

EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO: EL CONVENIO DE LA UNESCO DE 2001

Juan Carlos González Barral
*Capitán Auditor. Jefe de la Unidad de Consejo de Ministros.
Vicesecretaría General Técnica- Secretaría General Técnica.
Ministerio de Defensa.*

SUMARIO

1.- PRESENTACIÓN. 2.- LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO COMO EJE DE PROGRESIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. A.- Factores culturales. B.- Factores tecnológicos. C.- Factores jurídico-internacionales. D.- Factores de la práctica internacional en relación con el mar. 3.- LA PROTECCIÓN EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES. 3.1.- El «Soft Law»: «La Carta para la protección y gestión cultural» de ICOMOS. 3.2.- El ámbito regional: a).- El Protocolo relativo a zonas internacionales específicamente protegidas de 1982. b).- La resolución 848 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1978. c).- El proyecto de Convención Europea sobre patrimonio cultural subacuático de 1985. 3.3.- Los intentos doctrinales: El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional. 3.4.- La protección convencional de alcance universal: La Convención sobre Derecho del Mar, de 1982.: A.- El principio general. B.- La protección en los distintos espacios marinos. 4.- LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO SOBRE PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO, DE 2001. 4.1.- Antecedentes. 4.2.- Contenido de la Convención. A.- Los principios generales. B.- El concepto de Patrimonio Cultural Subacuático. C.- Alcance de la Convención: Las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado. D.- Los principios generales de protección en las distintas zonas: La creación de una «zona de patrimonio cultural». Aspectos jurisdiccionales: Aguas interiores, archipelágicas y mar territorial. Zona contigua. Zona económica exclusiva y plataforma continental. La «Zona». D.- Los descubridores privados y las normas sobre salvamentos marítimos. E.- La relación entre la Convención sobre derecho del mar, de 1982 y la Convención de la UNESCO. 5.- SOMERA REFERENCIA AL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

1. PRESENTACIÓN

En la actualidad la salvaguarda del Patrimonio Cultural Subacuático (PCS) es una prioridad de primer orden. Distintos factores concurrentes, que más tarde analizaremos, motivaron que las Naciones sientan de manera perentoria la necesidad de regular jurídicamente los distintos derechos implicados en relación con el Patrimonio Cultural Subacuático. Se trata de tener en consideración, por un lado, los intereses de las empresas e instituciones dedicadas a la búsqueda y rescate de dicho Patrimonio, que se encuentran polarizadas en torno a los intereses puramente económicos, en algunos casos y, en otros, alrededor de los aspectos estrictamente culturales en el ejercicio de la actividad técnica encaminada a la búsqueda y rescate del Patrimonio Cultural Subacuático.

Un segundo grupo de intereses es el de los Estados. En esta línea, debe diferenciarse nítidamente la posición de quienes tienen PCS en sus aguas jurisdiccionales de quienes fueron, o son, el Estado de pabellón de los barcos hundidos, o bien pueden ser considerados por cualquier razón Estados de origen cultural o histórico del PCS.

2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO COMO EJE DE PROGRESIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. FACTORES COADYUVANTES

Todos estos intereses que hemos mencionado, difíciles de conciliar, deben ser armonizados a la mayor urgencia. Distintos factores han acelerado la necesidad de dejar sentado, desde el punto de vista jurídico internacional, un marco común. Sintetizaremos dichos factores de la siguiente forma:

A) FACTORES CULTURALES

Tanto en el ámbito de la UNESCO como en otros foros, se han desarrollado mecanismos para una adecuada preservación del patrimonio cultural, incluido el cultural subacuático.

Estos mecanismos consisten, en primer lugar, en la revisión de las metodologías de intervención e investigación científica, así como en la elaboración de unos postulados éticos sobre el impacto de una investigación sobre los restos de valor cultural.

En esta línea, y sin ánimo de adentrarnos en el estudio de una materia que nos es ajena, debe resaltarse que en la actualidad se promueve en los foros profesionales de arqueólogos e historiadores el concepto de «acción no intrusiva», definible como aquella que da acceso a información de interés sin destruir los «sitios» arqueológicos (1).

Esta idea de acción no intrusiva se encuentra recogida en numerosos textos del denominado «soft law». Así, por ejemplo, en la Carta para la Protección y Gestión del Patrimonio Arqueológico (2) y en la Carta sobre la Protección y Gestión del Patrimonio Cultural Subacuático (3), documentos fundamentales para concretar las exigencias de una correcta intervención en restos de valor cultural arqueológico (4).

Ciertamente, como con frecuencia se pone de manifiesto, las condiciones del patrimonio sumergido favorecen en mayor medida que en el caso del situado en tierra firme un comportamiento respetuoso con el mencionado principio. De un lado, la arqueología subacuática ha llegado rápidamente a la conclusión de que aquellos proyectos que no pueden asegurar la conservación de los bienes recuperados de las aguas ponen en alto riesgo de pérdida a los materiales obtenidos. Por otra parte, la escasa presencia humana en los fondos oceánicos asegura su intangibilidad.

Con ánimo de rentabilizar económicamente la PCS se han formulado alternativas a su extracción de los espacios marinos. Así debe citarse la posibilidad de realizar una explotación comercial de sitios bajo el agua con fines turísticos. En tal sentido y a título de ejemplo, el uso no científico del patrimonio cultural en los circuitos de buceo ofrecidos por los denominados tour operadores es un factor que abunda en la oportunidad de mantener sumergidos los restos culturales, lo que hace necesario repensar los modos de explotación de tales lugares (5).

Sin embargo, esta buena práctica arqueológica y cultural choca con el planteamiento de quienes buscan rentabilizar a corto plazo sus inver-

(1) Utilizamos la palabra «sitio» como traducción de la inglesa «site», dado que en los foros académicos se emplea con mayor frecuencia que otras, como «lugares» o «emplazamientos», quizás más correctas en castellano.

(2) Redactada por el Comité Internacional de Gestión del Patrimonio Arqueológico de ICOMOS, 1990. Su artículo 1, rubricado «principios fundamentales» determina que «deberán alentarse técnicas no destructivas, investigaciones no intrusivas y extracción de muestras, con preferencia a la excavación» señalándose seguidamente, que «la preservación del patrimonio cultural in situ deberá considerarse como la primera opción»

(3) Obra del Comité Internacional de Patrimonio Cultural Subacuático, también de ICOMOS, en 1996.

(4) Vid. *Infra*, págs. 9 y 10.

(5) Renfrew, C. y Bahn, P.: *Arqueología: Teorías, métodos y práctica*. Ediciones Akal. Madrid, 1995. Págs. 135 y ss.

siones para la investigación de los hallazgos marinos. Dirigen preferentemente sus actividades al rescate y consiguiente extracción de metales preciosos.

B) FACTORES TECNOLÓGICOS

La tecnología ha proporcionado una amplia gama de instrumentos para facilitar el acceso a los restos subacuáticos. Así, en primer lugar, debe destacarse la aparición del sonar, que constituye un elemento verdaderamente importante a la hora de localizar los pecios hundidos. Los sonar de última generación permiten la identificación de los objetos depositados en el fondo del lecho marino con un alto grado de precisión.

Tampoco podemos dejar de referirnos al ingenio que en la actualidad muestra una mayor eficacia en este ámbito. Se trata del magnetómetro de resonancia nuclear. Este aparato mide los campos magnéticos con una intensidad mil veces mayor que los convencionales y puede incluso captar objetos no metálicos.

Por último, no olvidaremos un complemento de la importancia del GPS (Global Positioning System o sistema de posicionamiento global), que permite marcar con precisión de unos pocos centímetros un punto, un objeto, un hallazgo, lo que facilita la orientación de los buceadores en busca de algún resto.

Junto a estos aparatos que, por su respeto de la buena práctica arqueológica y cultural, merecen un juicio favorable, existen otros, como los de aspiración masiva, que tienen un efecto devastador para la vegetación de los fondos oceánicos y para los propios restos con importancia cultural. Son empleados frecuentemente por las empresas con baja capacitación tecnológica para el rastreo de los restos (6).

C) FACTORES JURÍDICO INTERNACIONALES

Es conocido que en nuestros días la nítida separación entre alta mar, —espacio común de la humanidad— y mar territorial, como zona sometida a la soberanía de los Estados, se ha difuminado en gran medida.

(6) Dean, M., Ferrari, B., Oxley, I., Redknap, M. y Watson, K. Ed: Archeology Underwater, the Nautical Archaeology Society Guide to Principles and Practice. Dorset, Reino Unido, 1992. Pág. 36.

Hoy la delimitación de las áreas marinas es más compleja. De un lado, existen áreas en las que sin ejercerse la plenitud de la soberanía estatal se permite el ejercicio de derechos de explotación económica. Se trata, en primer lugar, de la denominada zona económica exclusiva, a nivel de superficie acuática y, en lo que respecta al lecho marino, de la plataforma continental, definida como aquella porción del lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia coextensa a la de la zona económica exclusiva (Artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay —Jamaica— el 10 de diciembre de 1982).

Esta nueva delimitación de los espacios marinos y de los derechos atribuidos en ellos a los diferentes Estados, sugiere, en primer lugar una importante ampliación de las áreas sobre las que recaen derechos estatales y consecuentemente una reducción de los espacios sometidos a libertad de investigación por terceros Estados.

Analizamos más adelante el alcance de los nuevos instrumentos internacionales en relación al estudio de nuestro estudio.

D) FACTORES DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON LA MAR

Sin perjuicio de la nueva delimitación de los espacios marinos operada por la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, los Estados costeros han llegado en ocasiones más allá de lo previsto en dicho texto en su reivindicación de nuevas competencias en las distintas áreas. No puede obviarse en este momento la tendencia, patente en gran parte de los países iberoamericanos, a la territorialización de la zona exclusiva económica (ZEE), pretendiendo hacer de dicho espacio una zona sometida a plena soberanía estatal. Incluso, se ha llegado a hablar de la necesidad de extender las competencias estatales más allá de esta zona. Como ha señalado el profesor Pérez González, «el afianzamiento en la década de los 60 de ciertos movimientos de nacionalización de vastas zonas marítimas en la postguerra (y cuyo más rotundo exponente es la práctica de ciertos países latinoamericanos ribereños del Pacífico) introduciría hondas fisuras en aquel derecho, basado en el axioma utilitario del *mare liberum*» (7).

(7) Pérez González, M.: «La ordenación jurídica del mar: factores en presencia» en *Temas Marítimos*. Santiago de Compostela, 1981, Pág. 10.

Así, la doctrina chilena habla desde antiguo del Mar Presencial, que sería aquella porción marítima, en la que, más allá de las 200 millas, se vindican derechos económicos para el Estado ribereño. Esta solicitud doctrinal de mayores competencias ha llevado a ciertos autores, más respetuosos con la literalidad de la regulación internacional en la materia, a hablar de la «jurisdicción rampante» de los Estados ribereños, que van avanzando más y más en la explotación de los recursos de lo que, en términos del estricto Derecho Internacional, es alta mar. Ejemplo de ello lo constituye la Ley de pesca de Chile, de 1991, que modificó la aprobada de 1989. Dicha norma no cuestiona la delimitación de los espacios marinos consagrada convencionalmente, pero sí altera el régimen de los derechos y deberes atribuidos al Estado ribereño en cada una de las áreas. Por ello, aun admitiendo que más allá de las 200 millas desde la costa se extiende el alta mar, la Ley atribuye a Chile la competencia para aplicar las normas sobre conservación y gestión de las poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la ZEE y en la Alta mar.

En un sentido similar, la Ley Argentina de 1991 sobre líneas de base determina la aplicación de las normas nacionales sobre conservación de recursos más allá de las doscientas millas sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquellas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la Zona Económica Exclusiva argentina.

Se trata, pues, en ambos casos, de la aplicación extraterritorial de normas de naturaleza pretendidamente medioambiental de forma no prevista, ni autorizada, por la Convención sobre Derecho del Mar, de 1982, ni en las Convenciones que forman el *Corpus* aprobado en 1958 (8).

Esta tendencia es altamente perjudicial para países como España, no sólo por motivos relacionados con la pesca, sino, en lo que ahora nos interesa, por las eventuales reclamaciones sobre el Patrimonio Cultural Subacuático existente en los fondos marinos incluso más allá del existente en las zonas sometidas a soberanía.

3. LA PROTECCIÓN EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

La protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático puede provenir de distintas instancias: a nivel nacional, la normativa estatal —y también hoy, la autonómica— tratan de salvaguardar el legado situado en los

(8) Compuesto por 4 Convenios: sobre Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar, sobre Mar Territorial y Zona contigua, sobre Alta Mar y sobre Plataforma Continental.

lechos marinos. Sin embargo, esta protección se revela necesaria, pero notoriamente insuficiente dado que su ámbito de aplicación es el propio territorio (art. 8 Código Civil) y no puede ser aplicada a los objetos situados más allá de nuestras áreas de soberanía en la mar.

En el presente trabajo, sin ánimo de profundizar en otros mecanismos de protección a nivel nacional, se estudiará especialmente el proyecto de Convención sobre Protección del Patrimonial Cultural Subacuático, elaborado en el seno de la UNESCO, sin perjuicio del análisis de otros textos relevantes tanto del ámbito del Derecho Internacional como del Ordenamiento Jurídico español.

