

EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO MARÍTIMO: ASPECTOS JURÍDICOS Y NORMATIVA INTERNACIONAL

Por José Luis GOÑI ETCHEVERS (Goñi & Co. Abogados)
y Víctor FUENTES CAMACHO (Profesor Titular de
Derecho internacional Privado. Universidad Complutense)

SUMARIO: I. Nuevas dimensiones del reciente descubrimiento del mar.- II. Delimitación de la arqueología marina a partir de la clasificación de las cosas que pueden encontrarse.- III. Definiciones de la noción de “patrimonio arqueológico marítimo”.- IV. Pautas a tener en cuenta para comprender el progresivo cambio de actitud de la comunidad internacional en relación al patrimonio arqueológico marítimo.- V. Intereses en presencia y valores jurídicos dignos de protección.- VI. La arqueología marina en la normativa internacional sobre el Derecho del mar: el Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982.- VII. La arqueología marina en la normativa internacional represiva del tráfico ilícito internacional de bienes culturales: algunas reflexiones en torno al problema de su dispersión

I. Nuevas dimensiones del reciente descubrimiento del mar

1. Hemos descubierto el mar y eso ha ocurrido en el siglo XX; más concretamente, en su segunda mitad. Algunos ponen una fecha exacta, 1960. El mar estaba ya descubierto; pero muy limitadamente. Tan limitadamente que hemos entrado en un Nuevo Mundo, el Nuevo Mundo del mar, como antes fue el Nuevo Mundo de las Indias, del Continente Americano.

Hasta el siglo XX, a efectos prácticos, lo que se conocía del mar después de la inconmensurable hazaña del descubrimiento de América por los españoles que destruyó en singular medida los mitos y fantasmas del mar, lo que se conocía de la Mar Océana era en verdad muy poco. Conocíamos la superficie del mar, con sus tormentas y sus calmas, con sus riesgos y la riqueza del transporte. Conocíamos sus costas, prácticamente todas las costas después de que los españoles exploraran casi todo, para que luego lo descubrieran Cook y otros como si nada hubiera ocurrido antes, y más tarde, casi ayer mismo, los continentes polar y antártico. Sin embargo, del fondo del mar conocíamos sólo un poco, casi nada, por no decir absolutamente nada. Prácticamente, lo que se podía explorar a pulmón libre y la riqueza de la pesca que se podía obtener, en cantidades todavía modestas y a

escala artesanal. Fuera de éso, nada. El mar era sólo la superficie navegable y las costas, entendidas más como tierra y playas que como mar.

Pero el fondo del mar son alrededor de los dos tercios de la superficie total del mundo, sin hablar de los millones y millones de metros cúbicos de esa espectacular masa líquida en continuo movimiento. Ese fondo lo estamos descubriendo ahora, a partir de las escafandras, los sistemas de buceo, los submarinos cada vez más sofisticados y autónomos, allí donde no puede llegar el hombre a bordo suyo. Y lo estamos descubriendo también con una tecnología cada vez más capaz y más precisa que incluye rayos que se hacen visibles o audibles, “escaneos” o barridos electrónicos, explosiones controladas y todos esos medios que cada día se crean o se nos hacen conocidos. Tras el cúmulo de estos descubrimientos, viene la exploración intensa y, sobre todo, la conquista, el aprovechamiento. Porque si al hombre le mueve en sus acciones el deseo de saber, de superar lo desconocido, que es un sentimiento noble, también le mueve la economía, que igualmente es un sentimiento noble, mas con mucha frecuencia, con más de la que sería deseable para entendernos, se tiñe de codicia y fácilmente de lucha sin cuartel.

2.Y aquí viene el Derecho, que es lo nuestro. Sobradamente conocida es la idea de que el Derecho está para fomentar la justicia, y cuanto más conflictivas sean las relaciones humanas se hace más necesario. Pues bien, en esa formidable masa líquida que es el mar, y sobre todo en su fondo hay riquezas, muchas riquezas; pero también hay historia, mucha historia. Es un mundo nuevo cuyas inconmensurables riquezas se debaten entre dos polos, el patrimonio económico y el patrimonio cultural, que no son dos polos opuestos, sino útiles y muy necesarios para determinadas calificaciones, claves en esta materia.

Pero hablamos de Derecho, que es lo nuestro, por cuanto uno de nosotros especialista en Derecho marítimo y otro en Derecho internacional privado; el primero de ambos lo es, además, desde hace muchos años, más bien lustros, para contarlos con menos dedos. Y lo cierto es, que tan moderno es este tema que nos reúne hoy aquí, que hace todos aquellos años o lustros en los estudios de la carrera de Derecho todavía no se habían planteado los problemas que nos trae el descubrimiento del mar, sino que estábamos aún en la concepción del tema que nos viene del Derecho Romano. Y aunque los romanos

tuvieron una fantástica capacidad para crear y teorizar sobre conceptos jurídicos, que nos han servido hasta nuestros días, naturalmente sus concepciones estaban teñidas de la realidad que conocían, que es muy diferente de la actual. Sus conceptos sobre la propiedad y la apropiación de las cosas, por lo que ahora nos interesa, estaban limitados a la tierra y a las costas, casi ni siquiera al mar circundante. Con ello y muy pocas variaciones, hemos llegado hasta el siglo XX, en que se descubre el mar, y entramos en el siglo XXI, planteándonos un Derecho nuevo del mar, y con ello del patrimonio marítimo, que mientras se va configurando convive con el Derecho tradicional. A este Derecho tradicional todavía vigente, al menos como base, procede hacer una referencia que posibilite la comprensión de la profusa y variada normativa por la que se regula actualmente el patrimonio arqueológico marino.

