muchas posibilidades de recuperar el cargamento que se le entregue a raíz de la decisión de la Corte Suprema de Colombia. El problema es que Colombia no parece tener intención de reconocer los derechos de la empresa, puesto que niega que el lugar donde Sea Search Armada suponía que se encontraba el galeón es aquel donde ha sido encontrado. Con lo cual es poco probable que Sea Search Armada vaya a recibir a corto plazo algún bien.

Sin embargo, no se deben considerar estos bienes como de poco valor histórico. Si se observan las leyes colombianas, estas dejan fuera de la consideración de patrimonio sumergido materiales brutos como los lingotes, y bienes muebles seriados con un valor de cambio o fiscal, como las monedas o las cargas industriales. Con lo cual todo ello, que según las leyes colombianas se considera tesoro, de acuerdo con su Código Civil, puede ser comercializado, resultando en el botín de Sea Search Armada.

Es cierto que para España es primordial recuperar todo el cargamento y el buque como una unidad, sin tener que luchar por cada pieza en distintos tribunales y jurisdicciones. Sin embargo, si un tribunal estadounidense declara que

aquello que le corresponde a la empresa estadounidense pertenece legítimamente a España, quizá se pueda llevar a Colombia como codemandante al proceso judicial, de forma que el tribunal decida por todo el buque y su cargamento. Esta opción tiene su precedente la misma sentencia sobre la *Nuestra Señora de las Mercedes*, proceso en el cual Perú se presentó reclamando el cargamento, que en gran parte se constituía de monedas acuñadas en Lima. Las sentencias estadounidenses negaron el derecho de Perú, con lo cual, incluso aunque la propiedad del pecio acabara siendo una parte subsidiaria del fondo del asunto —al contrario que la parte que ha adquirido Sea Search Armada—, el tribunal podría resolver sobre ello.

Es cierto que de todas las opciones hasta ahora analizadas esta es la más improbable y complicada, puesto que, si Colombia no ha firmado ningún convenio de Derecho marítimo internacional que pueda dar competencia a un tribunal internacional para resolver sobre cuestiones de pecios, menos va a permitir que se la juzgue por uno nacional, máxime si es extranjero. Además, esta vía pone en peligro el principio de inmunidad de los Estados, además de que obliga a España abrir frentes allí donde acabe parte del pecio o de su cargamento.

Arbitraje

La siguiente vía posible se llevaría a cabo por el medio de resolución de disputas alternativo más común: el arbitraje internacional. La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), un órgano separado del sistema orgánico de las Naciones Unidas, permite a los Estados acudir ante ella para resolver «*los litigios entre ellos que dimanen de una determinada relación jurídica, ya sea contractual, con base en un tratado o de otra naturaleza*» (Art. 1.1 Reglamento de Arbitraje 2012). Para poder acudir a esta vía es necesario un acuerdo de arbitraje entre ambos Estados, anterior a la sumisión a la CPA. Las ventajas de esta vía son que, aparte de ser mucho más flexible que un proceso judicial, no pierde la obligación de cumplimiento de su resolución, aquí laudo (Art. 34.2), y no requiere otro proceso de reconocimiento en ambos Estados, puesto que en el mismo proceso las partes tienen que comunicar a través de qué «*leyes, regulaciones u otros documentos*» constará la ejecución del laudo (Art. 34.7). Además, las partes tienen la facultad de nombrar los árbitros del proceso aunque, si exigen que sean varios, el presidente del tribunal arbitral tendrá que ser elegido por los árbitros que hayan elegido las partes, quedando fuera del poder de elección directa de los Estados.

Este método ha sido utilizado múltiples veces en los últimos cien años. Aunque, ahora mismo, la CPA está administrando tres arbitrajes interestatales. Uno de los más recientes es el que ocurrió entre Rusia y los Países Bajos en torno a la detención del barco *Artic Sunrise*.

Quizá la única desventaja que puede tener este proceso es que las partes también tienen que llegar a un acuerdo sobre la ley aplicable, aunque, si no lo

hicieran, entonces el tribunal arbitral resolvería en la forma establecida en el artículo 35.1:

«(a) En los casos que involucren solo a Estados, resolverá dichos litigios conforme al derecho internacional aplicando:

- i. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- ii. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- iii. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- iv. Las decisiones judiciales, los laudos arbitrales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho».