3.1. «SOFT LAW»: LA «CARTA PARA LA PROTECCIÓN Y GESTIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO» DE ICOMOS (CONSEJO INTERNACIONAL DE LUGARES Y MONUMENTOS)

La Carta fue aprobada por la undécima Asamblea del Consejo Internacional de Lugares y Monumentos, celebrada en Sofía (Bulgaria) los días 5 a 9 de octubre de 1996. Tiene un carácter eminentemente cultural y regula aspectos tales como los proyectos de investigación, la financiación de los mismos, los calendarios, la metodología, objetivos y técnicas de la investigación, la gestión y mantenimiento de los sitios, las cualificaciones, responsabilidades y experiencia que deben exigirse a los equipos de investigación, la forma en que debe documentarse la investigación, la difusión de los resultados y la necesidad de una cooperación internacional como mecanismo esencial para la protección y gestión del Patrimonio Cultural Subacuático.

Desde el punto de vista jurídico formal se trata de un documento complementario de la Carta, también de ICOMOS, para la Protección y Gestión del Patrimonio Arqueológico, redactada en 1990.

Los principios fundamentales de la Carta de 1996 son los siguientes:

- La explotación comercial del Patrimonio Cultural Subacuático ya sea para el tráfico mercantil, ya sea para la especulación, es esencialmente incompatible con la protección y gestión de dicho patrimonio.
- La preservación «in situ» debe ser considerada como la opción preferencial en la investigación arqueológica subacuática.
- Se debe permitir el acceso público a los restos.
- Deben preferirse técnicas no destructivas, no intrusivas y basadas en métodos estadísticos y de muestreo a modalidades de excavación del Patrimonio Cultural Subacuático.

— La práctica de la investigación debe evitar interferencias innecesarias sobre los restos humanos o lugares venerados.

3.2. TEXTOS DE ALCANCE REGIONAL

Ante la inexistencia hasta hoy de un texto vinculante de carácter universal, la protección del Patrimonio Cultural Subacuático se ha enmarcado en el contexto de la cooperación de carácter regional. Así, pueden citarse los siguientes ámbitos:

1. El Protocolo relativo a Zonas Mediterráneas Específicamente Protegidas, de 1982, que exige el establecimiento de áreas protegidas para preservar « lugares de particular importancia a causa de su interés científico, estético, histórico, arqueológico, cultural o educativo» (artículo 3.2.b).

En esta línea, las Partes en el Protocolo acuerdan adoptar líneas maestras y niveles mínimos comunes en lo relativo a la selección, establecimiento, gestión y notificación de información en las áreas protegidas y a adoptar progresivamente las medidas necesarias, de conformidad con el derecho internacional (9).

Puede comprobarse como, a pesar de la autolimitación del Protocolo, que restringe su campo de aplicación únicamente a las aguas territoriales de las partes, hay una cierta conexión conceptual con la Convención de la UNESCO a la que dedicamos la mayor parte del presente estudio.

2. La recomendación 848 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Patrimonio Cultural Subacuático, de 1978.

La importancia de este texto radica en su carácter pionero en lo relativo al tratamiento de la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, focalizando la cuestión en los Derechos Jurisdiccionales del Estado ribereño sobre dicho Patrimonio.

3. Sin embargo este mismo planteamiento jurisdiccionalista fue el que motivó que el Proyecto de Convención Europea sobre Patrimonio Cultural Subacuático, finalizado en 1985 y redactado por un Comité de Expertos ad hoc, no fuera abierto a la firma de los Estados: se consideró que la Convención altera el esquema de atribución de competencias de los Estados ribereños tal y como se contemplaban en el Derecho Internacional en vigor.

(9) Para un análisis de profundidad del Protocolo puede consultarse: Strati, A.: *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of The Sea*. Martinus Nijthof Publishers, 1995. Págs. 85-86

3.3. LOS INTENTOS DOCTRINALES: EL PROYECTO DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

En 1988 la Asociación de Derecho Internacional estableció un Comité sobre Derecho del Patrimonio Cultural, que comenzó en 1989 la redacción de un Proyecto de Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuático.

Tras varias sesiones (10), el Comité presentó en la reunión de la Asociación celebrada Buenos Aires en 1994 un texto final acompañada de comentarios. Sin perjuicio del análisis particularizado de las disposiciones del Proyecto, que efectuaremos en el momento dedicado al estudio de cada uno de los problemas planteados en el proceso negociador del texto de la UNESCO, diremos que el documento redactado por la Asociación de Derecho Internacional fue presentado finalmente a la UNESCO. Esta organización convocó a un grupo de expertos que redactó un informe remitido posteriormente a diversos Estados (11).

Debe señalarse igualmente que el texto fue también difundido y estudiado en foros más «maritimistas»: Comité Marítimo Internacional, División de Naciones Unidas sobre Asuntos Marítimos y Derecho del mar (DOALOS) y a Organización Marítima Internacional (OMI).

Todo ello contribuyó a preparar a la Comunidad científica internacional para los debates que se plantearon al hilo del proceso desarrollado en el ámbito de la UNESCO.

Desde un punto de vista puramente práctico creo que el hecho de que la Convención a la que dedicamos la mayor parte de nuestro análisis se haya gestado y discutido en el ámbito de la UNESCO no ha favorecido a nuestros intereses. La posición española en la materia, firmemente anclada en el Derecho Internacional en vigor, habría sido mejor comprendida en foros específicamente dedicados al análisis y desarrollo del Derecho del Mar.

3.4. LA PROTECCIÓN CONVENCIONAL DE ALCANCE UNIVERSAL

La Protección en el ámbito multilateral, esto es, la contenida en textos convencionales suscritos por numerosos Estados, se encuentra esencialmente en dos instrumentos: La Convención sobre Derecho del Mar, de

(10) Celebradas, en Queensland, Australia (1991) Vid. ILA, Report of the sixty fourth Conference 1991. Pág. 223, El Cairo (1992) y París (1993).

(11) Se trata del documento Doc. CLT-96/CONF. 605/6, Final Report.

1982, y el Convenio de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 2001.

La Convención sobre Derecho del Mar, de 1982, ratificada por España por Instrumento de 14 de febrero de 1997.

El sistema de esta Convención, que sólo trató incidentalmente la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, radica en la enunciación de un principio general aplicable en todos los espacios marítimos, combinado con previsiones específicas para determinadas áreas marinas.

— El principio general:

La norma general, contenida en el artículo 303.1 de la Convención impone una obligación de hacer, en virtud de la cual, los Estados asumen un doble compromiso: en primer lugar, proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y, en segundo término, cooperar entre sí para tal protección.

Ahora bien, el párrafo 3 del artículo 303 establece una regla de compatibilidad que resulta de difícil exégesis: se precisa en dicho inciso que nada de lo dispuesto en el artículo —hay que entender que únicamente en lo que se refiere a la obligación de protección y no en lo relativo a la cooperación— afectará a «los derechos de los propietarios identificados, a las normas sobre salvamentos y a otras normas de Derecho marítimo».

La dificultad de interpretar el precepto se debe a los problemas que supone deslindar a qué normas de Derecho marítimo se refiere el apartado, ya que, en línea de principio, parece claro el sentido de la prioridad de los derechos de propiedad sobre la protección de los bienes y tampoco plantea dificultades la determinación de las reglas sobre salvamentos. Únicamente cabría preguntarse, en este último sentido, si el texto de la Convención se refiere a las normas de carácter internacional, concretadas por los Convenios de Bruselas de 1910 (12) y de Londres de 1989 (13), o también a las generadas in foro doméstico.

Por otro lado, el apartado 4 del mismo artículo 303 determina que lo dispuesto en el precepto se entenderá «sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y las demás normas de Derecho Internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico». Aquí se aprecia con mayor claridad una cláusula de prevalencia de los textos convencionales y resoluciones de organizaciones internacionales (normas de

(12) Convenio de 23 de septiembre de 1910, para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y salvamento marítimo.

(13) Convención Internacional sobre Salvamentos, de 28 de abril de 1989. Entró en vigor el 14 de julio de 1996. España no es parte en la misma.

Derecho Internacional distintas de los Tratados), especialmente dirigidos a la protección cultural siempre y cuando ofrezcan un grado de salvaguarda más acabado que en el reiterado artículo 303 de la Convención de 1982.

Sería el caso de los numerosos textos de carácter normalmente bilateral suscritos por las antiguas Potencias marítimas y los Estados en cuyas aguas de soberanía se encuentran los buques hundidos. A título de ejemplo, el Acuerdo entre Holanda y Australia relativo a los buques hundidos holandeses de 1972. Su contenido básico radica en que Holanda, sucesora de la propiedades y activos de la Compañía Holandesa de la India Oriental, transmite todos los títulos y Australia los acepta, si bien reconociendo a Holanda un «interés continuado» en los objetos recuperados de los buques. En otras ocasiones, el Acuerdo se refiere a un pecio concreto, como el suscrito el 3 de octubre de 1989 entre los Gobiernos de Estados Unidos y Francia a propósito del CSS Alabama, hundido en el mar territorial francés a siete millas del puerto de Cherburgo. Se trataba de un barco confederado participante en la Guerra Civil norteamericana que fue hundido el 19 de junio de 1864.

En un sentido similar, España ha propuesto a los Países iberoamericanos un «Convenio tipo» a suscribir por los Estados que quieran colaborar, desde una perspectiva cultural, para la mejor protección de los restos encontrados en sus aguas de soberanía o jurisdicción. El proceso, sin embargo, no ha obtenido los resultados esperados porque ha sido influenciado por los debates habidos en el seno de la UNESCO para la redacción de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. De todas formas, el tema de los buques españoles es especialmente complejo, porque junto a los factores puramente culturales, existen intereses derivados del hecho de que la carga transportada era de ordinario oro o plata (14), circunstancia que no concurre en los pecios de otros Estados, ni siquiera en los de las Potencias Navales clásicas.

- Previsiones específicas en cada una de las zonas:

De manera ciertamente sorprendente, la Convención sobre Derecho del Mar sólo contiene normas sobre protección del Patrimonio Cultural Subacuático en algunos espacios marinos y no en otros. Entendemos que con ello se ha querido dejar sentado el principio de que en aquellas áreas donde nade se dice en particular, el régimen será el que se derive de las competencias atribuidas a los Estados ribereños o a otros cuando exista un criterio de conexión con los restos hallados (Estado de pabellón del buque, Estado de origen cultural, histórico, etc...).

(14) Metales, por cierto, inmunes a la corrosión marina.

— **Mar territorial:**

En virtud de la aplicación del principio de que el mar territorial está sometido a soberanía del Estado ribereño, la Convención de 1982 no hace expresa mención a los objetos culturales hallados en esta área, quizá porque parte del sometimiento in toto a las disposiciones internas propias de dicho Estado. Cuestión distinta es la que se planteará cuando dichos objetos culturales consistan precisamente en un buque hundido que tenga derecho a inmunidad. En este caso creemos que prima este último criterio sobre el territorial.

• **Zona contigua:**

El régimen en esta área en relación al PCS se contiene en el artículo 303.2 de la Convención, que autoriza al Estado costero, a fin de fiscalizar el tráfico de objetos de carácter arqueológico o histórico, a presumir que la remoción de tales objetos arqueológicos sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos aduaneros o fiscales. Ello le habilita a adoptar medidas de carácter represivo.

Creemos que este precepto es criticable, desde una adecuada interpretación de la naturaleza de la zona contigua, por tres razones:

a) En primer lugar, desde un punto de vista sistemático esta zona se regula en la Parte II de la Convención de 1982, precisamente denominada «el mar territorial y la zona contigua». Sin embargo, las competencias del Estado en dicha zona contigua en relación al Patrimonio Cultural Subacuático se regulan extramuros de la mencionada Parte II. No puede dejar de criticarse esta falta de rigor sistemático.

b) Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Convención los derechos en la zona contigua son exclusivamente funcionales y dirigidos a que los Estados ribereños puedan adoptar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y sancionar determinadas infracciones cuando se cometan en el mar territorial o en los espacios terrestres. La naturaleza de las infracciones contempladas en el precepto se concreta de manera exhaustiva (aduaneras, fiscales, de inmigración y sanitarias). El apartado segundo del 303, por su parte, introduce dos novedades en este régimen: en primer lugar, incluye, como infracción que permite la adopción de medidas de fiscalización, la remoción no autorizada de objetos arqueológicos e históricos. En segundo lugar, permite la adopción de tales medidas cuando la infracción se produzca en la propia zona contigua, esto es, fuera del mar territorial y de los espacios terrestres. Se trata, a nuestro entender, de una clara distorsión del régimen jurídico de dichos espacios marinos.

c) El apartado merece, a nuestro entender, una tercera crítica: los objetos históricos o arqueológicos a que se refiere el precepto estarán situados, lógicamente, en el fondo marino y no flotando en las aguas que constituyen la zona contigua, que es un espacio exclusivamente acuático. Pero dicho fondo es parte integrante de la plataforma continental (ex art. 76 de la Convención de 1982) por lo que el artículo 303.2, que se refiere a las facultades del Estado ribereño en la zona contigua, se extralimita conceptualmente al regular la remoción de objetos hallados en «los fondos marinos de la zona (contigua)».

— **La plataforma continental:**

La Convención de 1982 no regula el régimen de los objetos arqueológicos e históricos situados en esta área. Se ha criticado esta omisión, alegando que es ilógico que previéndose un régimen específico aplicable en la alta mar (la Zona) y en la zona contigua, un área intermedia entre dichos espacios no reciba consideración alguna en relación al patrimonio cultural situado en ella. Ello podría dar lugar a interpretar que existe libertad para explorar dicha plataforma e intervenir y apropiarse los objetos hallados, aplicando, bien la ley nacional de quien efectúa el hallazgo o bien las normas internacionales sobre salvamento.

Pero debe descartarse esta interpretación: en primer lugar, cabría aducir que la libertad de los mares no autoriza a perjudicar intereses de los Estados ribereños. Por otro lado, debemos recordar que la Convención de 1982 autoriza al Estado costero a explotar los recursos minerales de la plataforma, por lo que parece incongruente no reconocerle ningún derecho sobre los objetos arqueológicos e históricos situados en ella.