3. Los bienes materiales que existen el mundo podrían ser clasificados en las dos grandes categorías: las cosas que tienen un dueño o propietario, y las cosas que no lo tienen. Esta segunda categoría de las cosas que no tienen dueño, o que aparentemente no lo tienen, es la que nos va a interesar. Hay desde luego muchas cosas en el mundo que no tienen dueño; pensemos en la caza, la pesca, el aire que respiramos, podría ser el agua también. Asimismo, existen cosas que tuvieron dueño pero lo han perdido. Ahora bien, en la concepción actual del Derecho resulta cada vez más difícil mantener que haya cosas que no pertenezcan a nadie. Los Estados tienen tendencia desde siempre a considerar que lo que no tiene dueño o bien es propiedad del Estado, o bien su aprovechamiento ha de hacerse con la autorización o el consentimiento del Estado; principio que se consagra en múltiples disposiciones legislativas. Ya volveremos sobre ello.

En el Derecho Romano, en la concepción que ha llegado como básica hasta nuestros días y que ahora esta en franca crisis, las cosas que no son de nadie se regulan por principios que todavía hoy se mantienen en la mente del ciudadano. Hay que reconocer, sin embargo, que ya con resabios por lo menos de que esos principios tradicionales están cambiando. Así ocurre que pensamos que si nos encontramos una cosa por la calle la hacemos nuestra, de nuestra propiedad, y, no obstante, al mismo tiempo sabemos que hay oficinas de objetos perdidos, para que el dueño tenga derecho a recuperar lo que haya perdido. Y deberíamos saber también que hay un precepto vigente de nuestro Código civil que ordena que el que se encuentra

una cosa tiene derecho a recibir una vigésima parte de su valor, esto es, un 5%; lo que significa que el Código niega que el hallazgo permita al que lo encuentra hacer suya la cosa y también que la recompensa, que a veces se considera generosa, no lo es tanto, puesto que es un derecho establecido en una determinada cuantía, ese 5% del Código civil.

Problemas de ese tipo, que se presentan todos los días y de los que podríamos hablar mucho y discutir ampliamente, constituyen temas de Derecho civil puro y las grandes bases se encuentran en el Código civil, en los preceptos que se ocupan del derecho de propiedad y de la posesión, así como en los relativos a los tesoros encontrados, al abandono, a la pérdida de las cosas, a la ocupación, etc. En principio es un tema que se encuadra sistemáticamente dentro del concepto de la adquisición y pérdida de la propiedad. En el mar las cosas son algo distintas, o si se quiere impensadas, como veremos.

II. Delimitación de la arqueología marina a partir de la clasificación de las cosas que pueden encontrarse

4. Las cosas que se “encuentran”, por usar un término de la mayor amplitud posible, normalmente tienen o han tenido un propietario, salvo las cosas apropiables por naturaleza como la caza o la pesca, y por tanto pertenecen necesariamente a una de estas categorías:

1. Apropiables por naturaleza
2. Perdidas provisionalmente (extraviadas)
3. Abandonadas
4. Destruídas o perdidas definitivamente
5. Cosas perdidas por actos ilegales de otros (robo, hurto, etc.)

Desde otro punto de vista, pero dentro todavía de este Derecho civil puro, hay que tener en cuenta que algunos bienes tengan características especiales, lo que hace que tengan regulaciones también especiales en mayor o menor medida. Entre ellos podemos citar, siguiendo la normativa del Código civil:

- a) Los tesoros
- b) Los bienes de interés histórico, arqueológico o artístico
- c) Los bienes religiosos o de culto
- d) Los bienes de significación ecológica

-etc. etc.-

Ya veremos que estos bienes de naturaleza especial merecen el interés legislativo y dan lugar a normas concretas. Empecemos por la primera clasificación y en ella por los primeros bienes.

5. Cosas apropiables por naturaleza.- Así las llama el Código civil en su Art. 610. En sus propias palabras, son “los bienes apropiables por naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y la pesca”. De esta definición se deduce claramente que hay más cosas que la caza y la pesca; por ejemplo, el aire, el agua de mar, las conchas marinas, algunos vegetales, como las moras de los caminos, incluso algunas frutas, y otras muchas cosas. Pero preciso es resaltar que ya hoy choca en nuestras mentes que estas cosas sean apropiables “por naturaleza”; es decir, que lo sean por imperativo de la naturaleza, recayendo lo contrario, su prohibición o su regulación administrativa, en el diabólico calificativo de “contra natura”. Así, por ejemplo, ya no se puede pescar normalmente sin tener un permiso de pesca, y no digamos lo que ocurre con la caza. La normativa administrativa viene desde lejos a convertir estas especies de “derechos naturales” del Código en materia regulada. El propio Código, que es de finales del siglo XIX y de corte claramente liberal en lo económico, ya apunta, aunque tímidamente, a que las cosas apropiables podrían regularse por normas administrativas.