Con lo cual España podría tener que dejar de lado la aplicación de la CNUDM o la Convención de la UNESCO para poder convencer a Colombia de resolver la cuestión ante un tribunal arbitral. No obstante, nótese que en la costumbre internacional está establecido el principio de inmunidad de los Estados y de su propiedad, especialmente los buques. Igualmente, también está aceptado por práctica estatal el principio de respeto a los cementerios de guerra.

Negociación por vía diplomática

De todas las vías por las que España puede resolver la cuestión, la primera que tiene que agotar, sin lugar a dudas, es la vía diplomática. Ahora mismo hay constancia de que esta vía ya ha sido abierta entre ambos Estados y que así sigue, a pesar de no haberse llegado a un acuerdo. Si el sábado 3 de diciembre de 2015 el presidente colombiano, Juan Manuel Santos, anunciaba el hallazgo del galeón *San José*, al día siguiente, el secretario de Estado de Cultura español, José María Lasalle, no tardaba en informar de que el Gobierno solicitaría la «información precisa acerca de la aplicación de la legislación de su país en la que fundamenta y justifica la intervención sobre un pecio español» (12).

Mientras tanto, en Colombia se ha estado librando una batalla judicial entre Sea Search Armada y el Estado colombiano, que parece haber llegado a su fin. La Sala Plena del Consejo de Estado de Colombia falló el 13 de febrero de 2018, ratificando la decisión de la Corte Suprema de 2007 que consideraba a Sea Search Armada propietaria del 50 por 100 del tesoro del *San José*. La Sala Plena sentenció que el patrimonio cultural sumergido pertenece a la Nación, es inalienable, inembargable e imprescriptible. El mismo está bajo la

(12) «España adelanta que defenderá su “patrimonio subacuático”», *El País*, Madrid, 7 de diciembre de 2015.

permanente protección del Estado de Colombia y es de «salvaguarda judicial reforzada».

De acuerdo con la sentencia:

«En el caso de los naufragios, en los que se encuentren bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura y que se hallen permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular y otras áreas delimitadas por líneas de base, en los que se incluyen los naufragios de la época de la colonia, como es el caso, entre otros, del galeón *San José*, son considerados Patrimonio Cultural Sumergido, que hacen parte del patrimonio arqueológico y son propiedad de la Nación» (13).

La misma reconoce que es el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural el órgano competente para decidir qué bienes pertenecientes a un hallazgo son considerados patrimonio cultural sumergido. Aquellos que no se estimen como tales serán considerados tesoro y se regularán por el Código de Comercio y los artículos 700 y siguientes del Código Civil. Sea Search Armada tendría derecho al 50 por 100 de estos últimos. Por lo tanto, el fallo no parece tener intención de reconocer la propiedad del Estado español sobre su buque de Estado, asunto por el que España va a tener que pelear ante las autoridades colombianas.

La vía de la negociación fue formalmente abierta el 7 de diciembre de 2015, bajo la responsabilidad de los titulares de los correspondientes Ministerios de Asuntos Exteriores, en España, José Manuel García-Margallo, y en Colombia, María Ángela Holguín (14). Tras el cambio de gobierno en España y las elecciones en Colombia, se desconoce si las negociaciones continuarán en el punto en el que se quedaron.

En cualquier caso, el nuevo ministro español de Asuntos Exteriores, Josep Borrell, mandó el 19 de junio una carta al Gobierno colombiano de Juan Manuel Santos en la que invitaba a Colombia a comenzar a negociar un memorándum de colaboración entre ambos países. En la carta queda patente la posición de España en cuanto a la titularidad del pecio, a su condición de cementerio submarino y a la explotación comercial, a la que España se opone. Sin embargo, la carta invita a tender puentes y a sentarse a negociar (15). En este sentido, la misiva parece haber cumplido con su misión, porque el presidente Santos anunció en una entrevista que Colombia estaba redactando un memorándum de entendimiento para que España se pudiera unir al proceso de

(13) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (13 de febrero de 2018), Sentencia 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU) [MP William Hernández Gómez], párr. 193.

(14) «España y Colombia pactan abrir la negociación sobre el galeón *San José*», *El País*, Madrid/Bogotá, 7 de diciembre de 2015.

(15) «España le toma la palabra a Santos sobre su oferta de cooperación en el galeón *San José*», *Abc*, 21 de junio de 2018.

rescate del pecio. Es cierto que este ofrecimiento es contrario a la posición española, pero hay que reconocer que la negociación de un memorando de entendimiento entre ambos países es un gran paso adelante, aunque puede que España llegue tarde.

