

LA PROTECCIÓN PENAL EN AGUAS INTERNACIONALES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO SUMERGIDO ESPAÑOL

José María LANCHO RODRÍGUEZ
Abogado. Socio colaborador de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación



ALGUNOS de los aspectos más novedosos en relación a la capacidad de la protección legal del patrimonio cultural subacuático, como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas, se están sucediendo en la jurisdicción penal española en relación al caso Odyssey Marine. Del mayor interés resulta la controversia relativa a si la jurisdicción española puede conocer de los actos de destrucción y expolio llevados a cabo en el pecio de la *Mercedes* en aguas de la plataforma continental de Portugal, completamente ajenas

a las aguas jurisdiccionales españolas.

Para España los restos arqueológicos de la fragata *Mercedes* siguen constituyendo un buque de guerra en el sentido de ser susceptibles de inmunidad soberana, tal como ha sostenido el Estado español en el procedimiento judicial en Tampa frente a Odyssey Marine (Asunto No. 8:07-CV-00614, documento 131, ante la District Court para el Distrito Medio de Florida). Esta interpretación de Estado, respecto del estatus jurídico de los buques de la Armada hundidos, complementa interpretativamente el conjunto de nuestro ordenamiento al respecto y en concreto el sentido de la Orden 25/1985 del Ministerio de Defensa que determina qué buques se entienden en Derecho español como buques de guerra.

«La *Mercedes* es un buque de guerra de España y sigue siendo el lugar de descanso de más de 250 marineros de la Real Armada Española que murieron en el servicio de su país», expresa la representación española en escrito de 22 de septiembre de 2008 en el mencionado tribunal.

A través de su representación procesal en Estados Unidos, nuestro país, y en un claro sentido de reciprocidad, ha sostenido que pocos principios tienen más tradición en Estados Unidos y en el derecho internacional que el de la inmunidad de los buques de guerra, doctrina que les sigue siendo aplicable aunque se encuentren hundidos. En este sentido la representación española ha llegado a remontarse a la doctrina del legendario juez norteamericano Marshall (que tanto y bueno ha dado de sí en la experiencia judicial y legislativa europea), quien ya se expresó en 1812 para el Tribunal Supremo sobre un asunto relativo a un buque de la era napoleónica [*Schooner Exchange vs. McFaddon*, 11 US (7 Cranch) 116, 146 (año 1812)], que cualquier interferencia de un estado extranjero sobre un barco de guerra afecta a la propia soberanía del Estado.

Esta doctrina, extraída de su forma ciertamente «arcana», ha sido esgrimida por España con vigor y éxito, y su vigencia ha sido asumida por los tribunales norteamericanos en relación al estatus jurídico de la fragata *Mercedes*.

Las inmunidades de los «buques armados públicos» en términos reconocidos hace casi 200 años resulta asimismo coherente con la normativa internacional actual, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre 1982, cuyo artículo 95, igualmente invocado por España, quien lo estima aplicable para los restos arqueológicos de la fragata *Nuestra Señora de las Mercedes*, expresa: «Los buques de guerra en alta mar gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón».

El 5 de febrero de 2004, España procedió a notificar oficialmente a Estados Unidos que sus barcos hundidos no pueden ser «alterados» sin su autorización, y el Departamento de Estado norteamericano procedió a publicar en el Registro Federal esta advertencia. Esto, y es de lo más significativo, nada tiene de contradictorio con la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001, donde en su artículo 2.8. expresa que «De conformidad con la práctica de los Estados y con el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará 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 sus buques y aeronaves de Estado».

Los efectos de este posicionamiento exterior de nuestro país tiene evidentes efectos en el Derecho Interno. Es obvio que introduce una importante precisión al artículo 40 de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español ¿Los buques de Estado históricos quedan al margen del régimen ordinario de competencias de gestión administrativas relativas al patrimonio histórico?

En mi opinión el estatus de inmunidad soberana conferido a los buques de guerra históricos hundidos genera una importante novedad e introduce un nuevo enfoque que debe alterar el régimen de titularidad efectiva —y la

gestión— del patrimonio relativa a este tipo de yacimientos, interpretación que no se ve interferida, en modo alguno, por la distribución constitucional de las competencias en materia de patrimonio cultural contemplada en los artículos 149.1.28. y 149.2 CE (que recoge las competencias del Estado) y en los artículos 148.1.15a y 16a CE (que recoge las competencias de las comunidades autónomas) y que se encuentran plenamente incorporadas a nuestro ordenamiento interno a través de los tratados internacionales citados.