6. Cosas perdidas provisionalmente (extraviadas).- Vienen a continuación las cosas que han tenido un dueño pero que aparentemente al menos parece que han dejado de tenerlo. Todo el mundo entiende lo que son las cosas perdidas; pero es más difícil tratar de definir y delimitar el concepto y, desde luego, aplicarlo en la práctica, como veremos. Son cosas “perdidas” aquéllas que no están en poder de su dueño o poseedor, pero por causas involuntarias y con carácter que se supone provisional. Quizá haya que añadir el dato de que no se haya producido su destrucción y que la cosa sea recuperable; es decir, que no se haya perdido físicamente, que es otro supuesto, tratado más abajo. Ya hemos puesto de relieve que el Código civil entiende que las cosas perdidas siguen siendo de su dueño, aunque el que las encuentra tiene un derecho a la remuneración del 5%. El Código penal puede considerar delito la apropiación de cosas perdidas. En la práctica, sin embargo, puede resultar difícil discernir cuánto tiempo y en qué circunstancias ha de estar perdida una cosa y cuándo se pueden considerar abandonadas. Aunque parezca extraño, no hay

mucha literatura jurídica que pase de la exposición de las líneas generales de los manuales. Pero transcurrido un determinado tiempo, la cosa perdida provisionalmente pasa a constituir una pérdida definitiva.

7. Cosas abandonadas.- Por el contrario, en cuanto a las cosas abandonadas, para que se consideren como tales ha de haber un acto intencional del propietario de desligarse de la propiedad sobre la cosa de que se trate. Ahora bien, ¿cómo se sabe que alguien ha abandonado una cosa y cómo se distingue de la pérdida involuntaria, es decir, del extravío?. A veces no es difícil exteriorizar ese acto intencional de abandono o comprobar que se ha hecho (para los juristas se trata de un acto o negocio jurídico intencional no recepticio o recepticio *erga omnes*). El acto de arrojar una cosa a la basura o a una escombrera es un acto inequívoco de abandono. ¿Pero cómo se demuestra, por ejemplo, que se ha abandonado un barco en peligro, un mueble viejo o un juguete, porque ya no interesa o porque ha quedado en un estado inservible? Estos son casos en los que hay que atenerse a un adecuado análisis y a la correspondiente prueba de los hechos en caso necesario. En el Derecho marítimo el abandono de un barco en peligro o que se considera perdido, o su supuesto abandono, lo que da lugar a que cualquier otra persona lo salve y se lo quede, constituye un hecho muy frecuente, que está regulado por leyes nacionales e internacionales y que da lugar a grandes debates y pleitos.

8. Cosas destruidas o perdidas.- Tenemos, por otra parte, las cosas destruidas o perdidas, perdidas no el sentido de extraviadas que ya hemos analizado antes; esto es, perdidas como cosa. Desde un punto de vista lógico o filosófico, se puede distinguir entre las cosas que dejan de ser lo que eran, aunque sigan existiendo como otra cosa distinta, y las cosas sobre las que no cabe ejercer un control físico o poseerlas. Recordemos el principio de la física “las cosas no se destruyen sino que se transforman”. Así, un libro que se quema se pierde como libro, aunque siga existiendo en forma de ceniza, gases y restos. Según ello, la pérdida que consideramos destrucción no es sino en todo o en parte cambio de la consideración que el objeto, como una categoría determinada, tenía para su propietario. O en todo o en parte, pura inapropiabilidad, es decir que escapa a su posible control físico, como lo que se convierte en humo. A veces acontece que la cosa sigue manteniéndose exactamente tal como era, pero sin embargo no es en

modo alguno susceptible de utilización: así, por ejemplo, el diamante de una pasajera del Titanic seguía siendo tal diamante por muy en el fondo marino que se encontrara, aunque estuviera claramente fuera del control físico de cualquier persona, hasta que se pudo recuperar con el artilugio submarino que todos conocemos. Por tanto, observamos, dentro de esta categoría, por una parte, las cosas que dejan de serlo, tal como estaban contempladas, aunque sean otra cosa - cosas destruidas- y, por otra parte, las cosas que manteniéndose como tales, no son utilizables o apropiables -cosas perdidas definitivamente-.

Pero también hay que contemplar algo intermedio como son los llamados “restos”, “pecios” en la mar, que han dejado de ser la cosa que eran desde el punto de vista de su utilidad económica, pero que son utilizables de alguna otra manera. Esa utilización nueva podría ser: a) como cosa no destruida porque accede a la vida de nuevo con análoga significación a la que tenía, o b) puede ser puramente residual, como cuando se utiliza un coche o un barco hundido como chatarra. Mas con frecuencia tal nueva significación del objeto destruido no tiene un valor análogo o residual, sino que, por el contrario, su recuperación en otro momento de la historia le dota de un valor añadido, a menudo excepcional.

No obstante, hay que tener en cuenta que unos y otros conceptos se entremezclan con mucha frecuencia. Por volver a un ejemplo ya expuesto, el diamante hundido con su propietaria en el Titanic, tiene hoy en día un una significación análoga a la que tenía, aunque añade un evidente plus de interés y con ello de valor comercial si no histórico. En la recuperación residual, como el caso de la chatarra de un buque, hay compuestos de valor o significación distinta como una bitácora o un timón que se han mantenido intactos. En la recuperación con valor añadido, puede, desde haber partes u objetos sin interés o sin valor, o que tengan un valor en cuanto a las primeras unidades, pero no así en el resto, o que tengan un valor importante como cosa, por ejemplo el oro o la plata, con el que compita el valor histórico o artístico, etc., etc.