De acuerdo con la información más reciente, el pasado 23 de marzo, el Ministerio de Cultura colombiano publicó los pliegos del contrato de concesión de una asociación público-privada de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos, por un valor de aproximadamente 58,5 millones de euros (16). Con ello, el Estado colombiano pretende conceder a un inversor

«la Intervención, aprovechamiento económico, Preservación y divulgación del Hallazgo (...); así como el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública asociada, la cual se compone de un Laboratorio para la conservación de materiales y un Museo que permita la divulgación y apropiación del patrimonio cultural de la Nación» (17).

Es más, de acuerdo con la información publicada en la página web del Ministerio de Cultura, el plazo de cierre de la licitación ha sido ampliado al 23 de julio. Ahora mismo, la favorita parece ser Maritime Archaeology Consultants Switzerland AG, una sociedad anónima suiza controlada desde las Islas Caimán, registrada el 18 de marzo de 2016, en cuyo equipo científico se encuentran varios conocidos «cazatesoros», como Mensun Bound, que participó en las expediciones de los naufragios del acorazado *Admiral Graf Spee* en Montevideo o del *Hôï An* en Vietnam (18). Y es que esta misma empresa fue a la que se autorizó en 2015, a través de la Resolución 1456 de 2015, la exploración de las aguas colombianas para encontrar patrimonio cultural sumergido. Es decir, el Estado colombiano ha estado cooperando con esta empresa desde hace tres años.

La intención del Estado colombiano ha sido duramente criticada por expertos en arqueología nacionales e internacionales. Un grupo de docentes interdisciplinar de la Universidad Nacional de Colombia expresó su preocupación

(16) Comunicación oficial del Ministerio de Cultura de Colombia, por la que se anuncia la publicación de los pliegos: <http://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Paginas/Se-publicaron-los-pliegos-del-Gale%C3%B3n-San-Jos%C3%A9.aspx> [Último acceso: 12 de abril de 2018].

(17) Contrato Modelo de Concesión de Patrimonio Cultural Sumergido Bajo el Esquema de Asociación Público Privada del Ministerio de Cultura, Capítulo II, Artículo 2.1 Objeto.

(18) En ambas expediciones se subastó parte de los bienes descubiertos. En el caso del águila del *Graf Spee*, el emblema se sacó, a pesar de la negativa de Alemania por temor a atraer movimientos neonazis. La Corte Suprema de Uruguay sentenció que pertenecía al Estado uruguayo, el cual llegó a plantear su subasta, no obstante la negativa de Alemania. Hoy en día, Uruguay no ha decidido qué hacer con el emblema. Véase <http://www.defensa.com/uruguay/uruguay-estudia-vender-aguila-acorazado-aleman-graf-spee-obtener>; <https://www.elobservador.com.uy/el-gobierno-quiere-exhibir-el-aguila-nazi-del-mitico-graf-spee-n1140980> [Último acceso: 13 de abril de 2018]; y con el naufragio del *Hôï An*, véase <http://traffickingculture.org/encyclopedia/case-studies/hoi-an-shiwreck/> [Último acceso: 13 de abril de 2018].



Otra de las imágenes divulgadas por el Gobierno colombiano, en la que se aprecian más cañones del pecio

sobre el proyecto en un dictamen solicitado por la Procuraduría General de la Nación. En el mismo, no solo se criticaba la Ley 1675, especialmente el concepto de «tesoro» frente al de patrimonio cultural sumergido —pues, para la arqueología, ambos son indivisibles—, sino también el desarrollo del proceso de adjudicación, que carece de transparencia y del que la comunidad científica y académica ha quedado apartada (19).

Además, recientemente, la Procuraduría General de la Nación entregó un informe a la ministra colombiana de Cultura señalando numerosas irregularidades en el proceso de licitación, que incumple la legislación colombiana. Entre las irregularidades descubiertas se encuentran: la forma de financiación, compuesta por tres vías diferentes, de las cuales una es contraria a las leyes de asociación público-privada; los porcentajes de la remuneración al contratista, que han sido modificados varias veces; o los propios plazos, que han sido incumplidos por parte de la empresa y del Ministerio de Cultura. Tras haber denunciado las irregularidades, el siguiente paso parece ser realizar una evaluación disciplinaria, que podría concluir en un proceso judicial contra el proyecto, por no hablar de la responsabilidad legal de la ministra de Cultura y otros funcionarios.