Desde el punto de vista de la práctica internacional, varios Estados reclaman sus derechos sobre los objetos hallados en esta zona (Australia, Chipre, Seychelles, Turquía y también España) (15) en virtud de normas de orden nacional. No existe, que se sepa, oposición de otros Estados a esta práctica.

Algunos otros Estados exigen simplemente que se les sean notificados los hallazgos de bienes culturales en esta zona (Dinamarca y Noruega).

— **La Zona Económica Exclusiva.**

La Convención de Jamaica tampoco concreta previsión alguna al respecto de la protección del PCS en esta área. Ahora bien, consideramos que una interpretación acorde con el espíritu de dicho texto convencional impone restringir el ámbito de las competencias del Estado ribereño en

(15) Art. 40 de la Ley 16/1985, de 26 de junio, sobre Patrimonio Histórico Español.

este área (16), por lo que parece claro establecer que, a falta de una habilitación expresa en la Convención al Estado costero, este no puede vindicar ninguna facultad en la Zona económica exclusiva en relación al Patrimonio Cultural Subacuático.

— **La Zona.**

Se define la zona en la Convención como «los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional» (artículo 1.1).

En este área, el artículo 149 de la Convención precisa que:

«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».

La propuesta de incluir una previsión específica en la materia aplicable fue formulada por Grecia (17).

Del análisis del precepto nos interesa destacar tres extremos:

1.º La mención al «beneficio de toda la Humanidad» que conecta con la consideración de los bienes de carácter cultural en otros textos convencionales contemporáneos.

A título de ejemplo citaremos el Convenio para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954 (18) que en su Preámbulo manifiesta que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad. También, el Preámbulo de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, hecha en París el 23 de noviembre de 1972 (19) señala que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo.

2.º La disyuntiva que se ofrece entre «conservación» o «disposición» que parece no ofrece una opción preferencial clara por el mantenimiento «in situ» de los bienes, a diferencia de otros textos convencionales de índole cultural (20).

(16) Efectivamente si se considera que la atribución de competencias al Estado costero en esta área es a título de excepción, dado que el régimen jurídico de base es el correspondiente al alta mar. Consideramos que como toda excepción su exégesis debe efectuarse con criterios restrictivos.

(17) DOC A/AC.138/SC.I/L. 25 de 14 de agosto de 1973.

(18) Ratificado por España por Instrumento de 7 de julio de 1960.

(19) España es parte por Instrumento de aceptación de 18 de marzo de 1982.

(20) Vid. Pág. 7 de este trabajo.

3.º La mención de los títulos que permiten considerar a un Estado como «interesado»: Ser origen del bien en sentido material, en sentido cultural o en sentido histórico y arqueológico. Como veremos este concepto de Estado interesado reaparecerá en el texto de la UNESCO de 2001.

El artículo 149 de la Convención guarda coherencia con el 136 del mismo texto convencional, que determina que los fondos marinos son patrimonio común de toda la Humanidad, principio a su vez proveniente de la resolución 2749 (XXV) de 1970 de la Asamblea General de Naciones Unidas (21).

La regulación de los objetos arqueológicos e históricos en la Zona ha sido criticada por la doctrina (22) por tres razones básicas: en primer lugar, por su incorrección gramatical, que plantea dudas sobre la interpretación que debe darse a la distinción entre Estado y País que acoge el precepto. En segundo lugar, por la duplicidad que se deriva del hecho de que la protección de los objetos arqueológicos e históricos ya se encuentra incorporada, con respecto a la totalidad de los espacios marinos, en el artículo 303 de la Convención. Finalmente, se reprocha al artículo 149 la carencia de efectos prácticos de la protección que otorga ya que de ordinario, los fondos abisales incluidos no contendrán restos de naturaleza cultural: en la práctica los naufragios suelen producirse cerca de las costas, donde, ante la proximidad del temporal, los buques solían acudir en busca de abrigo.

4. LA CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO, HECHA EN PARÍS EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2001 (UNESCO)

4.1. ANTECEDENTES

La preocupación por la expoliación de los restos culturales sumergidos llevó, ya en 1993, al Consejo Ejecutivo de la UNESCO a invitar al Director General de la Organización a adoptar las medidas necesarias para redactar un nuevo instrumento destinado a favorecer la preservación y protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

(21) Denominada «Principios que regulan los fondos marinos, oceánicos y su subsuelo».

(22) En tal sentido, por ejemplo, de Yturriaga Barberán, J.L.: Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, una perspectiva española. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid 1996. Pág. 499

Respondiendo a esta invitación el Director General de la UNESCO, sometió al Consejo Ejecutivo un estudio de viabilidad de un texto en la materia. Dicho texto fue aprobado por dicho órgano y seguidamente remitido a los Estados Parte de la UNESCO. Se examinó, junto con los comentarios recibidos, por la Conferencia General de la Organización en su 28 sesión, celebrada en 1995.

Como consecuencia de este proceso, se mantuvo una primera reunión de expertos convocados a título personal los días del 22 al 24 de mayo de 1996, donde se estudiaron las propuestas de los distintos Estados parte (Australia, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Marruecos, Holanda, Filipinas, Polonia, Reino Unido, Suiza, Túnez, Turquía y Venezuela), así como la División de Asuntos Marítimos y del Derecho del Mar de la ONU. El conjunto de los trabajos fue remitido a la 29 Conferencia General de la UNESCO.

Esta última Conferencia, en su resolución 21, invitó al Director General a elaborar un proyecto de Convención en la materia y a reunir a un grupo de expertos gubernamentales.

Se han celebrado cuatro sesiones de trabajo de expertos gubernamentales, en concreto del 29 de junio al 2 de julio de 1998, y del 19 al 24 de abril de 1999, del 3 al 7 de julio de 2000 y, por último, los días 2 al 7 de julio de 2001. El resultado es un texto consolidado de Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, que fue aprobado por la mayoría de las delegaciones. Se opusieron Estados Unidos (que, pese a no ser parte de la UNESCO, fue aceptado como observador), Noruega, Rusia, Grecia y Turquía (estos dos últimos Estados, al parecer, por no considerar vinculante la Convención sobre Derecho del Mar de 1982). Se abstuvieron las delegaciones de Alemania, Francia, Gran Bretaña, Holanda y Suecia, por oponerse al tratamiento de las inmunidades de los buques de Estado, y las de Grecia, Chile y Hungría. España, a pesar de la negativa solución final para nuestros intereses, se manifestó, dentro de un posibilismo digno de mejor causa, favorable al texto definitivo.

Finalmente, la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura aprobó el texto, en su 31 Reunión, celebrada en París del 15 de octubre al 3 de noviembre de 2001.

- Contenido de la Convención.

- A) Los principios generales contenidos en el Preámbulo.

Los principios generales de la Convención recogidos en el Preámbulo de la misma pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- a) Se reconoce la importancia del PCS como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento particularmente impor-

tante en la historia de los pueblos, naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su herencia común.

b) Se enfatiza la importancia de proteger y preservar el PCS. Esta obligación tiene un carácter universal y, por ello, es responsabilidad de todos los Estados.

c) La prospección, extracción y protección del PCS deben ser hechas con métodos científicos adecuados y un alto grado de especialización profesional, lo que exige criterios uniformes.

d) Los Estados parte son conscientes de los peligros que, en la actualidad, se ciernen sobre tal Patrimonio, que pueden provenir tanto de la realización de actividades no autorizadas como de las legítimas, que pueden afectarlo de manera fortuita.

e) La necesidad de codificar y desarrollar progresivamente las reglas para dicha protección de conformidad con el Derecho y la práctica internacionales y para la mejora de las medidas adoptadas. Los instrumentos internacionales que se citan expresamente son la Convención de la UNESCO sobre los medios para prohibir y prevenir la importación, exportación y transferencia ilícitas de propiedad cultural, de 14 de noviembre de 1970, la Convención de la UNESCO relativa a la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 16 de Noviembre de 1972 y la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

f) Se pretende la preservación in situ de los restos o, caso de ser necesario para fines científicos o para su protección, la recuperación de los mismos.

B) Definición del PCS.

La Convención define el Patrimonio Cultural Subacuático como «todos los rastros de existencia humana que tengan carácter cultural, arqueológico o histórico que hayan estado parcial o totalmente bajo el agua, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años». Se citan después, a título ejemplificativo, como elementos incluidos en la definición los sitios, estructuras, edificios y restos humanos y su contexto «arqueológico y natural», los buques, aeronaves y su cargamento y los objetos de carácter prehistórico.

Pero esta concepción del Patrimonio Cultural Subacuático estuvo sujeta a discusión durante todo el proceso negociador. Así, se mantuvieron posiciones diversas sobre varios aspectos controvertidos:

En primer lugar, existió una cierta polémica en relación al período de tiempo que un resto debía permanecer sumergido como mínimo para considerarse incluido en la definición de Patrimonio Cultural y, por tanto, para

estar sometido al régimen protector de la Convención. Las posiciones básicas eran dos: la de quienes pensaban que sería suficiente un mínimo de cincuenta años y la de otras delegaciones partidarias de ampliar dicho plazo hasta cien años. La solución adoptada finalmente ha sido esta última. En la reunión de julio de 2001 se eliminó una cláusula abierta que permitía que un Estado decidiera considerar, con carácter excepcional, como PCS a determinados vestigios o restos con menor antigüedad, siempre que estuvieran dentro de su jurisdicción.

La cuestión de la datación de los restos no es baladí. El límite de 100 ó 50 años, resulta importante porque, si se acoge este último criterio, todos los restos de las dos guerras mundiales podrían ser explotados y removidos. Ello afectaba a la sensibilidad de muchos países que podrían ver como los restos de ascendientes directos de la actual generación son extraídos del lugar donde se encuentran depositados y tratados con un criterio cultural o histórico. Por ello, una delegación tan afectada por esta cuestión como Alemania, propuso la creación del concepto de «cementeros marinos».

Pero el problema del límite a partir del cual un resto debe ser protegido por el Convenio ya se había planteado con ocasión del proyecto de la Asociación de Derecho Internacional, que optó también por el criterio de los cien años. Las razones aducidas entonces para dicha elección, que resultan enteramente aplicables al texto de la UNESCO, pueden ser sintetizadas de la siguiente manera (23):

En primer lugar, el límite de cien años, relativamente reciente frente a otros más amplios también propuestos, permite superar una interpretación de la Convención de 1982, absolutamente *extra legem* pero muy extendida, a tenor de la cual las previsiones sobre protección de Patrimonio Cultural Subacuático contenidas en este instrumento sólo son de aplicación a objetos de una antigüedad de 300 o 400 años.

Por otro lado, aun cuando eran posibles otros «cortes cronológicos» tan arbitrarios como el de los cien años, el Comentario final al Proyecto de la ADI, reconociendo que este no respondía a razones estrictamente científicas, adujo que la mejor razón a favor de esta solución (preferible a la de los 50 años) era de índole puramente práctica: es más probable que un bien de mayor antigüedad revista una cierta importancia desde un punto de vista histórico y, con ello, cultural.

(23) Tomado de Boesten, Eke: *The UNESCO Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage: Analysis and Commentary*. TMC. Asser Institute.2000. Pág. 12.

Finalmente, debe reconocerse que las posibilidades de que exista un propietario identificable privado que reclame la titularidad del bien disminuye a medida que aumenta el tiempo que lleva sumergido.

En cualquier caso, conviene precisar que no debe confundirse la cuestión del tiempo mínimo que un bien debe estar sumergido para ser considerado protegible con la antigüedad de dicho bien.

En relación a este último concepto, una cuestión también de relativa importancia es la que plantea el límite cronológico inferior que debe fijarse para considerar que un objeto constituye PCS. Algunos autores han señalado que debería eliminarse de la definición la referencia a los «restos humanos» con lo que quedarían incluidos los restos paleontológicos, que, en rigor, no pueden ser considerados humanos. Tal propuesta fue deseada con fundamento en que la identificación entre Patrimonio Cultural y restos paleontológicos es disfuncional, dado que el concepto de «cultura» alude necesariamente a un producto humano y, por ello, no predicable en rigor de los elementos de índole paleontológica.

Un elemento que ha sido muy estudiado y profundamente discutido es el relativo a la propiedad de los restos o bienes que integran el Patrimonio Cultural Subacuático. Importante es, también, la cuestión relativa a la propiedad de los restos. El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional exigía para que operase el régimen de protección, que se pudiera presumir que tal propiedad había sido «**abandonada**». Incluso el abandono puede operar como presupuesto, no ya de la protección, sino de la propia definición de PCS. En esta línea, ante la dificultad de probar en cada caso concreto que se había abandonado la propiedad, se sugería la inclusión en el texto de ciertas presunciones de abandono, como por ejemplo la falta de reclamación de los restos 25 años en un plazo de 25 desde su hallazgo.

Pero lo cierto es que la mayoría de las legislaciones nacionales que incorporan el instituto jurídico del abandono exigen la concurrencia de un doble elemento: material y espiritual, entendiendo por este último el ánimo de ejercer los derechos derivados de la propiedad de los restos.