9. Cosas perdidas por actos ilegales.- Por último, nos encontramos antes las cosas de que el propietario ha sido privado por actos ilegales de otras personas. Son las cosas que se hurtan, se roban o que son objeto de apropiación indebida. Son normalmente supuestos de delitos, pero también hay privaciones que, aun siendo ilegales, no son constitutivas de delito. Sobre estos supuestos hay que remitirse a

un artículo muy importante del Código civil, su art. 464, que, en un esfuerzo de síntesis y aun a riesgo de generalización excesiva o de inexactitud, podríamos decir que atribuye a favor de quien ha sido privado de una cosa ilegalmente el derecho a recuperarla de quien se la haya expropiado, y, en determinadas condiciones, también incluso frente a un tercero; ésto, naturalmente, siempre dentro de unos plazos límite más o menos largos, según las circunstancias, que una vez transcurridos evitan que pueda reclamarse.

10. Ya contamos con una relación, bastante precisa en su enunciación, de cómo las cosas pueden no tener dueño, bien por no haberlo tenido nunca, o bien por haberlo perdido. Junto a las cosas que nunca han tenido dueño, tenemos

- las cosas extraviadas, esto es, perdidas por su propietarios temporalmente, una vez transcurridos los plazos legales;
- las cosas abandonadas;
- las destruidas, o perdidas definitivamente;
- y las perdidas por actos ilegales de otros, en determinadas circunstancias, y desde luego una vez transcurridos los plazos que la ley señala.

De la clasificación hecha, nos interesa de una manera muy especial el capítulo de las cosas definitivamente perdidas o destruidas, respecto de las cuales las técnicas de su recuperación hoy factible y las que se prevén para un futuro no han hecho sino comenzar. Entre estos bienes se incluyen, desde ciudades sepultadas en la mar, hasta los barcos y sus valiosos cargamentos, o sólo los cargamentos arrojados al mar desde un buque. Son estas cosas las que van a interesarnos en la medida en que constituyen, dentro del patrimonio marítimo, la arqueología marina; esto es, en una primera aproximación, el conjunto de cosas hundidas con valor cultural o histórico, lo que no excluye su valor comercial.

III. Definiciones de la noción de “patrimonio arqueológico marítimo”

11. El Código civil no habla nada del mar. Cuando lo hace en algún precepto aislado, se refiere más bien al mar como la costa, porque habla de las cosas que provienen del mar, más en concreto, las que son arrojadas a las costas. Podemos seguir en él, como en Derecho

Romano, los problemas de la apropiación de las cosas que no son de nadie y las que se han perdido, abandonado, etc. Quizá fuera divertido que repasáramos aquí esta regulación con los ojos de quienes ya sabemos que el mar ha sido descubierto; el Código no lo sabía. Asimismo, cabría profundizar en la reflexión sobre cómo después del Derecho Romano la famosa Ordenanza de Colbert, o antes, el nunca suficientemente ponderado Libro del Consulado de Mar español, tampoco conocían del mar más que la navegación, y fuera de ello, cosas como las rapiñas que se hacían en las costas con los barcos a los que se atraía con falsos faros y otros métodos poco recomendables. Pero lo que más nos importa señalar es que, de hecho, hemos llegado hasta el siglo XXI, y ahora tenemos que adecuar rápidamente nuestras leyes al nuevo descubrimiento, porque, ahora mismo, aunque las cosas están cambiando, todavía las cosas relacionadas con el mar se regulan muy parcialmente.

12. Dentro de nuestra fragmentaria y dispersa legislación de fuente estatal o interna, y al margen de las previsiones mencionadas del Código civil, procede comenzar destacando la Ley de auxilios y salvamentos de 1962, que contine una regulación que resulta muy pobre hoy en día sobre los hallazgos y las extracciones marítimas, en sendos capítulos separados. Incluso en la Ley 13/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, encontraremos una sola frase, en el art. 40.1, que se refiere a los bienes arqueológicos que se encuentren “en el mar territorial o en el mar continental”. Y el recentísimo Código penal sanciona los delitos contra el patrimonio histórico constituidos por los daños que se causen, intencionadamente o por imprudencia grave, en los yacimientos arqueológicos, sin ninguna referencia concreta a los yacimientos marinos. Volviendo muy brevemente a la vigente Ley de Auxilios y Salvamentos, el criterio es también el tradicional de distinguir entre las categorías de bienes en el mar, con dueño o sin dueño, por extravío, abandono o destrucción, resolviendo el tema en el sentido de considerar, por decirlo muy en breve, que los bienes destruidos y los abandonados pertenecen al Estado, aparte de alguna recompensa que pueden obtener los que los encuentran; y con los bienes extraviados ocurre lo mismo cuando ha pasado algún tiempo y no aparece quien pueda demostrar ser su legítimo dueño.