(19) «Universidad Nacional pide que el naufragio del galeón *San José* no sea intervenido», *El Espectador*, 12 de abril de 2018.

<https://www.elespectador.com/noticias/actualidad/universidad-nacional-pide-que-naufragio-del-galeon-san-jose-no-sea-intervenido-articulo-749634> [Último acceso: 13 de abril de 2018].

En cualquier caso, España tiene aún la oportunidad de negociar con Colombia la protección del galeón sumergido. Las relaciones entre ambos países son inmejorables. Tal como enfatizaba el ministro Borrell en su carta, el apoyo de España durante las negociaciones con la Unión Europea sobre los requisitos de viaje para ciudadanos colombianos, al proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y a la entrega del Nobel de la Paz a José Manuel Santos son hitos recientes muy positivos en las relaciones entre ambos países. España debe actuar de prisa a la hora de encontrar la mejor vía para asegurar la protección del galeón, sin poner en peligro las relaciones hispano-colombianas, porque el presidente Santos pretende dejar el asunto atado antes de que acabe su mandato. De todas las vías analizadas en este estudio, esta es, definitivamente, la primera a la que se debe acudir y agotar, con preferencia a cualquiera de las anteriormente analizadas.

Conclusión

Es una extraña coincidencia que Colombia no haya querido ratificar ni firmar tratados que le exigirían devolver patrimonio cultural sumergido, que ahora mismo supone bienes cuya exhibición resulta ser un beneficio económico para las arcas del Estado colombiano. Esta posición no es vista con buenos ojos por la comunidad internacional, y menos por los Estados con mayor poder económico y político, que son aquellos que históricamente controlaban los mares del mundo, también conocidos como los Estados colonizadores. A Colombia esta posición le puede pasar factura en algún momento. Mientras la tinta del acuerdo de paz con las FARC no se haya secado, Colombia necesita apoyo y respaldo de la comunidad internacional, y más de España, país que ha tenido un papel central en las negociaciones con las FARC, con la participación de Felipe González o la del abogado español Enrique Santiago, representando los intereses de las FARC. Por no mencionar la relación económica entre ambos Estados, siendo España el segundo país con mayor presencia empresarial en Colombia.

Tras analizar todos los métodos disponibles para España, y después de haber confirmado que la vía de la negociación ya ha sido iniciada, se concluye que hay dos órganos internacionales de resolución de conflictos interestatales a los que España puede acudir para recuperar el pecio: el Tribunal Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Arbitraje. Ambos órganos resuelven el conflicto aplicando la misma metodología, con lo cual no habría una gran diferencia en la resolución si se fuera a uno u otro. Sin embargo, a la hora de decidir entre ambas instancias, la más recomendable es la segunda, puesto que conlleva menos dificultades a la hora de convencer a Colombia de acudir a un tribunal y de que este acepte su competencia.

En vista de todo el análisis realizado, queda claro que el Derecho del mar contiene un vacío legal en relación con la inmunidad de los buques de

Estado y los cementerios de guerra marítimos, vacío que se intentó resolver con la Convención de la UNESCO, aunque no ha sido posible pues sólo cincuenta y cuatro Estados la han ratificado. Aunque la práctica de los Estados, que se consolida en costumbre internacional, sirve como vía subsidiaria para la resolución de conflictos sobre la materia, los organismos internacionales tienen que llegar a un acuerdo más concreto sobre el asunto, puesto que el mar está repleto de pecios, de un valor incalculable o con tripulación fallecida, que requieren protección legal para no ser objeto de saqueo por empresas privadas especializadas en este tipo de hurtos.

Este no es solo un asunto que concierna a los Estados occidentales, excolonizadores, sino a todos. Estas convenciones tienen intención de durar ilimitadamente, con lo cual en el futuro cualquier Estado puede sufrir la pérdida de uno de sus buques de guerra en alta mar o en los mares de otro país. No es una cuestión de tesoros, sino de propiedad estatal, de inmunidad de Estado, es decir, de la propia seguridad jurídica y legal internacional.