Pondremos dos ejemplos tomados del texto del Proyecto debido a la Asociación de Derecho Internacional:

- El asunto *Colombus America Discovery / Group contra la Atlantis Mutual Insurance Co.* En este caso se dilucidaba el problema surgido en relación al buque *SS Central America*, hundido en 1857 en las costas de Carolina del Sur con una carga de oro perteneciente a comerciantes y banqueros californianos. Tras el naufragio, las aseguradoras se subrogaron en los derechos de los propietarios, tras pagar las indemnizaciones pertinentes. El oro fue localizado en 1989. El Tribunal de instancia sostuvo que dos

datos militaban a favor de la presunción de abandono: en primer lugar, la omisión de los reclamantes en recuperar el oro durante 130 años y, además, la pérdida de la prueba documental de pago efectuado por las aseguradoras. El Tribunal de apelación, sin embargo, anuló la sentencia mencionada y concluyó que debían tenerse en consideración los intereses de los sucesores de los aseguradores y fijó una indemnización del 90% del Tesoro a los descubridores y el 10% a las aseguradoras. En cualquier caso, la doctrina sentada en este caso se cifraba en considerar irrelevante, la hora de valorar el abandono de un buque, si este era público o privado (24).

- El Asunto Akerendam: Dicho buque transportaba oro y plata, que perteneció a la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, fue encontrado en los años 70 en la costa de Noruega. Se negoció un acuerdo al margen de la consideración del buque y de su posible inmunidad.

La tesis a favor de la necesidad de introducir la exigencia del abandono recibió un importante impulso cuando se conocieron las decisiones judiciales dictadas por sendos órganos jurisdiccionales estadounidenses en relación con los buques Juno y La Galga, ambos de pabellón español. En síntesis, las resoluciones judiciales venían a reconocer que este último barco había sido formalmente abandonado por España cuando, en 1763 suscribió un Tratado con Gran Bretaña entregando sus posesiones de Virginia, en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba, hundido, el buque. Por ello, no podía ser reclamado por España. Por su parte, el Juno permanecía propiedad del Estado español por razón de su inmunidad soberana.

Haciendo un sucinto análisis de las vicisitudes del procedimiento tramitado ante los tribunales estadounidense (25), diremos que el auténtico debate de las partes —el Reino de España, de un lado y la compañía Sea Hunt, descubridora de los buques—, se centró en el posible abandono de los buques por parte del Estado español.

El marco normativo en el que se movía la pendencia era sustancialmente la Abandoned Shipwreck Act, de 1987, a tenor de la cual Estados Unidos gozaba de la titularidad de cualquier pecio situado en la tierra sumergida de uno de sus estados, produciéndose en este caso una transmisión de la propiedad a favor de dicho estado. Obvio es decir que con estos

(24) *Columbus America Group v. Atlantic Mutual Insurance Corporation* (974 F. 2d 450 a 461, Cuarto Circuito, 1992).

(25) Los datos básicos del procedimiento pueden consultarse en: Aznar Gómez, M.: La reclamación española sobre los galeones hundidos frente a las costas de los Estados Unidos de América: el caso de La Galga y La Juno, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LII (2000), Págs. 247 a 253.

mimbres, objeto del proceso se reducía a la prueba del abandono por parte de España del Juno y La Galga.

No obstante, la representación procesal de nuestro país, a nuestro juicio con buen criterio y mucha coherencia con la postura nacional en otros foros, trató de negar la premisa mayor, de forma que el hilo argumental empleado se basaba en dos ideas: en primer lugar, que ambos buques eran, y continuaban siendo, fragatas de la Real Armada y, por ello, gozaban de las inmunidades previstas en Derecho Internacional. En segundo lugar, España no había abandonado tales buques.

Por su parte, la Compañía Sea Hunt trató de probar el abandono expreso de tales barcos acudiendo a los siguientes Tratados: El Tratado definitivo de paz entre los reyes de España y Francia, por una parte, y el de Gran Bretaña de otro, de 10 de febrero de 1763, por el que se cedía a este último las posesiones españolas al este del Río Mississippi, el Tratado de Amistad, Solución y Límites entre los Estados Unidos de América y Su Católica Majestad, de 22 de febrero de 1819, por el que se cedió la Florida, y la Declaración de guerra de Estados Unidos contra España en 1898, que suponía, a juicio de la empresa Sea Hunt, la confiscación de todos los bienes españoles en Estados Unidos.

La sentencia de primera instancia declaró literalmente que:

«Regardless of whether or not Juno and La Galga are to be considered warships, they are subject to a rule of express abandonment under the Fourth Circuit's precedent in Columbus-America».

Y continuaba considerando probado el abandono por España de la Galga por aplicación del mencionado Tratado de 1763, pero no el del Juno, que se perdió con posterioridad a tal fecha.

España recurrió la resolución de instancia, al amparo de la interpretación que el propio Gobierno norteamericano había efectuado de los requisitos de abandono de los buques de guerra y otros barcos con inmunidad. Dicha interpretación, en síntesis, esta fundada en que en estos casos no podía presumirse el abandono sino que debían existir actos expresos en tal sentido. En ausencia de un pronunciamiento expreso del Tratado de 1763 sobre un abandono de los pecios españoles, no podía presumirse tal abandono, de modo que la propiedad del La Galga quedaba radicada en España.

Se suponía que existía tal abandono cuando concurría una de las circunstancias siguientes:

a) Siempre que la tecnología hiciera factible la exploración para la investigación o recuperación pero tal exploración no haya sido emprendida por el propietario de los bienes en los 25 años transcurridos desde el descubrimiento de dichos medios tecnológicos o

b) Cuando ninguna tecnología permitiera razonablemente la exploración para la investigación o recuperación, y al menos hayan transcurrido 50 años desde la última declaración por el propietario.

Así pues, como se deduce de estos debates doctrinales y jurisprudenciales, la introducción en el texto de UNESCO del concepto de «abandono» en la definición de Patrimonio Cultural Subacuático planteaba problemas importantes de índole jurídica, agravados por que en el Ordenamiento Jurídico interno de algunos Estados tal concepto (abandono) es desconocido. Por ello, si la inclusión del término se consideraba necesaria, parecía básico, en aras de una mínima uniformidad conceptual, definirlo en la Convención. Obviamente, se trataba de una tarea que desbordaba las funciones asignadas a las sucesivas reuniones de expertos convocadas. Finalmente el concepto de abandono fue eliminado del texto.

La cuestión sobre si España hubiera podido salir beneficiada de prosperar la inclusión del concepto de abandono no es fácil de responder a priori. Si se considera, con la resolución judicial de instancia del citado tribunal estadounidense, que la firma de un tratado reconociendo la independencia de los nuevos países americanos suponía un abandono de las propiedades españolas existentes en tales países, incluidos los buques Estado hundidos, los galeones sumergidos no podrían ser reclamados con éxito por España cuando se encontraran en aguas de soberanía de Estados con los cuales se hubieran suscrito dichos tratados de reconocimiento de independencia.

De cualquiera de las maneras, aunque puntualmente pudiera beneficiar a nuestros intereses alegar la inexistencia de abandono de nuestros buques, debemos ponernos en guardia frente a un empleo del concepto en relación a buques de estado. Como veremos más adelante de estos es predicable el concepto de soberanía, que justifica la concesión de inmunidades, mientras que el abandono es un concepto de Derecho Civil, aplicable, y permítasenos la asimilación, a los bienes patrimoniales del Estado y no a los demaniales. Y precisamente, en la cúspide de la escala de la demanialidad diseñada por Duguit se encuentran los bienes afectos a la Defensa Nacional y, entre ello, los buques de guerra.

C) Alcance de la Convención: La inmunidad de los buques de guerra y otros buques de Estado.

El artículo 1.2 del proyecto de la Asociación de Derecho Internacional señalaba expresamente que la Convención no se aplicaría a los buques de guerra, aviones militares, buques auxiliares, otros barcos o aviones propiedad de un Estado u operados por él y usado a la sazón sólo para servicios no comerciales, así como a su contenido.

Sin embargo, el comentario al precepto pone de manifiesto que la exclusión de estos barcos del ámbito de aplicación del Proyecto no derivaba de su inmunidad soberana sino con el hecho de que los barcos y aviones propiedad del Estado u operados por él no pueden ser abandonados. A títulos de ejemplo de lo que considera una práctica internacional bien consolidada, se citan la Ley australiana de restos históricos de buques de 1976 o la Carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a la Administración Marítima (26), a la que ya nos hemos referido, a cuyo tenor «en ausencia de una transferencia o abandono expresos de un buque de guerra hundido de los Estados Unidos debe presumirse que el título sobre el mismo permanece residenciado en Estados Unidos» (27). Por otro lado, la misma Carta muestra que es también postura de este último país no conceder permiso a los descubridores privados con respecto a buques que contengan cadáveres de militares.

La inmunidad de los barcos de guerra ha sido un tema muy debatido en las diferentes reuniones de expertos habidas. El principio, además de responder a una práctica internacional unánimemente aceptada desde antiguo, se recoge en la actualidad, en el artículo 32 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, según el cual «con las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31, ninguna disposición afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales».

La inmunidad de los buques de guerra y otros buques de Estado se ha basado históricamente en distintas teorías:

1. En primer lugar, el fundamento de la inmunidad de los buques de guerra se encontraría en el concepto de extraterritorialidad acuñado por Vattel, y afirmado por distintos autores clásicos, tales como Fiore, Heffter, Ortolan, Phillimore, Calvo y Wheaton (28). Aquél autor define, en esta línea, el buque de guerra como «prolongación flotante y navegante del territorio estatal».

2. En tiempos recientes, sin embargo, se ha puesto de manifiesto que la extraterritorialidad de los buques de guerra no deja de ser una ficción jurídica (29). Lo relevante sería que los buques de guerra representan la

(26) 8 Digest of United States Practice in International Law.(1980).Págs. 999 y 1004.

(27) Traducción del autor.

(28) Citados por De Castro A: Problemas de Derecho Internacional Marítimo, Madrid, 1895, págs. 28 y 29.

(29) Colombos, C.J.: Derecho Internacional Marítimo. Editorial Aguilar. Madrid 1961. Pág. 361.

soberanía e independencia de un Estado, por lo que la jurisdicción de dicho Estado es exclusiva en tales circunstancias (30).

3. Por último, también se contempla la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra desde su consideración como prestatarios de servicios públicos, lo que permite incluir también a los buques de Estado destinados a servicios no comerciales (31). Los autores partidarios de esta tesis, mayoritaria en nuestros días, se fundamentan en la Sentencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia en el Asunto Lotus (32).

En cualquier caso, lo relevante es que en cualquiera de los supuestos analizados la inmunidad consiste en la sustracción del buque a las competencias de los Estados distintos del de pabellón. Ahora bien, como la propia Convención del Derecho del Mar reconoce, en determinados casos incluso el buque de guerra debe respetar unas mínimas normas de policía local cuando se halla en aguas de soberanía estatal distinta de las del Estado de su pabellón (arts. 30 y 31 de la Convención).

La cuestión de la inmunidad de los barcos de guerra, afecta radicalmente a los intereses de España. Efectivamente dada nuestra condición de gran potencia marítima en el pasado nos resulta importante garantizar que los Estados ribereños no van a realizar reclamaciones con fundamento cultural, sobre los buques españoles hundidos en las aguas sometidas a soberanía o jurisdicción de dichos Estados.

Pero la primera de las cuestiones que debe analizarse es si los buques hundidos pertenecientes a España pueden considerarse, todos, buques de guerra, cuestión muy puesta en duda por algunos expertos gubernamentales, dadas las características, esencialmente, de los galeones.

Un análisis desde el punto de vista constructivo y finalista de los buques españoles nos lleva a hacer la siguiente clasificación de los mismos (33):

— **La Galera:** Este tipo de barco, movido esencialmente por la fuerza de propulsión de los remos de los galeotes que se encontraban a bordo, puede configurarse esencialmente como un barco de índole militar, destinado a facilitar el desembarco en otros navíos de las Tropas, que era esencialmente el medio de combatir en la mar hasta fines del siglo XVI. Sus

(30) De Azcárraga, J.L.: Derecho del Mar, Vol. Pág. 43.

(31) González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., Andrés Saenz de Santamaría, M.P.: Curso de Derecho Internacional Público, Vol. I. Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 390.

(32) CPIJ, serie A, núm. 10, págs. 18 y 19.

(33) Casado Soto, José Luis: Los barcos del Siglo XVI y la Gran Armada de 1588. Ed. San Martín, Madrid 1983.

características eran las de un barco muy maniobrero, bajo de borda, afinado a sus líneas y con imposibilidad de montar cañones en sus costados.

— **La Galeaza:** Es un híbrido de transición entre la Galera y el Navío. Estaba concebida para solventar las carencias de la Galera aún a costa de sacrificar en parte las características básicas de ésta, la movilidad y la rapidez. Surge así un buque que lleva a proa y a popa dos castillos con varios pisos de baterías de artillería (por lo general 12 cañones a proa y 8 a popa); entre las bancadas de los 32 remos por banda que llevaba montaba un cañón pedrero y otro por encima de la cubierta de boga. Su aparejo eran 3 palos con velas latinas.

— **El Galeón:** El Galeón es el buque español por excelencia. Sin embargo hasta fines del siglo XVI se llamaban Galeones a los buques más alargados que la naves, con líneas de Galera con menor pantoque que los barcos ordinarios, y más ligero y maniobrero que aquellas. Su aparejo era un baupres, un palo mayor y un trinquete con velas cuadradas. Excepcionalmente montaba dos mesanas con velas latinas.

También se llamó Galeón con carácter genérico en esta época a cualquier buque de guerra con gran potencia de fuego (por ejemplo durante la época de Francisco I en Francia, se llamó Galeón a todas las Galeazas construidas en el Puerto de El Havre).

En España se llamó genéricamente Galeón a los buques que hacían el tráfico con América. Pero no se trataba de barcos de comercio ordinarios, ya que la acción casi permanente de la piratería obligó a armarse a los barcos y adoptar características de movilidad en su doble concepto de maniobrabilidad y velocidad. Por ello el Galeón de Indias en un barco mixto, de transporte y militar.