Lo dispuesto en los precitados cuerpos legales debe completarse con una serie de previsiones más o menos específicas sobre el patrimonio arqueológico marino contenidas en otras normas tanto del

Estado como de comunidades autónomas. Centrándonos en las primeras, merecen especial mención los deberes de información, depósito y conservación de hallazgos submarinos que imponen la Orden de 9 de julio de 1947, dando normas a los comandantes de marina sobre hallazgos de objetos arqueológicos en el mar y el art. 20 del Decreto 2055/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el ejercicio de actividades subacuáticas. Dentro de ese bloque normativo, presenta asimismo interés la potestad de vigilancia e inspección de la arqueología marina que atribuye se atribuye por Orden de 25 de marzo de 1980, sobre inspección de yacimientos arqueológicos, al Cuerpo Facultativo de Conservadores de Museos y a los Cuerpos de Universidad que tengan relación con la investigación del patrimonio arqueológico.

13. Por su parte, la normativa de fuente internacional reguladora de la problemática que nos ocupa abarca, en primer lugar, una extraordinaria diversidad de disposiciones que hacen referencia a las nociones de “patrimonio arqueológico” y/o de “bienes arqueológicos”, más amplias y, por consiguiente, comprensivas de la arqueología marina. Los ejemplos más relevantes en tal sentido se contienen, de un lado, en varios instrumentos sobre protección del patrimonio arqueológico [fundamentalmente, la Recomendación de la UNESCO de 5 de diciembre de 1956 sobre los principios internacionales que deben aplicarse en materia de excavaciones arqueológicas (parágrafo I); el Convenio de la UNESCO para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, hecho en París el 23 de noviembre de 1972 (art. 1); el Convenio europeo para la protección del patrimonio arqueológico, concluido en Londres bajo los auspicios del Consejo de Europa el 6 de mayo de 1969 y revisado en 1992 (art. 1), y la Carta internacional para la gestión del patrimonio arqueológico adoptada por el ICOMOS en 1990], y, de otro lado, en los más numerosos destinados a la lucha contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales [así, el Convenio de la UNESCO sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954 (art. 1); su Recomendación de 19 de noviembre de 1964 y su Convenio concluido en París el 17 de noviembre de 1970, ambos sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (parágrafo I y art. 1, respectivamente); la Resolución sobre la venta internacional de objetos de arte bajo el

ángulo de la protección del patrimonio cultural, adoptada por el IDI en Basilea el 3 de septiembre de 1991 (art. 1); el Reglamento (CEE) n.º 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales (anexo, al cual se remite su art. 1); la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (asimismo, anexo, por remisión de su art. 1.1), y el Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o ilícitamente exportados, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 (art. 2 completado con anexo)]. Al lado de unos y otros, cabe citar una serie de instrumentos más específicos centrados total o parcialmente en el patrimonio cultural subacuático [tales como las recomendaciones del Consejo de Europa 848 (1978) sobre el patrimonio cultural subacuático y 1486 (2000) sobre el patrimonio cultural marítimo y fluvial, la carta internacional sobre la protección y la gestión del patrimonio cultural subacuático adoptada por el ICOMOS en 1996, y el recentísimo proyecto de convenio de la UNESCO relativo a la materia].

Aun cuando las definiciones de la noción de “bien cultural” dadas por los preceptos a que se acaba de aludir se caractericen por su diversidad –de lo cual se deduce como conclusión la más absoluta imposibilidad de hallar una definición uniforme-, sí cabe extraer de ellas determinados elementos que conforman un núcleo común con incidencia en el patrimonio arqueológico marino. En primer término, por lo que respecta a la clasificación general de los bienes culturales, el sector de la arqueología marina que nos interesa se encuadra dentro de la categoría de los bienes materiales o tangibles, deslindada nítidamente de los de carácter inmaterial. En segundo lugar, por lo que atañe a los elementos constitutivos de tal noción, el patrimonio arqueológico marítimo resulta afectado conjuntamente por los criterios de la antigüedad del bien y de su interés para la comunidad. Finalmente, en relación a los métodos definatorios empleados por algunos de los textos mencionados para delimitar su ámbito *ratione materiae*, parece oportuno expresar una seria preocupación, que a renglón seguido pasamos a resumir.

Nos referimos a la tendencia cada vez más acusada apreciable en los instrumentos de lucha contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales a combinar –cuando no a sustituir- el método de categorización por el de enumeración; esto es, por los denominados “sistemas de lista”. A esas fórmulas maximalistas, cuando antaño eran

características de legislaciones nacionales de protección de los patrimonios culturales de Estados con un bajo grado de desarrollo, les resultaba reprochable su ingenuidad, por tener una pretensión exhaustiva que con el referido método nunca llegaba a satisfacerse plenamente. Actualmente y en textos internacionales, tal ingenuidad sólo puede predicarse respecto de las representaciones de Estados tradicionalmente “exportadores” de bienes culturales. Sus países tradicionalmente “importadores” consiguen que la atención de aquéllos se centre en las categorías de bienes susceptibles de inclusión en la correspondiente lista, evitando así que el debate se traslade hacia la conveniencia de sustituir el método de enumeración por el de categorización, por fórmulas minimalistas breves y genéricas susceptibles de dar cabida a un número mucho más amplio de bienes.