Si hasta ahora el balance arqueológico y científico, así como de inversión pública para investigar este tipo de patrimonio sumergido, ha sido extraordinariamente bajo, no podemos dejar de destacar el papel que en esa falta de resultados ha tenido la distribución competencial existente, y aún más la evolución del propio papel de los agentes públicos desde la Constitución, pues en la práctica ha supuesto el desplazamiento del Estado, especialmente del Ministerio de Cultura y en mayor medida de la Armada, a favor de las comunidades autónomas. Un proceso imparable, incluso a pesar de la propia literalidad constitucional, llegándose a extremos en algunas comunidades donde se produce una exclusión prácticamente total del Estado. El resultado lógico de una persecución obsesiva de atribuciones en lugar de una persecución de resultados científicos no es otro que una ausencia de consecuencia y realizaciones arqueológicas concretas, demostrándose que la intervención, o más bien su ausencia, de las administraciones descentralizadas es claramente insuficiente en este ámbito.

A mi entender la introducción de la naturaleza de buque de guerra histórico atribuible a un yacimiento arqueológico desde luego no supone una excepción a su consideración como patrimonio histórico español, sino una protección especial en virtud de su titularidad estatal subsistente y una necesaria vía de escape competencial tanto a la demostrada inoperatividad arqueológica de las administraciones autonómicas como a las dificultades de proyectar jurisdicción española más allá de nuestras aguas territoriales para proteger estos restos únicos, añadiendo a las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes pertenecientes al dominio público arqueológico las de inmunidad soberana y propiedad estatal.

En nuestro derecho histórico encontramos muy consolidada la misma concepción respecto de la inmunidad de los buques de guerra. Así, Ignacio de Negrín en 1888 (*Tratado de Derecho Internacional Marítimo*, Segunda Edición, obra de texto de la Escuela Naval), definía territorialidad refiriéndose a los propios buques como aquella cualidad inherente a todo buque, ya sea de guerra o mercante, en cuya virtud se le considera como una porción íntegra del territorio nacional, y por lo mismo sagrada e inviolable, cualquiera que sea el punto en que se encuentre. Este principio llegó a ser corriente en los manuales jurídicos de muchas Armadas; así, en Francia, el jurista Ortolan concedía la territorialidad absoluta al buque de guerra, y solo en parte a los mercantes, especialmente al encontrarse en radas y puertos extranjeros.



Llegada del tesoro a la Base Aérea de Torrejón (Madrid).
(Foto: Ministerio de Defensa de España).

En un sentido más radical Negrín, en la obra antes citada, llega a concluir que el «buque de guerra lo mismo que el mercante, en la alta mar como en los puertos extranjeros, no pueden menos de ser una parte integrante, aunque movable, del territorio nacional, sujeta por lo tanto exclusivamente a la jurisdicción y a las leyes de su Soberano. Indudablemente hay ciertas diferencias muy marcadas entre los bajeles de guerra y los de comercio, pero esas diferencias no afectan á la territorialidad, porque ambos pertenecen al mismo país, arbolan igual pabellon y están sujetos á idénticas leyes». Esta doctrina fue defendida por otros tratadistas españoles como Mozo o González Hontoria (*Tratado de Derecho Internacional Público*, 1928). No obstante, la conclusión de la autonomía jurisdiccional del buque de guerra es identificable igualmente en autores posteriores, como Francisco Fariña Guitián (*El buque de Guerra ante el Derecho Internacional*, 1941).

Por ello, la extensión de la inmunidad soberana del buque de guerra sobre sus restos hundidos no resulta una novedad radical para el entorno jurídico español, con una percepción casi vocacional de la inmunidad soberana y que

ha sostenido en foros recientes, desde la Convención del Derecho del Mar o la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, y en general la normativa comunitaria (por ejemplo la Directiva 2005/35).

En lo relativo a la protección penal de estos bienes, con independencia de que sigan ostentando o no el estatus de buque de guerra, y de que ésto otorgue un plus de protección penal, siguen siendo bienes culturales, parte del patrimonio cultural y espiritual no solo del pueblo español, y por tanto siguen gozando de la protección penal que despliegan los artículos 322 y siguientes del Código Penal relacionados con los delitos contra el patrimonio cultural.