— **El Navío:** Con la finalidad esencial de batir adecuadamente a los Galeones se diseñó el Navío, barco esencialmente militar, con una potencia artillera impresionante, que montaba cañones incluso en proa en el eje longitudinal del barco.

Desde el punto de vista de lo que debe entenderse por buque de guerra en sentido material cualquiera de los mencionados debe incluirse dentro del concepto.

En cualquier caso en el proceso de negociación en el Patrimonio Cultural Subacuático, bastantes Naciones han sido reticentes, sobre la base de criterios pretendidamente arqueológicos, a la aceptación del principio de inmunidad soberana de los buques de guerra. Por ello, España propuso la solución de proteger los buques de guerra hallados en aguas interiores, archipelágicas, mar territorial y zona contigua con el consentimiento del Estado del Pabellón, que no fue, como veremos, aceptada.

A nuestro entender, existen suficientes razones que militan a favor de la inclusión expresa de la inmunidad soberana de los buques de Estado:

— Se trata de un principio de índole consuetudinaria, que se aplica, con carácter general, incluso a los Estados que no han ratificado la Convención sobre Derecho del Mar suscrita en Jamaica en 1982.

— Este principio no conoce en el Derecho Positivo Internacional ninguna excepción, salvo las limitaciones a la navegación derivadas del régimen de paso inocente o en tránsito —que en rigor no pueden considerarse derogaciones el principio de inmunidad soberana, sino concreciones del mismo—. La introducción de una «excepción cultural» a esta inmunidad podría ser un precedente disfuncional en el sistema, pudiendo incorporarse en otros textos convencionales excepciones basadas en argumentos pretendidamente humanitarios, medio ambientales, o de cualquier otra índole.

En cuanto a los argumentos manejados por los partidarios de no reconocer la inmunidad de jurisdicción de nuestros buques, se resumen sustancialmente en dos:

a) Se alega, en primer lugar, que los galeones y algunos otros buques usados durante los Siglos XVI a XVIII, no cumplen la definición de buque de guerra.

Ciertamente, el artículo 29 de la Convención de 1982 define al buque de guerra como «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 encuentra 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». Pero esta definición, que interpretada textualmente pudiera no alcanzar a algunos de nuestros buques hundidos, sólo se aplica, por expresa dicción del precepto, a la propia Convención sobre Derecho del Mar. Resulta ciertamente absurdo aplicar una definición de 1982 a los buques del Siglo XVI.

En cuanto al concepto de buque de guerra, señalamos que, la primera definición del territorio relevante para el Derecho Internacional no se contiene en el Corpus de La Haya (34), a pesar de que en él se integran numerosas convenciones relativas al Derecho de los conflictos armados en la

(34) Constituido por las 18 Convenciones sobre el derecho de los conflictos armados surgidas de las Conferencias de Paz celebradas en dicha capital entre los años 1899 y 1907.

mar, sino en el Manual de Oxford (35). De conformidad con este texto doctrinal son barcos de guerra:

- «Los barcos pertenecientes a un Estado que, bajo la dirección de un mando militar y con tripulación militar, llevan, con autorización, el pabellón y la bandera de la marina de guerra».

- «Los barcos transformados por el Estado en barcos de guerra de conformidad con los artículos 3 a 6 del Manual».

Esta clasificación no es innovadora. Ronzitti muestra la similitud entre esta distinción y la que existe entre combatientes regulares e irregulares en el artículo 1 del Reglamento relativo a las Leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la IV Convención de La Haya de 1907 (36).

A pesar de la eficaz simplicidad del concepto de barco de guerra incorporado al Manual de Oxford, han existido tendencias, que ya se manifestaron durante la discusión de dicho texto, a incluir dentro de la definición otros criterios característicos distintos de los finalmente recogidos en el Manual. Entre ellos el más frecuentemente utilizado es la afectación del barco a un servicio militar (37). En el documento de Oxford se eliminó dicho criterio por lo equívoco del concepto. En concreto, se pensó que se podría fácilmente identificar el «servicio militar» solamente con las acciones de combate o captura, con la consecuente marginación de las actividades logísticas, como el transporte (38), que en todo caso pueden ser desarrolladas lícitamente por los barcos de guerra.

En el sentir de algunos autores, una característica propia del barco de guerra sería la importancia del armamento a bordo, de modo que quedarían excluidos aquellos buques desarmados o que llevaran armamento individual o de un muy bajo calibre (39). Sin embargo, como señaló Rolin en la sesión de Oxford del Instituto de Derecho Internacional, durante la cual se aprobó el Manual al que nos venimos refiriendo, «en la definición de barco de guerra se trata de incluir requisitos formales y no materiales»,

(35) Manual de Oxford sobre las Leyes de la Guerra naval entre Beligerantes, de 9 de Agosto de 1913. Se trata de un texto de índole doctrinal elaborado por el Instituto de Derecho Internacional, cuyo valor radica en que trata de recopilar las normas consuetudinarias operantes en el momento de su adopción.

(36) Ronzitti, N. *Droit International Humanitaire applicable aux conflits armés sur mer* en *Recueil de Cours*, La Haya, 1993-II. Pág. 42.

(37) En nuestros días algunos autores echan de menos este carácter en las definiciones de buque de guerra. Por ejemplo Vukas.B: «L'utilisation pacifique de la mer, denuclearisation et désarmement» en *Traité du Nouveau Droit de la mer*, Dupuy, R.J y vignes, Paris, 1985. Pág. 1076.

(38) *Annuaire de L'Institut de Droit International*. Vol. VI, 1929,. Págs. 801 a 803.

(39) Así, Strisower durante la discusión del Manual de Oxford: *Annuaire de L'Institut de Droit International*, Edition Nouvelle Abrégée, 1929. Pág. 801.

aun cuando en casos como el que analizamos la presencia de ciertos equipos bélicos a bordo podrían conducir a la caracterización del barco a cuyo bordo se encuentran como «Fuerza Armada», en el sentido del título de la Sección II del Manual.

En relación con el concepto de buque de guerra, desde el punto de vista del Derecho de los conflictos armados no ha existido ninguna otra definición expresa que aporte novedad a la recogida en el Manual de Oxford. Sin embargo, en lo que podríamos denominar «derecho de la paz» si existen, paradójicamente, definiciones del concepto.

De un lado, la Séptima conferencia de la Comisión de Derecho Internacional, celebrada en 1955, adoptó la siguiente definición de barco de guerra:

«Barco perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado, que está bajo el mando de un oficial debidamente comisionado por el Gobierno, cuyo nombre figura en la lista de oficiales de la flota militar y cuya tripulación está sometida a la disciplina naval regular» (40).

Esta definición, aún formando parte del «Derecho de paz», deriva lógicamente, según de Vries (41), de los artículos 3 y 4 de la Convención de La Haya relativa a la conversión de barcos mercantes en barcos de guerra, de 1907 (LHVII). Efectivamente, en dichos artículos se recogen todos los elementos que integran la definición citada, excepto el de la pertenencia del buque a las Fuerzas Armadas.

La Octava Sesión de la Comisión añadió un dato importante: la necesidad de que el barco de guerra cuente con signos externos distintivos de los barcos de guerra de su nacionalidad. Dato este que, por cierto, era otro de los criterios exigidos en la Convención VII de La Haya, en concreto en su artículo 2.

Finalmente, la definición de barco de guerra de la Convención de 1958 sobre la alta mar, tras las sesiones mencionadas, fue la siguiente:

«Barco de guerra es aquel que pertenece a la marina de guerra de un Estado y que porte signos externos distintivos de los barcos de guerra de su nacionalidad, bajo el mando de un oficial de la Marina al servicio de aquel Estado e inscrito en el escalafón de oficiales o su equivalente y cuya dotación esté sometidas a las normas de la disciplina militar».

La definición de la Convención de 1982 es similar a la expuesta,

«Se entiende por buque de guerra todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores de los buques de

(40) ILC, Yearbook 1955, Vol. II p. 23 (Art. 7.2).

(41) De Vries, Warships.. op. Cit. Pág. 32.

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 está sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares» (art. 29 de la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar).

No obstante, hay un elemento nuevo en esta definición: la necesidad de la pertenencia del barco, no ya a la marina de guerra de un Estado, sino a sus fuerzas armadas, dado que en los ejércitos contemporáneos es frecuente que existan barcos afectados a las fuerzas terrestres o aéreas, así como guardacostas o patrulleros dependientes de los ministerios de Defensa (art. 29 de la Convención de 1982) (42).

En lo que respecta al Manual de San Remo, contiene una definición de barcos de guerra en línea de continuidad con las expuestas:

«Buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de su tipo y 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» (párrafo 13.g).

De acuerdo con el Manual de San Remo sólo los barcos así concebidos pueden ejercer derechos de combatiente. El concepto acogido abarca tanto los submarinos como los barcos de superficie y también los guardacostas o patrulleros que pertenecen a las fuerzas armadas, a los que con anterioridad nos referimos.

Junto al barco de guerra propio, el Manual de Oxford menciona los «barcos transformados», que pueden ser considerados una modalidad impropia de aquellos. A ellos dedicaron los codificadores de La Haya de 1907 una convención específica (43). Como pone de manifiesto Rousseau, la preocupación de la Conferencia de paz en orden a la transformación de barcos mercantes en buques de guerra está ligada a la previa abolición del corso, efectuada por la Declaración de París de 1856 (44). En efecto,

(42) Oxman, B: *Regimen des navires de guerre...* op. Cit. Pág. 814.

(43) Convención relativa a la transformación de buques de comercio en barcos de guerra, La Haya, 18 de octubre de 1907.

(44) Es interesante destacar, desde una perspectiva histórica que España —al igual que Estados Unidos, Méjico y Venezuela— no ratificó en principio aquella Declaración debido, precisamente, a su oposición a la regla que establecía la abolición del corso. Aún el Real Decreto de 23 de abril de 1898, dictado en relación al conflicto con Estados Unidos, establece la obligatoriedad de las reglas contenidas en la Declaración de París, a excepción de la relativa a la abolición del corso. Sólo se produjo nuestra adhesión por instrumento de 18 de enero de 1908.

toda vez que tras la prohibición, la insuficiencia de las marinas de guerra en caso de conflicto armado no podía ser solventada por la participación directa en las hostilidades de barcos pertenecientes a particulares, era necesario complementar las flotas navales de alguna otra forma. A tal fin colaboraron dos tipos de prácticas:

- Por un lado, mediante la incorporación de las flotas voluntarias, entendiéndose por tales aquellas que están compuestas por mercantes sometidos en todo a la disciplina y a las órdenes del Estado al que sirve.

Estas flotas voluntarias, que en poco diferían de las corsarias, fueron utilizadas, entre otros países, por España con ocasión de la guerra contra los Estados Unidos, en 1898 (45). En aquella ocasión se organizó, con buques de la Marina mercante española, un servicio de «cruceiros auxiliares de la Marina militar», que cooperaría con esta para las necesidades de la campaña y actuaría con sujeción al fuero y jurisdicción de la Marina de Guerra.

— En paralelo, se desarrolla una nueva fórmula: la transformación, en caso de necesidad, de los barcos mercantes en barcos de guerra. La Convención VIII de 1907, a la que ya nos hemos referido, sujeta la legalidad de la transformación al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Control por parte del Estado beligerante (manifestado en la directa autoridad, vigilancia inmediata y responsabilidad de la Potencia a la que sirve).

- Signos exteriores de barco de guerra.
- Mando por oficiales profesionales.
- Sometimiento de la tripulación a la disciplina militar.
- Inscripción, a la mayor brevedad, en la lista de barcos de su Marina militar.

- Inscripción, a la mayor brevedad, en la lista de barcos de su Marina militar.

- Observancia por parte del barco transformado de las leyes y usos de la guerra.

A estos requisitos, el Manual de Oxford añadió dos:

- La obligatoriedad de que la transformación fuera hecha en alta mar, en las aguas de un Estado beligerante o aliado o en las aguas ocupadas por uno de éstos.

- La prohibición de retransformación en civil de los barcos durante la duración de las hostilidades.

(45) Vid, Real Decreto de 23 de abril de 1898. Colección Legislativa del Ejército, año 1898, núm. 129. Pág. 220.

A cambio, el Manual amplió los tipos de barcos que pueden ser transformados. Mientras en la concepción de la Convención de 1907 sólo podían serlo los mercantes, ahora se incluyen también los barcos públicos o de Estado así como los privados no mercantes, tales como los de recreo (artículo 3).

La transformación fue utilizada profusamente por los contendientes durante las dos guerras mundiales (46).

Una cuestión que merece ser analizada es la que atañe a las diferencias existentes entre la transformación en buques de guerra y la requisita por parte de los beligerantes de barcos particulares para el transporte de tropas u otros usos relacionado con las hostilidades. A nuestro entender, en este último caso los barcos requisados no se convierten en buques de guerra salvo que cumplan los requisitos de aquellos, aunque sí pueden ser conceptuados como buques de Estado o, simplemente, públicos.

Un último aspecto del concepto de barco de guerra lo constituye el estatus de los submarinos. Discutida durante largo tiempo la identificación legal de los submarinos como barcos de guerra, cabe decir que, en nuestros días, no se plantea la cuestión (47), aunque ello plantee problemas, que serán estudiados en su momento, derivados de las dificultades que en la práctica tienen los submarinos para cumplimentar las obligaciones impuestas a los barcos de guerra. Consecuentemente, los modernos desarrollos del Derecho de los conflictos armados en la mar consideran aplicable a los submarinos todas las normas relativas a los barcos de superficie. En este sentido, por ejemplo, el Manual de San Remo, recoge de forma expresa la regla: «las naves de superficie, los submarinos y las aeronaves están obligados por los mismos principios y normas» (párrafo 45).