IV. Pautas a tener en cuenta para comprender el progresivo cambio de actitud de la comunidad internacional en relación al patrimonio arqueológico marítimo

14. Podríamos hablar de cómo se resuelven todos los temas mencionados de la explotación del mar y de la pérdida y apropiación de bienes; cual sucede con el caso típico de los galeones españoles o que fueron españoles, o con otros pecios cuya propiedad en todo caso no podría ya reclamar ningún pueblo o Estado de origen porque hace mucho tiempo que dejaron de existir, como el pueblo fenicio, etc. Estimamos, sin embargo, más interesante resaltar que estamos asistiendo a un fenómeno sin precedentes. Hasta ahora el Derecho del mar era poco más que un Derecho de los Estados ribereños, cuya legislación básicamente terrestre se aplicaba también al mar territorial, a la zona contigua, a su plataforma continental como mucho; en definitiva, poco más que a la costa. El fenómeno al que nos estamos refiriendo y al cual todos contemplamos es que se está empezando a mirar el mar desde el mar adentro, desde alta mar, y no desde la costa; bien al contrario, la costa es ahora el límite de un mar inmenso y total, que exige principios universales de Derecho, una ley común basada en un fuerte espíritu social.

La cuestión comienza a mostrarse controvertida en lo que concierne a los fondos marinos pertenecientes a los países ribereños o bajo su control económico, por cuanto va siendo cada vez menos concebible que la explotación de la riqueza del subsuelo se haga bajo

el concepto de cosas apropiables por naturaleza. Si en un determinado lugar existe una mina o un yacimiento explotable, ni siquiera es concebible hoy en día que el dueño de la propia finca pueda explotarla y aprovecharse de sus productos, si no es con sometimiento a un profundo control administrativo del Estado. Pero el problema se vuelve aún más espinoso en cuanto a la explotación del mar libre, en la que no cabe el control de un Estado sencillamente porque no lo hay. Se plantea entonces el dilema de la *res nullius* frente a la *res communis*.

15. Hemos intentado poner de relieve que recientemente el mar se ha descubierto como lugar de riquezas submarinas extraordinarias y que ya estamos en disposición de extraer o recuperar. Pues bien, dentro de él esta adquiriendo progresiva relevancia el denominado “mar libre”, el que no está encuadrado dentro de las 12 millas de mar territorial o de las 200 millas de zona económica exclusiva. Un vasto territorio profundo que ya se hace susceptible de su investigación y explotación por el hombre; pero que también se somete a su codicia. Y ésto requiere de una legislación internacional, de novísima construcción, que debe realizarse básicamente por consenso; un consenso siempre difícil, desde luego. Insistimos en que el mar ha empezado a contemplarse al revés de cómo se ha venido mirando siempre: no desde la tierra firme, sino desde el alta mar, libre e internacional, a los mares y las costas nacionales. Y ello, porque la investigación en el mar se ha convertido en un problema de todos; especialmente, la recuperación de la historia y la cultura que se encuentra en sus fondos. En las concepciones del Derecho se ha avanzado mucho al respecto, en cuanto se aprecian grandes tensiones a favor de la socialización de la propiedad, no para desconocerla sino para dotarla de una finalidad menos individualista y más a favor de la humanidad, a favor de considerar el mar *res communis* en lugar de *res nullius*.

El Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, incluye un importante precepto sobre el cual se volverá más adelante. Se trata de su art. 149, que revela magníficamente el cambio histórico de bases apuntado, al haber sido redactado en los siguientes términos:

“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”.

En beneficio de toda la humanidad, dice el precepto, y desde esa perspectiva los Estados se empequeñecen de alguna manera, porque los únicos intereses nacionales que se reconocen a los efectos de conciliar con ellos los intereses de la comunidad internacional son los de los Estados de origen en preservar su identidad cultural. Esto viene a suponer una clarísima manifestación de aquel “mirar las costas nacionales como los límites del mar visto desde dentro”. Es contemplar los Derechos estatales como los límites del Derecho internacional del mar; un Derecho internacional tendente a ser, no ya la suma de las diversas legislaciones nacionales, sino un Derecho superior común de toda la humanidad, que propende a hacer cada vez más compatibles la libre difusión de la cultura a nivel mundial y la cooperación de todos los países que integran la comunidad internacional en orden a preservar la identidad cultural de los Estados de origen. Tan relevante cambio de actitud no sólo matiza en cierta medida los derechos soberanos más o menos intensos que todavía reconoce el Derecho internacional público a los Estados ribereños sobre la arqueología marina sumergida en sus aguas territoriales. También y muy especialmente, por lo que se refiere a los pecios hundidos en aguas internacionales, altera cualquier solución favorable a los intereses del hallador particular o Estado distinto del de origen que eventualmente lo auspicie susceptible de ser deducida de una aplicación rígida de las más tradicionales reglas de Derecho privado.