El buque de guerra hundido genera jurisdicción española por razón del territorio

La Convención del Derecho del Mar en sus artículos 17 y siguientes prevé que la jurisdicción aplicable para los buques de Estado, y para conocer los ilícitos cometidos a bordo, será la del pabellón del buque (el 14 de febrero de 1997 entró la convención en vigor para España). Sostengo que a los restos naufragados de la fragata *Mercedes*, cuyo estatus jurídico sigue siendo el de buque de guerra, le son aplicables estos artículos de la Conferencia de Derecho del Mar.

Sin duda, el ejercicio de la jurisdicción es una manifestación del núcleo de la propia soberanía del Estado y, por tanto, su extensión, como los propios límites de sus atribuciones son expresión de su capacidad de autodeterminación y de hacerla efectiva frente al resto de miembros de la familia de las naciones «civilizadas». Durante mucho tiempo los jurisconsultos consideraban que la pretensión de jurisdicción de un Estado sobre una porción de mar próxima a sus costas no existía sino como ficción, que equiparaba el agua a la tierra (H. S. Summer). Esta técnica, auténtico empleo de la metáfora en el desarrollo efectivo del derecho, se empleó para acuñar el principio de extraterritorialidad, que supone para nuestro caso que un navío, con independencia de en qué aguas se encuentre, permanece todavía en los límites de la soberanía del Estado a que pertenece.

En el caso español, el límite ordinario de la jurisdicción es el del propio territorio, aunque sin perjuicio de la capacidad de extensión extraterritorial de nuestra jurisdicción en razón de la nacionalidad española del delincuente o de la especial naturaleza del bien jurídico afectado

Cuando se analiza la posibilidad de intervención de nuestra jurisdicción en alta mar debemos significar que el principio de que el alta mar forma un espacio libre de toda soberanía nacional, gozando por igual todos los buques de ese derecho de libertad sin que puedan entrar distinciones, es un verdadero apotegma en el Derecho Internacional contemporáneo.

Ese principio posibilita que los crímenes y delitos cometidos en alta mar a bordo de un buque de guerra (el principio sería aplicable también a un mercante) no pueden nunca ser juzgados sino por las autoridades del propio país a que el buque pertenece, aun cuando, como expresa todavía con validez Fariña Guitián, después de cometido el delito entre en un puerto extranjero y pertenezcan al Soberano local la parte ofensora y la ofendida. Esta conclusión desde luego es efectiva en aguas internacionales y, a lo que en el caso de la fragata *Mercedes* se refiere, incluso en la zona económica exclusiva portuguesa.

En este sentido compete a la jurisdicción española, sin perjuicio de lo que establezcan los tratados internacionales en los que España sea parte: según el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español y a bordo de buques o aeronaves españoles.

Es decir la tesis vigente en nuestro ordenamiento es que «los buques de guerra se consideran trozos o partes del territorio nacional», de hecho así lo reconoce la sentencia de 5 de junio de 2001 de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.^a, A, N.º de Sentencia: 68/2001 - N.º de Recurso: 20/2001). Resulta pertinente la reflexión de que el artículo 547 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal asimila el buque de Estado con un edificio público, y bien podría alegarse que amplía el contenido del artículo 321 del Código Penal, enriqueciendo la capacidad de protección de nuestro ordenamiento sobre los buques históricos hundidos con ese artículo que perfectamente podría tener eficacia en relación a restos de buques en aguas internacionales e incluso de terceros países respecto de buques singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

Esta conclusión responde igualmente a nuestra tradición jurídica y me parece oportuno destacarlo; así el citado Fariña Guitián se expresa en su monografía sobre *El Buque de Guerra ante el Derecho Internacional* respecto de los hechos cometidos a bordo por personas extrañas a la dotación en el siguiente sentido: «En principio, la inmunidad de jurisdicción que disfruta el buque de guerra abarca todos los hechos acaecidos a bordo, aunque los presuntos responsables de un acto delictivo se encuentren accidentalmente en el buque sin pertenecer a la tripulación del mismo».

Aunque el autor del hecho delictivo sea extraño al buque, si el delito se ha cometido contra alguien de la dotación o contra los intereses del mismo buque (por ejemplo, un robo o hurto de cualquier objeto a bordo), rige la competencia del Estado del pabellón para conocer el hecho acaecido, en nuestro caso España.

¿Puede intervenir el orden jurisdiccional penal militar?

El artículo 9.3 de la LOPJ distingue dentro del orden jurisdiccional penal la jurisdicción ordinaria o la especial militar. Esta distinción se resuelve sobre

una serie de principios generales, correspondiendo el conocimiento de las causas criminales a la jurisdicción ordinaria, que prevalece frente a la militar, siendo competente esta última cuando se lesionen bienes jurídicos de naturaleza militar, sin posibles interpretaciones extensivas por vía de conexidad o analogía (artículo 117.5 CE, artículo 3.2 LOPJ y artículo 12 y siguientes de la LOJM).