Por ello, debe aceptarse un concepto amplio de buque de guerra, teniendo en consideración las mutaciones funcionales y constructivas de los barcos a lo largo de la Historia, y además los cambios de concepción jurídica que hacen hoy imposible que buques como, por ejemplo, los corsarios, sean considerados buques combatientes lícitos, solución perfectamente admisible hasta mediados del siglo XIX (en concreto, hasta la Declaración de París de 1856).

(46) Vid, Rousseau, *Le Droit des Conflits Armés*, op. Cit. Pág. 225.

(47) Históricamente, y hasta después de la segunda Guerra Mundial la postura oficial británica al respecto era la consideración de los submarinos como armas pérfidas. Véase en este sentido, Rousseau, *Le Droit des Conflits Armés*, op. Cit. Pág. 244 y ss y Azcárraga, J.L de, «Evolución del derecho de la Guerra Submarina» en *La Guerra Moderna*, Tomo V, Universidad de Zaragoza, 1958.

En este sentido debe recordarse que otros instrumentos convencionales recientes optan por otras definiciones de buque de guerra. En concreto el artículo 4 de la Convención Internacional sobre salvamentos marítimos, de 1989, determina que «La Convención no se aplicará a los barcos de guerra y otros buques propiedad de y operados por un Estado y dotados, en el momento de las operaciones de salvamento, de inmunidad soberana al amparo de los principios generalmente reconocidos en Derecho Internacional, al menos que ese Estado decida otra cosa».

Por otro lado, debe recordarse que la inmunidad se predica no sólo de los buques de guerra, sino también de los buques auxiliares y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales. Así lo establece la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. En opinión de Cervera (48), del análisis de las disposiciones relevantes tanto de la Convención mencionada como de su precedente (Convenio de Ginebra de 1958) se deduce que el concepto básico sobre el que debe aplicarse el principio de inmunidad soberana es el de buque de Estado, que englobaría tanto el buque de guerra, como barcos destinados a fines específicamente estatales o públicos y que no son buques mercantes de estado.

En este aspecto, aún cabría discutir el carácter de los buques españoles dedicados a la Carrera de Indias, puesto que se dedicaban preferentemente al transporte de oro y plata. En cualquier caso, parece que invocar el sentido actual de la expresión «servicio público no comercial» no es un ejercicio útil cuando se trata de enjuiciar el régimen de los buques operantes durante los siglos XVI a XVIII. Así lo hicieron constar, formulando reservas en tal sentido, al ratificar el Convenio de Ginebra de 1958 (49) sobre el alta mar, un gran número de Estados, entre los que se incluían todos los pertenecientes a la órbita soviética hasta 1989 (Albania, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, etc.), para quienes la inmunidad soberana alcanzaba a todos los navíos de Estado y no sólo a los de guerra o a los de Estado no dedicados a servicios no comerciales.

En cualquier caso, reiteramos que nos parece claro que debe sostenerse la inmunidad soberana de los buques de Estado en un sentido muy amplio que abarcaría en todo caso nuestros navíos históricos, incluso los dedicados al transporte entre la Península y las Provincias de América.

(48) Cervera Pery, J: *El Derecho del Mar: Evolución, Contenido, Perspectivas* (De las Bulas Papales al Convenio de Jamaica). Editorial Naval, Madrid, 1992, pág. 173.

(49) De Azcárraga, J.L.: *Derecho del Mar*, Vol. I. Universidad de Alcalá de Henares, 1983, Pág. 49.

b) El segundo de los argumentos en contra del reconocimiento de inmunidad a los barcos hundidos se basa en que los pecios no pueden reputarse como buques, sino como restos, a los que no alcanza la inmunidad. Puede contestarse, sin embargo, que ni el Derecho Consuetudinario ni la Convención de 1982 contemplan el supuesto de pérdida de la inmunidad por naufragio o hundimiento del buque, hechos que resultan irrelevantes a tales efectos.

A pesar de la existencia de sólidos argumentos a favor del reconocimiento de la inmunidad soberana de los buques de guerra y otros buques de Estado, que justifica sobradamente su exclusión de la Convención, la reunión de expertos gubernamentales convocada por la UNESCO en julio de 2001 partió de dos posiciones sumamente enfrentadas: la de quienes consideraban que los buques de Estado no debían ser sometidos a una regulación específica, sometiéndose in toto a la reglamentación del Convenio, sobre la base de que los buques hundidos no conservaban inmunidad de jurisdicción (militaban a favor de esta tesis los países integrantes del denominado grupo de los 77, entre ellos los sur y centroamericanos) frente a quienes eran partidarios bien de excluir dichos buques del ámbito de aplicación de la Convención, bien de incluirlos pero con un régimen diferenciado del resto de los restos culturales, en atención a la inmunidad de que gozan (se incluye aquí, con diversas matizaciones, el denominado grupo de los afines: Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Francia, Rusia, Holanda, Suecia y España, básicamente).

La solución final adoptada no es, desde mi punto de vista, convincente: Se ha optado por incluir una definición genérica de buque de Estado que engloba a los buques de guerra y otros buques de Estado, siguiendo en líneas generales el modelo de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Buques y aeronaves de Estado son los buques de guerra y otros buques o aviones pertenecientes o utilizados por un Estado, en el momento de su hundimiento, sólo para un servicio público no comercial, siempre que estén incluidos en la definición de Patrimonio Cultural Subacuático».

Sin embargo, el paralelismo entre la definición de la Convención de 1982 y la incluida en el texto de 2001 no es completo:

- Por razones que nos resultan desconocidas y de difícil explicación, las denominadas «naves auxiliares», que en la dicción del artículo 232 de la Convención de 1982 gozan también de inmunidad soberana no han sido incluidas en el concepto de buque de Estado.

En este sentido, este texto internacional no contiene definición alguna de tales naves puede usarse a tal efecto la contemplada en el Manual de

San Remo (50), generalmente reconocida como de índole consuetudinaria. Para el Manual una nave auxiliar es una nave que, no siendo de guerra, pertenece a las Fuerzas Armadas de un Estado o que está bajo su control exclusivo y es utilizada, durante un período determinado, para servicios gubernamentales no comerciales.

La mencionada definición debe ponerse en relación con la denominada cláusula de salvaguardia introducida en el artículo 2, titulado «objetivos generales». Dicha cláusula determina que, de conformidad con la práctica de los Estados y con el Derecho Internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar, nada de lo dispuesto en la Convención de la UNESCO se interpreta en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de buques y aeronaves de Estado.

Dicha cláusula nos parece inadecuada para los intereses de España por dos razones fundamentales: en primer lugar porque sitúa la cuestión de las inmunidades soberanas al albur de la práctica de los Estados (51) y solo en segundo lugar en el ámbito del Derecho Internacional. En segundo lugar, no soluciona el problema de fondo, puesto que no impide la atribución de competencias al Estado ribereño sobre buques extranjeros que gozan de inmunidad.

Por último, una somera referencia a un aspecto también debatido en relación con la cuestión de la inmunidad. Algunas delegaciones pretendieron establecer una separación entre carga y buque de guerra, a los efectos de reconocer sólo a este último la inmunidad. Obvio es decir que lo que buscaba era una habilitación para la extracción de la frecuentemente valiosa carga de los galeones españoles. En cualquier caso, esta postura no tuvo éxito, dado que el concepto de inmunidad viene a significar, precisamente y entre otras cosas, que la carga del buque de guerra no puede ser apresada. Por ello, es distorsionante y carente de apoyatura jurídica pretender hacer una distinción entre el buque y su contenido a los efectos de la inmunidad.

(50) El Manual de San Remo es un texto de naturaleza doctrinal redactado bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, y el Instituto de Derechos Humanos de San Remo (Italia), por un grupo de ius internacionalistas, miembros de la Armada y expertos gubernamentales. Su valor radica en que recoge la costumbre internacional en materia de Derecho de la Guerra Marítima.

(51) Ello debe llevar a España a extremar la diligencia para que, en los Convenios que firme con otros países para la protección del PCS, quede claramente establecida la inmunidad soberana sobre nuestros buques de guerra y de Estado no dedicados a servicios públicos comerciales. No

D) Los principios generales de la protección en las distintas zonas:

— **La creación de una «zona de patrimonio cultural».**

La Recomendación 848 (1978) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya preveía en el punto 4 de su anexo que «la jurisdicción nacional deberá extenderse hasta un límite de 200 millas, con un acuerdo internacional que proporcione un tratamiento recíproco de los hallazgos culturales situados en países distintos a aquéllos en cuyas zonas culturales fueran encontrados».

En sentido similar el proyecto de la Asociación de Derecho Internacional preveía la creación de una «zona de patrimonio cultural» que podría ser declarada por los Estados Partes en la Convención debiendo, en tal caso, ser notificada al resto de los Estados miembros.

También desde el punto de vista doctrinal, la fórmula ha recibido un tratamiento favorable. Así, a título de ejemplo, Leanza ha acuñado el término «zona arqueológica marina», que funda, a mi entender de manera insatisfactoria, en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 (52). Como hemos expuesto precedentemente, nada en este texto convencional autoriza la creación de una zona de esta naturaleza.

Por el contrario, la propuesta de establecer una zona específica, que no fue acogida en los sucesivos textos redactados en el seno de la UNESCO, partía del fracaso del sistema diseñado por la Convención sobre Derecho del Mar. Como en su momento apuntamos, el artículo 303.2 de esta última establecía una ficción legal, que adjetivábamos como disfuncional, consistente en atribuir ciertas facultades de control al Estado ribereño sobre las excavaciones realizadas en su zona contigua.

La fórmula tampoco ha encontrado eco en la práctica de los Estados, que han optado, bien por usar la plataforma continental como espacio de referencia para establecer su jurisdicción territorial sobre el mar (como España (53), Australia o Irlanda), bien una zona de pesca de 200 millas (Dinamarca) bien la Zona Económica Exclusión (Marruecos). Sólo Francia parece alinearse con la Convención de 1982 fijando como punto de referencia para la protección la zona contigua.

En cuanto a las características básicas de la «Zona de Patrimonio Cultural» prevista en el proyecto de la ADI, son básicamente las siguientes:

1. En cuanto a sus dimensiones, se trataría de una zona coextensa con la plataforma continental.

(52) Leanza, U.: «La zona archeológica marina e la protezione dei beni culturali subacquei» en Paone, P. (ed.): *La protezione internazionale e la circolazione dei beni culturale mobili*, Napoles, Editoriale Scientifica, 1998, Pág. 95.

(53) Ley 16/1985, de 26 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

2. En ella los Estados Parte tendrán jurisdicción sobre las actividades que afecten al PCS.

3. Como contrapartida, en dicha zona de Patrimonio Cultural el Estado ribereño estaría obligado a adoptar las medidas necesarias para asegurar que las actividades que afecten al Patrimonio Cultural Subacuático cumplan con las previsiones de la Carta ICOMOS.

— **La protección en los espacios marinos delimitados en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982.**

A pesar que, como se dijo, las razones del fracaso de otros textos internacionales, tales como el Proyecto de Convención Europea sobre Patrimonio Cultural Subacuático, radicarón en la alteración del régimen de atribución competencial en los distintos espacios marítimos previsto en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, la Convención de la UNESCO insiste en incidir en esta materia, provocando numerosas discusiones y descoordinaciones con el texto de Jamaica.

Analizaremos las disposiciones de la Convención siguiendo el esquema efectuado en la misma, que diferencia en sus artículos 7 a 12, el patrimonio cultural en las distintas áreas.

— Aguas Interiores, Archipelágicas y Mar Territorial.

El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional contemplaba una fórmula muy flexible de aplicación de las normas sobre protección en las zonas sujetas a soberanía estatal, que consistía en que cada Estado Parte debía transmitir una copia de la Carta ICOMOS a todas las autoridades relevantes de su país, requiriéndoles a adoptar las medidas apropiadas para aplicar dicho texto como mínimo, a todas las actividades desarrolladas en sus aguas interiores y mar territorial. Se trataba con ello de evitar interferencias en la legislación estatal de muchos países que, en ocasiones optaban por aplicar las mismas pautas arqueológicas en tierra y en los espacios marinos.

Ya en el ámbito de UNESCO, las primeras formulaciones del proyecto de Convención no mencionaban completamente los derechos y deberes del Estado ribereño en las zonas marítimas de soberanía estatal. Parecía subyacer la idea de que dichas áreas, precisamente por ser de soberanía del Estado ribereño, estaban sometidas a las Leyes y Disposiciones dictadas por el mismo. De esta forma el objetivo principal de la Convención estaba enfocado a la protección en aguas internacionales.

Ello no significaba que no existieran otro tipo de disposiciones, de carácter internacional, que incidieran en este ámbito territorial: entre ellas mencionaremos la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 1954, la Convención sobre los Medios para Prohibición y Prevención de la Transferencia, Importación y Expor-

tación de los Bienes Culturales, de 1970, y la Convención relativa a la Protección del Patrimonio Cultural y Natural Mundial, de 1972. Asimismo existen otro tipo de disposiciones como la Recomendación sobre los Principios Internacionales aplicables a las excavaciones arqueológicas.

No obstante, a partir de la reunión para la redacción de la Convención de la UNESCO celebrada en 1999, se llegó a la conclusión de que sería conveniente introducir un precepto que previera la obligación para los Estados costeros de aplicar las reglas arqueológicas incluidas en el Anexo a la Convención en los espacios marinos bajo su soberanía. Dos posiciones básicas se plantearon en relación a esta materia:

- En primer lugar, la de quienes manifestaron que dicha obligación podía, en ocasiones, plantear dificultades de coordinación con la legislación interna de algunos Estados. Los expertos que se posicionaron en esta línea argumental sugirieron que se incluyera un texto no vinculante jurídicamente.