Por otro lado, son varias las voces en España, especialmente provenientes de la Armada, como Augusto Conte de los Ríos, que consideran que debería haber una mayor coordinación entre los archivos de la Armada y la Administración, con proyectos como una carta de pecios a proteger o la actualización del Plan Nacional sobre Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático. También se recomienda una colaboración iberoamericana para que el hallazgo de un pecio español en aguas iberoamericanas no despierte un conflicto sobre su propiedad, sino una maquinaria administrativa sobre su protección e investigación. De esta forma fortaleceremos las relaciones hispanoamericanas en pro de la protección del Patrimonio de la Humanidad. Quizá Florentino Ariza no soñase con este destino para el *San José* y su cargamento cuando intentaba encontrarlo para entregarle una de sus joyas a Fermina Daza, pero nadie puede negar que es más legítimo que aquel que él deseaba.

Bibliografía

Convenciones y tratados

- Convención internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a las inmunidades de los buques de Estado, 1926.
- Carta de las Naciones Unidas, 1945.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convención de las Naciones Unidas del Derecho al Mar, 1982.
- Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, 2001.
- Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, 1945.
- Reglamento del Tribunal Internacional de Justicia, 1978.
- Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje, 2012.
- Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste, 2000.

Leyes

Ley 14/2014, del 24 de julio, de la Navegación Marítima.

Ley 1675, del 30 de julio de 2013, por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia, en lo relativo al Patrimonio Cultural Subacuático.

Decreto 1698, del 5 de septiembre de 2014, por medio del cual se reglamenta la Ley 1675 de 2013.

Casos

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia): Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Rep. 2007.

Certain Criminal Proceedings in France Case (Djibouti v France): Preliminary Measures, 2003 I.C.J. Rep. 102.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening): Judgment, I.C.J. Reports 2012.

Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel, 132 S. Ct. 2379.

Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel, 657 F.3d 1159 (11th Cir. 2011).

Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel, 675 F.Supp.2d 1126, 1148 (M.D. Fla. 2009).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (13 de febrero de 2018), Sentencia 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU), [MP William Hernández Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, (5 de julio de 2007), Sentencia 226689, [MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Libros y monografías

AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: *La protección jurídica internacional del Patrimonio Cultural Subacuático*, Instituto de Historia y Cultura Naval, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, XL Jornadas de Historia Marítima Ciclo de Conferencias. Abril 2010, Cuaderno monográfico n.º 62, p. 59-78.

GRANT, John P., y BARKER, J.: Craig, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oxford University Press Print, 2009, 3ª edición, <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195389777.001.0001/acref-9780195389777>

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 2017, 21ª edición.

PICKFORD, Nigel, *Atlas of Ship Wreck & Treasure*, Dorling Indersley, Londres, 1994, p. 164.

VV.AA. *Manual del Derecho del Mar (Vol. II)*, Ministerio de Defensa, Centro de Publicaciones, 2016.

Artículos de publicaciones periódicas

AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: «Legal Status of Sunken Warships «Revisited»», *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 9, 2003, p. 83.

CONTE DE LOS RÍOS, Augusto: «El rescate del *San José* y la Ley de Navegación Marítima (14/2014)», *Revista General de la Marina*, Tomo 270, Marzo 2016, pp. 213-227.

TRIGO CHACÓN, Manuel: «Los pecios. Los tesoros bajo el mar. Las flotas españolas de Indias. El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático», en *Revista General de la Marina*, Tomo 270, Junio 2016, pp. 799-814.

FERNÁNDEZ DURO, Cesáreo: *La Armada Española desde la unión de los reinos de Castilla y Aragón*, Museo Naval, Madrid, Edición facsímil de 1973, Tomo VI, p. 489.

Publicaciones en Internet

- ÁLVAREZ RUBIAL, Gregorio Pablo: (Noticias Jurídicas). *El proceso judicial del caso Odissey en Estados Unidos*, en NOTICIAS JURÍDICAS, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4745-el-proceso-judicial-del-caso-odyssey-en-estados-unidos/>, (última consulta: 25 de octubre de 2016).
- MINISTERIO DE CULTURA DE COLOMBIA, «Ministerio de Cultura responde a la Sea Search Armada sobre el Galeón *San José*», en Ministerio de Cultura de Colombia, <http://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Paginas/Ministerio-de-Cultura-responde-a-la-Sea-Search-Armada-sobre-el-Gale%C3%B3n-San-Jos%C3%A9.aspx>, (última consulta: 25 de octubre de 2016).
- BORN, Gary: *State-to-State Arbitration at the Permanent Court of Arbitration*, en Wolters Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/07/20/state-to-state-arbitration-at-the-permanent-court-of-arbitration/> (última consulta: 24 de octubre de 2016).