La piedra angular de las discusiones internacionales, ya desde la preparación del Convenio de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del mar, se podría concretar, por consiguiente, en la discusión básica de si el mar, y en particular los bienes de los fondos marinos internacionales, son “*res nullius*” es decir, cosas que no son de nadie, y que por tanto las puede aprovechar quien llegue el primero, o bien son “*res communis*”, esto es, cosas que, precisamente por no ser de nadie, son comunes a toda la humanidad, y que por tanto su control debe corresponder en definitiva al común de los países, a través de organizaciones y tribunales supranacionales “*ad hoc*”. No se nos escapará que quien llega primero es siempre el más poderoso y el que tiene la técnica más avanzada: lo cual, si en efecto tiene sin duda aspectos positivos, encierra sus peligros y, sobre todo, parece encontrarse más lejos de un sentido más profundo

de la justicia. En todo caso, parece que cualquier política jurídica, ya sea nacional o internacional, relativa al patrimonio marítimo, podría sintetizarse en los siguientes objetivos para su creación y defensa:

EVITAR	<ul style="list-style-type: none"> La destrucción La apropiación abusiva La dispersión
PROMOVER	<ul style="list-style-type: none"> La localización La conservación La obtención La apropiación El aprovechamiento cultural más amplio

Sobre algunos de ellos nos centraremos a continuación. Hay que congratularse de que en los foros internacionales, particularmente en la UNESCO, se esté intentando avanzar en las líneas positivas en este delicado campo. Hagamos votos para que así sea.

V. Intereses en presencia y valores jurídicos dignos de protección

16. Las reflexiones que anteceden nos sitúan en condiciones para suministrar una serie de apuntes sobre algunos relevantes aspectos de la normativa internacional que, de manera más o menos directa, incide en la regulación de la arqueología marina. El estudio del amplísimo bloque de disposiciones que la integran, mencionadas en su mayor parte al hilo de las referencias que hacen a nociones como la de “patrimonio cultural subacuático” o como la más amplias –y, por esta razón, comprensivas de ella- de “bienes arqueológicos” o “patrimonio arqueológico”, puede ser abordado desde distintas perspectivas. Una primera posibilidad consistiría en adoptar una metodología de análisis puramente positivista que, mediante cualesquiera criterios de clasificación de tales disposiciones (*v. gr.*, la vocación universal frente al carácter regional del organismo del que emanan; su generalidad frente a su mayor o menor especificidad según se refieran respectivamente a los bienes culturales, sólo a los objetos de carácter arqueológico o, dentro de estos últimos, única y exclusivamente al patrimonio cultural subacuático; etc.), penetrarse directamente en el examen más o menos crítico de su contenido. Sin

embargo, frente a ella parece más adecuada la posición que concibe el Derecho no como un simple conjunto de normas, sino como una creación cultural que evoluciona según lo hace la sociedad de la cual emerge y en la cual vive. Desde este otro ángulo, procede tomar como punto de partida los intereses presentes en el tema que nos ocupa, clasificándolos según el criterio que distingue los correspondientes a los particulares, a los Estados y a la comunidad internacional.

17. A fin de llevar a cabo una primera aproximación a dichas categorías de intereses, parece oportuno comenzar haciendo referencia a una “pareja” peculiar, la que en el tráfico ilícito internacional de bienes culturales forman el reivindicante y el demandado de reivindicación. Uno y otro pueden ser, bien Estados, o bien particulares, dando lugar tales circunstancias a múltiples combinaciones. Pero la situación más frecuente es aquélla en que la acción reivindicatoria se ejercita por la representación del Gobierno del Estado de origen frente a un particular. Para estos supuestos suele entenderse que a favor del Estado reivindicante existe un derecho de propiedad “de segundo grado” que debe prevalecer sobre el derecho de propiedad “de primer grado” o meramente civil que tendría el demandado aquirente *a non domino* de buena fe del bien litigioso. Los intereses públicos estatales estarían prevaleciendo así sobre los puramente privados.

Llegados al punto anterior, debemos interrogarnos sobre los intereses de la comunidad internacional. La cuestión se cifra en determinar si operan en el mismo sentido que o en sentido contrario a los intereses de los Estados de origen de bienes artísticos, históricos o arqueológicos en preservar su identidad cultural. En el debate que está planteado en torno a este extremo aparecen enfrentadas dos actitudes que un sector de la doctrina designa como “nacionalismo cultural” e “internacionalismo cultural”. A nuestro parecer, más bien debieran denominarse “proteccionismo” y “liberalismo” culturales; tratándose, además, la segunda de ambas posiciones de un liberalismo no precisamente igualitario, sino conservador a ultranza por los resultados que en una porción nada desdeñable de situaciones puede llegar a justificar.

Quienes se autoproclaman defensores de la actitud que llaman “internacionalista” aducen la noción de “patrimonio cultural común de la humanidad” a título de principal argumento contrario a la

protección que merecen los intereses de los Estados de origen de bienes culturales. La referida noción no debe entenderse en el sentido de respeto de la identidad cultural de cada Estado por los demás países del mundo, sino en el de necesidad de asegurar, por encima de aquélla, el más estrictamente equilibrado reparto de las riquezas culturales del planeta entre todos los Estados que lo integran. Para fundamentar su posición, tales autores invocan valores como la mejor conservación de las creaciones culturales en su Estado de destino, el acceso a la cultura y su libre difusión a nivel mundial.