- Un segundo grupo de expertos manifestaron la incongruencia de quienes eran partidarios de establecer la aplicación del Anexo en la Zona Económica Exclusiva y en la plataforma continental y, sin embargo, se oponían a que existiera una obligación en tal sentido en los espacios sometidos a soberanía (54).

Finalmente, el texto aprobado en 2001, opta por detallar con cierta amplitud el régimen jurídico aplicable al PCS situado en aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial, en las siguientes líneas:

1. Se reconoce el derecho de los Estados a reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al PCS en tales zonas de soberanía.

2. Se establece la obligación para los Estados Parte de exigir que las normas que figuran en el Anexo a la Convención se apliquen a las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural Subacuático situado en sus aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial. Ello sin perjuicio de otros Acuerdos Internacionales y normas de derecho Internacional.

Pocas diferencias se han plasmado en estos aspectos en el texto final con respecto a los borradores de trabajo redactados a partir de 1999.

3. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 7 sí contiene una previsión novedosa en esta materia con respecto a versiones anteriores, consistentes en que los Estados Parte deberán informar al Estado del vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, del descubrimiento de tales buques o aeronaves que sean identificables en las zona marítimas sometidas a plena soberanía.

Este último apartado merece un somero comentario, puesto que fue introducido por la delegación española, contra el parecer de algunos Esta-

(54) CLT-99/CONF. 204/CLD.7.

dos como Estados Unidos, Gran Bretaña y Canadá, que consideraban que debería buscarse fórmulas alternativas menos coercitivas.

El apartado tiene interés por dos razones básicas:

- En primer lugar, porque supone una mínima garantía para el Estado de pabellón ante el debilitamiento del derecho de inmunidad soberana de los buques de Estado que el texto ha asumido. Débil garantía, sin embargo, puesto que tal información se encamina a «cooperar sobre los mismos métodos de protección de los buques y aeronaves de Estado». Por otro lado, el precepto puntualiza que tal información se proporcionará «en el ejercicio de la soberanía» del Estado ribereño, previsión que tiende a afirmar la total competencia de dicho Estado en sus aguas de soberanía.

- Por otro lado, se atribuye el derecho a ser informado de los descubrimientos, no sólo al Estado de pabellón sino también a los demás Estados con un vínculo verificable, «en especial de índole cultural, histórica o arqueológica» lo que resulta beneficioso para Estados como Perú que por ser el origen del oro y la plata de galeones hundidos en terceros países pueden ahora exigir ser informados de ciertos descubrimientos.

No obstante, a pesar del favorable efecto para España de este concepto durante las consultas informales celebradas en París durante los días 15 y 16 de junio de 2001, en relación al régimen que con respecto al buque de guerra debía adoptarse, la delegación española presidida por el Embajador de Yturriaga «sugirió» la supresión de la referencia a «otros Estados con un vínculo comprobable» limitándose al Estado de pabellón. Obvio es decir que fue un empeño sin éxito. Frente a la fórmula finalmente aceptada, España había venido defendiendo el concepto de «Estado interesado» recogida en el artículo 149 de la Convención sobre Derecho del Mar, que hace alusión a los «derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico».

— Zona contigua.

Como ya ha sido puesto de relieve, tanto el proyecto de la ADI como la Recomendación 848 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hacían alusión al régimen operante en la zona contigua. Ciertamente, desde una adecuada comprensión de la naturaleza puramente funcional de los derechos del Estado ribereño en esta zona, no puede pretenderse establecer un estatuto diferenciado en ella, fuera de las especialidades expresamente contempladas en la Convención sobre derecho del Mar. Como pone de manifiesto Pastor (55) el origen del espacio marítimo denomina-

(55) Pastor Riduejo, J.A.: Curso de Derecho Internacional Público, Edit. Tecnos. Madrid 1986. Pág. 318.

do «zona contigua» se encuentra en las Hoverings Acts británicas de principios del Siglo XVIII, en virtud de las cuales se permitía la adopción de medidas contra los buques que navegaran de forma que permitiera suponer que trataban de burlar la legislación aduanera o fiscal. Este objetivo, aún ampliado en algunas ocasiones a otros fines, como los de policía sanitaria, pesquera, o de seguridad (56) permite otorgar al Estado ribereño competencias rigurosamente limitadas.

Por esta razón nos parece criticable, como ya apuntamos, el régimen de 1982 en lo que hace al PCS en la zona contigua. En la misma línea, merecen un juicio desfavorable los intentos finalmente exitosos de introducir previsiones específicas en la Convención de 2001 sobre los derechos y obligaciones del Estado ribereño en la zona contigua sobre el PCS hallado en ella, alterando, también en esta área, el esquema de distribución competencial entre los distintos Estados que tanto había costado lograr en la Convención de Jamaica.

Así, la Convención de 2001 va más allá de lo establecido en 1982, puesto que se permite que los Estados reglamenten y autoricen las actividades dirigidas al PCS en su zona contigua. Al hacerlo exigirá que se apliquen las normas relativas las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural Subacuático, que acompañan a la Convención como Anexo.

Esta previsión no estaba contenida en el artículo 303.2 de la Convención sobre Derecho del Mar. El único objetivo de este precepto, es textualmente, «fiscalizar el tráfico de objetos de carácter arqueológico o histórico», y no otro. Por ello hubiera sido preferible enmarcar en esta idea cualquier solución con respecto a la zona contigua. Por otro lado, debe ponerse de relieve una vez más, que el fondo marino correspondiente a la zona contigua es plataforma continental (a tenor de lo dispuesto en el art. 76 del texto de Jamaica), lo que puede suponer una duplicidad de regímenes en tal área.

— Zona económica exclusiva y Plataforma Continental.

Como resultado de la introducción en el proyecto de la Asociación de Derecho Internacional del concepto de «zona de patrimonio cultural» con las características y efectos que ya analizamos, dicho texto no contiene previsión específica alguna en relación al régimen del Patrimonio Cultural Subacuático en áreas fuera de la estricta soberanía estatal. Con ello se sigue el espíritu de la Convención sobre el Derecho del Mar, que, como se

(56) Por ejemplo en la resolución adoptada en 1928 por el Instituto de Derecho Internacional (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1928, vol. 34. Pag. 656).

vió (57), no otorga a los Estados ribereños ningún tipo de competencia sobre las actividades que afectan al Patrimonio Cultural Subacuático en una zona económica exclusiva ni en la plataforma continental.

Este fue también el planteamiento predominante en el origen del debate que finalizó con la adopción de la Convención de la UNESCO. No obstante, como en tantos otros aspectos, las condiciones de llegada en nada se parecen a las que fundamentaron el espíritu con que se inició el proceso negociador.

Efectivamente, ya en los debates que tuvieron lugar en 1998, los expertos gubernamentales se posicionaron en torno a dos ideas antagónicas: Para un primer grupo de expertos no se consideraba suficiente la creación de una «Zona del Patrimonio Cultural Subacuático», en los términos del proyecto de la ADI, aún cuando, como se manifestó por algún participante, dicha zona podría incluir porciones de espacio marítimo pertenecientes a la zona económica exclusiva o a la plataforma continental. Para este sector sería preferible establecer un régimen obligatorio en estas últimas zonas, sin dejar, como sucedería con la zona de Patrimonio Cultural Subacuático, un amplio espacio a la discrecionalidad estatal para ampliar sus competencias en tales áreas. Se trataba en suma de establecer un régimen legal en la ZEE y en la plataforma consistente en la atribución de competencias adicionales para el Estado ribereño. Tales expertos argumentaban que si bien la Convención sobre Derecho del Mar no atribuía expresamente tal competencia al Estado ribereño, tampoco prohibía dicha atribución. Adicionalmente se alegó que el artículo 303.1 de dicho texto convencional, al imponer sobre los Estados la obligación general de proteger el PCS y cooperar a tal efecto, no efectuaba ningún tipo de restricción espacial, de modo que se trataba de una obligación aplicable al conjunto de los espacios marítimos, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

Un segundo grupo de expertos gubernamentales, entre los que se encontraron los integrados en la delegación española, consideraron que la competencia para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático en la ZEE y en la Plataforma, se atribuía, a falta de un criterio geográfico, al Estado del pabellón de los buques. Entendían, consecuentemente, que la inclusión de un precepto destinado a atribuir dicha competencia al Estado ribereño equivalía a una arriesgada renegociación de los términos de la Convención sobre Derecho del Mar.

(57) Recogidas en el informe final de la segunda reunión de expertos gubernamentales sobre el proyecto de convención sobre protección del Patrimonio Cultural Subacuático, CLT-99/CONF-204.

Tras la reunión de 1999 el esquema quedó resumido en tres opciones alternativas para los artículos entonces numerados como 5, 6 y 7 y cuyas rúbricas eran, respectivamente las de «Patrimonio Cultural Subacuático en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental», «Prohibición de usar ciertas aéreas bajo jurisdicción del estado ribereño» y «Prohibición de ciertas actividades por nacionales y buques».

La opción número 1 reflejaba la posición de quienes estaban a favor de garantizar competencias a los Estados ribereños en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental. El texto decía así:

1. Los Estados partes exigirán que cualquier descubrimiento relativo al Patrimonio Cultural Subacuático que se produzca en su zona económica exclusiva o en su plataforma continental sea puesto de manifiesto a sus autoridades competentes.

2. Los Estados partes pueden regular (las actividades dirigidas a) Patrimonio Cultural Subacuático en su zona económica exclusiva y sobre su plataforma continental. Al hacerlo los Estados partes exigirán el cumplimiento, como mínimo, de las reglas del anexo, en particular tomando en consideración las necesidades de conservación e investigación.

3. Los Estados partes pueden prohibir la realización de (actividades dirigidas a) patrimonio cultural subacuático que tengan el efecto de (injustificadamente) (interferir con la exploración o explotación de sus recursos naturales, vivos o no vivos, y con otros derechos o jurisdicción que les corresponda al amparo de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en estas zonas).

La opción número 2 recogió los puntos de vista de los expertos opuestos a reconocer competencia alguna sobre el Patrimonio Cultural Subacuático mas allá de la zona contigua. El texto propuesto era el siguiente:

Artículo 5 Patrimonio Cultural Subacuático en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental.

En el ejercicio de sus derechos soberanos en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, tal y como están previstos en la Convención sobre Derecho del Mar, Los Estados Parte tendrán en cuenta la necesidad de proteger el Patrimonio Cultural Subacuático de acuerdo con la presente Convención.

Por último, se incluyó una tercera propuesta alternativa debida al presidente del Grupo de Trabajo dedicado al estudio de los aspectos jurisdiccionales en las distintas áreas, que se planteó como una fórmula de compromiso frente a las dos anteriores opciones. En sus aspectos relevantes, dicha propuesta decía:

Artículo 5: Patrimonio Cultural Subacuático en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental.

1. Los Estados Parte serán notificados de cualquier actividad o descubrimiento relativo al Patrimonio Cultural Subacuático que suceda en su Zona Económica Exclusiva o en su Plataforma Continental.

2. Tal Estado adoptará todas las medidas adecuadas para la valoración y registro de tal información.

3. Los Estados, cuando sea apropiado, intercambiarán información con las autoridades competentes de otros Estados interesados, en particular los Estados cuyos nacionales hicieron el descubrimiento.

4. Los Estados pueden autorizar intervenciones de carácter protector e investigación científica del Patrimonio Cultural Subacuático descubierto. A tal fin, consultarán con las autoridades competentes del Estado cuyos nacionales o buques de su pabellón pretendan implicarse en tales actividades para asegurarse de que tales actividades:

a) Cumplen, como mínimo, con las reglas del Anexo.

b) Implican la participación de expertos competentes del Estado Parte en cuya Zona Económica Exclusiva o en cuya Plataforma continental sea descubierto el Patrimonio Cultural Subacuático.

5. Los estados Parte prohibirán:

a) Cualquier actividad dirigida al patrimonio Cultural Subacuático en violación de los apartados 1,2,3 o 4 del presente artículo.

b) El uso de su territorio, incluyendo sus textos marítimo y terminales offshore o cualquier otra zoon bajo su jurisdicción, tal como la Plataforma Continental o la Zona Económica Exclusiva en violación de los apartados 1,2,3 y 4.

Así las cosas se llegó a la reunión celebrada en junio de 2000 con tres propuestas diferenciadas, no solo en su redacción gramatical sino en su concepción básica de fondo. Durante los debates habidos durante esta última se plantearon dos soluciones que trataban de llegar a una fórmula de compromiso que englobara las tres posiciones previas. En primer lugar, la Delegación Argentina, que se caracterizó como una de las más combativas a favor del reconocimiento de competencias al Estado ribereño presentó una propuesta caracterizada por los siguientes extremos:

1. Un Estado Parte puede exigir ser informado de todos los descubrimientos o actividades dirigidos al patrimonio cultural subacuático situado en la plataforma continental y zona económica exclusiva.

2. Dicho Estado podrá adoptar medidas para asegurar la protección efectiva de tal patrimonio

3. Todos los Estados parte se asegurarán de que cuando un nacional o barco autorizado a enarbolar su pabellón realice actividades relativas al

patrimonio cultural subacuático en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva de otro Estado Parte este último será informado de dichas actividades.

Por su parte el Presidente del grupo de trabajo dedicado al estudio de esta materia hizo una propuesta, que no llegó a ser aprobada por falta de tiempo, cuyo sentido era, por un lado, establecer la obligación de todo Estado de proteger el patrimonio cultural subacuático encontrado en su zona económica exclusiva y plataforma continental y, por otro, determinar que todos los Estados tienen una especial responsabilidad para la coordinación de las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático y para la protección de los descubrimientos en su zona económica exclusiva y plataforma continental, en este último caso teniendo en cuenta el interés en evitar interferencias injustificadas con el ejercicio de los derechos de soberanía o jurisdicción en tales zonas de acuerdo con el Derecho Internacional.