La tipificación de conductas que figuran en el Título Segundo del Código Penal Militar y constitutivas de delito militar quedan básicamente delimitadas en los «delitos exclusiva o propiamente militares»; sin embargo, excepcionalmente, se contemplan supuestos que aun afectando al servicio y a los intereses de las Fuerzas Armadas los no militares pueden ser sujetos activos de delito y jurisdicción militar.

Este análisis no es trivial, pues el Reino de España extiende la cualidad y estatus de buque de guerra a sus restos naufragados con independencia del tiempo pasado desde su hundimiento. Así, respecto a los restos arqueológicos que conformaban el buque de guerra que el Reino de España ha identificado como la fragata *Mercedes*, su mero allanamiento podría entenderse, si integrara determinadas circunstancias, que incurre en un tipo penal militar. Veamos el alcance de esta posibilidad: el art. 61 del CPM tipifica el delito denominado de «Allanamiento de Base, Acuartelamiento o Establecimiento Militar». Este artículo, ubicado en el Título I del Libro Segundo de dicho código, se desarrolla bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional», dentro de los cuales, en el Capítulo IV se contemplan los «Atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional». Este esfuerzo de localización semántica es importante para determinar el alcance y los límites de la jurisdicción penal militar sobre este delito. El Tribunal Supremo ha podido delimitar, en este tipo de daños, los límites de conocimiento de la justicia penal militar; así este tribunal (Sala Quinta de lo Militar), en sentencia de 11 de abril de 2003 (N.º de Recurso: 1/64/2002), expresaba que en la actualidad, sin embargo, «la regulación del allanamiento militar precisa concretamente, como bien jurídico tutelado, la seguridad nacional y la defensa nacional, mediante el atentado a sus medios o recursos, que se configuran y encuentran en los establecimientos militares, en los Acuartelamientos o en las Bases. Ello hace que nos encontremos ante los delitos denominados de peligro abstracto, que implican un riesgo para el bien jurídico tutelado, aunque no sea exigible que ese peligro sea real y concreto en relación con bienes determinados, bastando que sea potencial». La sentencia continúa: «Sin embargo, la simple entrada no es suficiente para la tipificación del delito, puesto que ha de quedar probada la afección del bien jurídico tutelado, que debe completar el hecho de introducirse subrepticamente en la zona, tal como se describía en la sentencia de esta Sala de 8 Mayo de 1995».

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 mayo de 2001, donde se puntualiza que si bien «no es preciso acreditar la existencia



Descarga del tesoro de la fragata *Nuestra Señora de las Mercedes*.
(Foto: Ministerio de Defensa de España).

de ningún riesgo real y efectivo», no obstante sí debe quedar acreditada la concurrencia de la situación de peligrosidad potencial o riesgo abstracto, que es la base de la punición como necesaria exigencia del principio de culpabilidad.

Por grandes y graves que, necesariamente, hayan sido las labores de explotación del yacimiento efectuadas por Odyssey Marine, entiendo que, esta vez, no afectan al bien jurídico consistente en la seguridad nacional y la defensa nacional, sino que lo afectado y precisamente tutelado por el derecho penal español es el patrimonio histórico, portador de una información y un valor intrínseco vinculado, cuando menos, a nuestra comunidad cultural, y por tanto la titularidad de esos bienes se convierte en irrelevante en la configuración de su régimen jurídico y la capacidad de obtener protección penal ordinaria de los artículos 321 y ss. del Código Penal. Pudiendo conocer nuestros tribunales penales ordinarios sobre un expolio acaecido en un buque histórico hundido en aguas internacionales al tener jurisdicción, cuando menos, en virtud del territorio.

Los Estados Unidos consideran viables las acciones penales contra intervenciones en buques y aeronaves de Estado hundidos en aguas internacionales

A través de las disposiciones relativas a la inmunidad soberana de los buques de Estado, el Departamento de la Marina de Guerra norteamericano mantiene la custodia efectiva de todos sus buques y aeronaves, ya fueran hundidos en territorio de los Estados Unidos, en terceros países o en aguas y zonas internacionales. Esta doctrina se ha visto puesta en práctica en varias ocasiones para proteger el patrimonio histórico vinculado a estos restos; así ha sido en el caso *Hatteras Inc. contra el USS Hatteras* (1984) y en el de *Estados Unidos V. Richard Steinmetz* (1992, conocido como el «caso de la campana del Alabama»), entre otros. En virtud de la Ley Nacional de Preservación Histórica (NHPA), la Marina de los Estados Unidos viene obligada a prestar protección a sus propiedades históricas, incluyendo los restos de naufragios de buques y aeronaves, para lo cual tiene responsabilidades de custodia. La NHPA obliga a las agencias federales a administrar los recursos culturales de que son titulares (no es sólo una cuestión motivada por aspectos culturales, sino que afecta a residuos, tumbas de guerra, municiones sin detonar y la recuperación de sistemas de armas con todavía uso potencial) de una manera que hace hincapié en la preservación en perjuicio de cualquier tercero, incluidas las empresas cuya intervención pudiera afectar negativamente a dicho patrimonio.

Resulta paradigmático el asunto relativo al *Lightship Nantucket* (LV-117) sumergido en aguas internacionales a 50 millas al sur de Nantucket Island, Estado de Massachusetts. El buque, adscrito al servicio público de Guardacostas, sufrió una intervención menor por parte de un empresario «explorador» y la Secretaría de Estado de Justicia y el Coast Guard Investigative Service analizaron opciones civiles y penales para la reintegración del material expoliado y la forma más idónea para preservarlo. Finalmente se optó por una acción civil en 2005 que se zanjó con un acuerdo judicial ante la amenaza explícita de iniciar acciones penales. Yo pude examinar los autos, muy interesantes, de la causa.

Conclusiones

La jurisdicción española se encuentra, ciertamente, frente a situaciones completamente inéditas relativas a su propia competencia y a su propia capacidad de dar respuesta jurídica a lo que viene a ser el mayor expolio de toda la historia de nuestra cultura. Bienes culturales esenciales, no solo para nuestro país, sino para toda la humanidad, se encuentran en máximo riesgo. Son bienes históricos sumergidos y dispersos en buena parte de los mares del

planeta y no obstante son bienes objeto de protección por nuestro ordenamiento con independencia de su ubicación.

La imprescriptibilidad de la cualidad de buques de Estado y de guerra de los pecios históricos correspondientes a esos restos, decisiva a los efectos de mantener la titularidad estatal y la inmunidad soberana sobre los mismos, ha otorgado un importante plus de protección y capacidad de compromiso por parte de nuestro Estado en el aseguramiento del destino adecuado de estos restos. En ese sentido facilita la capacidad de intervención y de dar respuesta jurisdiccional penal a este tipo de daños y expolios en todo tipo de aguas.

El hecho de que los restos de la fragata *Mercedes* sigan constituyendo un buque de guerra, en el sentido de ser susceptibles de inmunidad soberana, posibilita que los actos de expolio efectuados por *Odyssey* sobre este buque permitan la intervención de la jurisdicción española por razón del territorio, y ello a pesar de que se ubiquen estos en aguas internacionales, o incluso en aguas de terceros Estados.

Se añade el hecho de que el país origen de la más importante industria cazatesoros no desdeña el recurso a la vía jurisdiccional penal para la protección de sus propios buques de Estado hundidos en cualquier lugar del mundo, lo que puede facilitar la eficacia de los procedimientos penales iniciados desde España. Aquí, el estatus jurídico de buque de Estado, superpuesto a los restos hundidos correspondientes con esa tipología de buques, puede y debe, en aras a lograr la máxima protección y proactividad científica, quedar al margen del régimen ordinario de competencias de gestión administrativas y, desde luego titularidad, actualmente existentes sobre los mismos y que, por los resultados obtenidos desde ese régimen jurídico, no han sido buenos.

Este tipo de protección no puede entenderse como definitivo, deja abierta una puerta jurídica sobre otro tipo de pecios, igualmente históricos y vinculados con nuestra cultura, que no se correspondían con buques de Estado. España debe reforzar la eficacia jurisdiccional, por razón de la materia, en foros que no necesariamente deberían ser el español, y política, por medio de convenios bilaterales y multilaterales, de los valores a los que ha vinculado su patrimonio histórico sumergido con la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

Esta responsabilidad y esfuerzo de emplear todas las posibilidades que nos permite el Derecho para salvar un vínculo estrecho y fácilmente extinguido con nuestro pasado tienen el mismo valor de legado y de responsabilidad ante el porvenir y las generaciones futuras que los propios restos arqueológicos de los que hablamos.