Sobre esta propuesta del Presidente formulada en 2000 se fue articulando el consenso en las sucesivas reuniones informales celebradas a lo largo del período transcurrido entre junio de 2000 y julio de 2001.

La fórmula final adoptada en el texto definitivo contiene los siguientes elementos:

1. Información

a) Todos los hallazgos y actividades deberán ser comunicados al Estado del pabellón.

b) Cuando se realicen en la ZEE/PC de otro Estado se da la opción — que deberá ser plasmada en una declaración formal— de comunicación directa al Estado ribereño o de comunicación a todos los Estados Partes a través del Estado del pabellón.

c) El Estado del pabellón debe transmitir la información al Director General de la UNESCO, quien a su vez la transmitirá a todos los Estados Partes.

d) El Estado ribereño, en su calidad de coordinador, deberá celebrar consultas sobre la mejor manera de proteger el PCS con todos los Estados que tengan un vínculo comprobable con el patrimonio y declaren su interés en participar en las consultas. La delegación española consiguió que se destacara especialmente el vínculo histórico cultural o arqueológico.

2. Protección

a) El Estado ribereño actuará como coordinador de las consultas, salvo que renuncie expresamente a ello. Podrá adoptar las medidas de protección acordadas, conceder las autorizaciones necesarias y realizar las investigaciones preliminares precisas.

b) El Estado coordinador podrá unilateralmente tomar medidas y conceder autorizaciones en circunstancias extraordinarias y urgentes.

c) El Estado ribereño podrá prohibir las actividades de terceros Estados para impedir injerencias en sus derechos soberanos o jurisdicción en la ZEE/PC de conformidad con el derecho internacional.

Como resumen, pues, se produce un incremento importante de las competencias del Estado ribereño, que a título de «Estado coordinador» se convierte en la clave del sistema cuando el Patrimonio está en su Zona Económica Exclusiva o en su Plataforma Continental.

E) Los derechos de los descubridores privados y las normas sobre salvamentos marítimos.

El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional contenía en su artículo 4.º una cláusula previendo que el Patrimonio Cultural Subacuático, incluido en el ámbito de aplicación de la Convención no estaría sujeto al Derecho de Salvamento.

En idéntico sentido, el Anexo de la Recomendación 848 (1978), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (58), denominado «requisitos legales mínimos» determina que «las normas sobre salvamentos en vigor no deberán aplicarse a los bienes protegidos» (59).

Sin embargo el texto final de la Convención modula el principio, estableciendo ciertas excepciones. El texto literal del artículo determina que «ninguna actividad relacionada con el Patrimonio Cultural Subacuático a la que se aplica la presente Convención estará sujeta a las normas sobre salvamento y hallazgos, a no ser que:

a) esté autorizada por las autoridades competentes, y

b) esté en plena conformidad con la presente Convención, y

c) asegure que toda operación de recuperación de patrimonio cultural subacuático se realiza con la máxima protección de éste».

La solución, que nos parece criticable, es el resultado del compromiso. En las discusiones habidas en el seno del Comité de Expertos y en las reuniones de expertos gubernamentales, la posibilidad de aplicar al Patrimonio Cultural Subacuático las normas sobre salvamentos (y, eventualmente, hallazgos) (60) ha dividido a arqueólogos, juristas y representantes de otras organizaciones, manifestándose argumentos a favor y en contra de

(58) Citada y someramente analizada en la página 10 de este documento.

(59) Traducción efectuada por el autor.

(60) En el informe preliminar sobre la cuarta reunión de expertos gubernamentales sobre el proyecto de Convención celebrada en la sede la UNESCO los días 26 de marzo a 6 de abril de 2001, se recoge como rúbrica del artículo 5 la de «relationship to law of salvage and law of finds».

tal aplicación. Sintetizando el tono del debate y las razones aportadas durante el mismo en uno y otro sentido diremos lo siguiente:

Desde el campo favorable a la posibilidad de aplicar las normas sobre salvamentos, se puso de manifiesto que los arqueólogos debieran colaborar con las empresas dedicadas a la excavación de lugares arqueológicos e históricos, dado que son estas las que poseen la tecnología y la capacitación económica para ello. Dicha colaboración encontraría un adecuado cauce en la obtención de un beneficio económico para las empresas a través del Instituto del «premio» en el salvamento o hallazgo. Los arqueólogos, por el contrario, manifestaron que la recuperación de los buques sumergidos no procede en todos los casos, dado que un principio básico recogido en la Convención de 2001 es el de que tales lugares son mejor preservados in situ. Por otro lado, que la exploración sin establecer las condiciones de conservación conduce a la pérdida de objetos.

Por otro lado, debe recordarse que la base del derecho de salvamento es la concesión de un premio o remuneración al descubridor privado, lo que en opinión de algunos autores, facilitaría mediante la concesión de tales incentivos la revelación de la localización del pecio o restos hundidos (61).

Se argumenta también que la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, y, en concreto, su artículo 303.2, determina que «nada de lo dispuesto en el artículo, referido a los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar, afectará a (...) a las normas sobre salvamento», de donde puede deducirse que la decisión de no aplicar tales normas resulta contraria a la voluntad de la Convención de 1982, que permite un margen de discrecionalidad a las autoridades nacionales sobre la aplicación del régimen del salvamento en estos supuestos (62).

Se plantea por tanto, si esta cuestión puede dejarse al ámbito aplicativo de la legislación nacional o bien algún instrumento internacional incidiría en la materia.

Dentro de estos instrumentos internacionales a que hemos hecho alusión, se encuentra, a tenor del proyecto de Convención de la Asociación de Derecho Internacional, la Convención de 1989 sobre salvamento maríti-

(61) Asociación de Derecho Internacional, Report, 1990, pág. 228.

(62) Esta parece ser la opinión de Boesten, Eke.: *The UNESCO Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, an analysis and commentary*. T.M.C. Asser Institut, 2000. Pág. 39., que cita el informe presentado por Brown en la Segunda Conferencia de Museos Marítimos Nacionales sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, celebrada en la sede de la Organización Marítima Internacional, Londres, los días 25 y 26 de enero de 1996. El informe lleva por título «Protection of the Underwater Cultural Heritage: Draft Principles and Guidelines for Implementation of article 303 of the UN Convention on the Law of the Sea, 1982.»

mo. Adelantemos que dicha Convención no ha sido suscrita por España, por lo que su contenido no sería de aplicación en nuestro caso, salvo que se incorpora una remisión expresa a dicho instrumento.

En lo que se refiere la aplicabilidad de la Convención Internacional sobre Derecho de Salvamento, que prevé las condiciones del salvamento, dicha Convención no trata ni el estatuto jurídico de la propiedad, ni las circunstancias para la adquisición o pérdida de la misma ni tampoco cuando puede ser considerada abandonada, que es el presupuesto básico para que las normas sobre salvamento puedan operar.

Por otro lado, deben ponerse de manifiesto argumentos en contra de la aplicabilidad de las normas sobre salvamentos marítimos:

a) La Convención de 1989, que, como dijimos, no ha sido ratificada por España permite efectuar reservas a su aplicabilidad a los naufragios históricos, lo que viene a significar que los Estados Parte no son unánimemente partidarios de incluir dichos naufragios y sus efectos en el ámbito del salvamento.

c) El artículo 303.3 de la Convención debe ser leído conjuntamente con el artículo 303.4, que determina que el precepto se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de Derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter histórico y arqueológicos, lo que parece puede ser interpretado como una aplicación prevalente de las normas relativas al Patrimonio Cultural Subacuático.

F) La relación de la Convención de 2001 y la Convención sobre Derecho del Mar, de 1982.

Muchas delegaciones, entre ellas la española, expresaron durante las distintas reuniones de expertos gubernamentales la preocupación por el hecho de que el nuevo texto que se iba forjando pudiera alterar el esquema de la Convención sobre el Derecho del mar de 1982, que tan lenta y trabajosamente se había construido durante años. Pero lo cierto es que cada nueva reunión que se producía la presión para reconocer derechos al Estado ribereño en la ZEE era mayor.

En relación con los vínculos entre ambos textos convencionales, la importancia de la Convención de 1982 es doble: de un lado, como título habilitante para la redacción de la Convención de UNESCO y de otro, como marco general inalterable definidor de los derechos y deberes de los distintos Estados implicados. En otras palabras, como Constitución del Mar (63).

(63) Boesten, Eke.: Protecting Underwater Cultural Heritage: Theory or Practice?, en Underwater magazing, Noviembre-diciembre 2000., Revista de la Association of Diving Contractors International, Inc.

En cuanto al primero de los aspectos, las cláusulas habilitantes son esencialmente dos: en primer lugar, el artículo 303.4 de la Convención, determina la que el precepto, titulado «objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar» se entenderá «sin perjuicio de otros acuerdos internacionales relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico». Entre dichos acuerdos estaría la Convención de UNESCO. El segundo fundamento justificativo de este último texto se sitúa en el artículo 311 de la Convención de 1982 que permite que dos o más Estados Partes celebren acuerdos que modifiquen disposiciones de la propia Convención de 1982 o suspenda su aplicación siempre que tales acuerdos no afecten a los principios básicos enunciados en la Convención y que la y que tales disposiciones no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás estados Partes correspondan en virtud de la Convención.

Como hemos mostrado, numerosas disposiciones, sobre todo las referidas a los aspectos jurisdiccionales en la Zona Económica Exclusiva, afectan al régimen de deberes y derechos en la Convención de 1982 (64). De ahí que se incluyera en el artículo 3 una fórmula ciertamente compleja que concreta una cláusula de compatibilidad con el Derecho Internacional y, en particular, con la Convención de 1982. La idea de introducir tal cláusula procede de la Opción de compromiso presentada en la reunión de 1999 por el presidente del Grupo de trabajo en relación al Patrimonio Cultural Subacuático en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, si bien esta propuesta se refería las relaciones entre la Convención de UNESCO y la Convención de 1982. Al haber introducido la mención al Derecho Internacional globalmente considerado, se han desdibujado los perfiles de la cláusula, acercandola más a los que hemos denominado una cláusula de confort.

El precepto se compone de dos proposiciones interconexionadas. En la primera se determina que la Convención de UNESCO no menoscabará los derechos, jurisdicción ni las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional, incluida la Convención sobre Derecho del Mar. La segunda impone una interpretación de la Convención de 2001 «en el contexto y de conformidad» con el Derecho Internacional, incluida la Convención sobre Derecho del Mar.

(64) Como manifiesta, de manera ciertamente gráfica, Eke Boesten: «..Although the Preamble the the Draft apparently aims at staying within the boundaries of the LOSC 1982, the measures specified in the Draft demonstrate differently»: Boesten, E.: *The UNESCO Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, OP. Cit. Pág. 11.

5. SOMERA REFERENCIA A LA PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

La configuración de la protección otorgada al Patrimonio Cultural Subacuático situado en zonas sometidas a soberanía o jurisdicción españolas es ciertamente discordante con la posición que mantenemos en los foros internacionales por lo que debiera plantearse su eventual modificación. España, en su foro interno, sostiene una posición ciertamente maximalista en lo que se refiere a la extensión de la zona arqueológica relevante.

Efectivamente, la Ley 16/85, de 26 de junio sobre Patrimonio Histórico Español, considera parte del mismo a los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en **el mar territorial o en la plataforma continental**. En tales espacios cualquier excavación o prospección está sometida a la autorización del Estado.»

Lo primero que llama la atención del precepto es que el legislador ha optado por una solución distinta de la formulada en el artículo 15.5 de la misma ley 16/1985 en relación a las denominadas «zonas arqueológicas». Estas se definen como «lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o **bajo las aguas territoriales españolas**». Esta última referencia parece remitir directamente al mar territorial y aguas interiores y excluye una interpretación comprensiva de la plataforma continental. El problema que se plantea con esta diferencia de planteamientos entre ambos preceptos es obvio: un conjunto de bienes muebles situado en la plataforma continental podrá formar parte, si se dan las condiciones para ello, del Patrimonio Histórico Español, pero no podrá ser tratado como zona arqueológica a los efectos, por ejemplo, de su consideración como Bien de Interés Cultural.

En cualquier caso, el artículo 40 de la Ley 16/1985, es acorde con el espíritu de la Convención de 1982 en lo que se refiere al régimen de los fondos marinos situados bajo la zona contigua, que trata, correctamente, como plataforma continental. Pero en lo relativo a los derechos reconocidos al Estado ribereño va más allá de lo establecido en Jamaica, puesto que ampara reivindicaciones hasta el límite exterior de la plataforma continental. En cualquier caso, esta discordancia con el texto de 1982 debería encontrar solución en el marco de la preferencia por el sistema de este último. Varias razones fundan esta prelación: En primer lugar, la general pre-

valencia del Tratado internacional sobre la ley ordinaria en nuestro Ordenamiento, que permitiría la aplicación directa de las disposiciones de la Convención sobre Derecho del Mar y del texto de UNESCO en detrimento de la Ley 16/1985. En segundo lugar, la propia Ley sobre Patrimonio Histórico Español, en su Disposición Adicional Séptima supedita la aplicación de la Ley a los acuerdos internacionales válidamente celebrados por España y al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones que, para la protección del patrimonio histórico, adopten los organismos internacionales de que España sea miembro. En tercer lugar, debe aplicarse la fórmula del artículo 2.2 del Código Civil a cuyo tenor las leyes sólo se derogan por otras posteriores incompatibles con aquellas, dado que la Convención sobre Derecho del Mar fue ratificada por España con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/1985, sobre Patrimonio Histórico Español.