La buena intención que subyace tras la concepción anterior queda fuera de toda duda si nos ceñimos a la contemplación de supuestos como los préstamos de obras de arte para exposiciones temporales o cualquier variante de su comercio lícito. No obstante, presenta el grave inconveniente de que, en su afán por justificar esos supuestos, también suele acabar siendo útil para legitimar el tráfico ilícito internacional de bienes culturales; al menos, en los abundantes casos en que los mismos resultan “blanqueados” como consecuencia de una o más adquisiciones sucesivas por terceros de buena fe. Los argumentos esgrimidos por quienes se consideran “internacionalistas culturales” son, además, rebatibles a través de otras consideraciones; en especial, las siguientes: de una parte, como mejor se asegura la conservación de bienes culturales -sobre todo, arqueológicos- es *in situ*, y, de otra parte, a las nociones de difusión y acceso se contraponen la denominada “falta de acceso”, que lleva a cuestionar la idoneidad de calificar como libre una circulación de creaciones culturales que en multitud de ocasiones se realiza en un mismo sentido, constituyendo en definitiva un flujo desde países con un rico patrimonio histórico pero económicamente pobres hacia Estados económicamente más favorecidos. La idea de un patrimonio cultural común de la humanidad no es, por consiguiente, incompatible con la existencia de patrimonios culturales nacionales; tampoco lo son los intereses de la comunidad internacional con los Estados de origen de bienes culturales. Estos bienes tienen un valor intrínseco, constituyen testimonios de civilizaciones y el interés de los Estados en que han sido creados en preservar su identidad cultural es reconocido y debe ser garantizado por la comunidad internacional.

18. Partiendo de todo lo expuesto, cabe descender a la precisión de los conflictos de intereses que se suscitan en el ámbito

más concreto del mar. A este respecto, mirando el mar desde dentro hacia fuera y teniendo en cuenta el límite de 200 millas marinas a que previamente se aludió, debemos efectuar una primera distinción entre las dos siguientes hipótesis:

- arqueología marina sumergida en aguas internacionales, y
- arqueología marina sumergida en aguas territoriales, en aguas bajo soberanía estatal.

Las primeras situaciones se corresponden con casos como el del Titanic. Se trata, primordialmente, de los supuestos de pecios hundidos en alta mar. En ellas el conflicto de intereses se plantea en términos muy similares a los que acabamos de exponer: existen un Estado de origen, un descubridor y/o explorador submarino que puede actuar por cuenta propia o auspiciado por un Estado normalmente distinto del de origen y, por último, puede llegar a existir un adquirente final que, a su vez, variará según se trate de una entidad estatal o de un particular.

Más controvertidas pueden resultar las situaciones pertenecientes a la segunda categoría, los casos de yacimientos arqueológicos y, en especial, los de pecios sumergidos en aguas territoriales (pensemos en los galeones españoles hundidos en torno a las Azores, en torno a Filipinas o en el Caribe, o también en los pecios holandeses antiguos hundidos o encallados cerca de las costas australianas, por citar algunos de los más característicos ejemplos a los cuales se añade todo un larguísimo etcétera). En estos otros supuestos también hay un Estado de origen, descubridores y exploradores a los que puede financiar otro Estado, y, eventualmente, habrá adquirentes finales públicos o privados. Pero - y éste es el factor que viene a complicar las cosas- a todos sus intereses se suman los de un Estado ribereño cuya soberanía será mas o menos intensa dependiendo de la mayor o menor cercanía del pecio o yacimiento a su línea de bajamar.

Dicho último dato y, más concretamente, el límite de las 12 millas marinas, conducen a transformar la bipartición anterior en tripartición. Una vez que han sido deslindados de los bienes arqueológicos hundidos en alta mar los que pueden hallarse sumergidos en aguas bajo jurisdicción o soberanía estatal, procede establecer, dentro de las últimas, una subclasificación, distinguiendo:

- el mar territorial, su lecho y su subsuelo, y
- la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

Sobre esa trilogía de espacios se centrará la próxima parte de nuestra intervención. En ella intentaremos efectuar una síntesis de la regulación establecida para cada sector por el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 que posibilite su comparación con los avances que está suponiendo la más actual labor de la UNESCO sobre la materia.

VI. La arqueología marina en la normativa internacional sobre el Derecho del mar: el Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982

19. La problemática de la jurisdicción y propiedad sobre pecios y yacimientos arqueológicos ubicados en fondos marinos se vincula fundamentalmente con el Derecho internacional público. En la actualidad su régimen para el elevadísimo número de Estados que lo han ratificado es el previsto en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Este instrumento multilateral, algunos de cuyos preceptos suministran el marco que ha posibilitado la adopción del proyecto de convenio de la UNESCO para la protección del patrimonio cultural subacuático, establece un régimen general que es respetado, como regla, por la referida iniciativa del organismo que lidera la educación, la ciencia y la cultura en el seno de Naciones Unidas, mas no sin excepcionarlo para ciertas categorías concretas de bienes. Dejando al margen las normas especiales previstas para Estados como los archipelágicos, los adyacentes o aquellos cuyos márgenes continentales exceden las 200 millas marinas, el texto convencional de 1982 sigue la tripartición efectuada con anterioridad. Partiendo de ella, enuncia una serie de disposiciones que condicionan de modo diverso a la arqueología marina según se halle sumergida, bien en el lecho o subsuelo del mar territorial, bien en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental, o bien en el lecho de la alta mar.

20. Mirando el mar esta vez desde fuera hacia dentro, desde la costa hacia su interior, procede comenzar haciendo referencia a los pecios y yacimientos hundidos en el primero de tales espacios. Es el mar territorial del correspondiente Estado costero, que se extiende hasta una distancia de 12 millas marinas contadas desde la línea de base (art. 3 en relación con arts. 5 a 7). Con carácter general, el art. 2

del Convenio enuncia el principio de soberanía del Estado ribereño tanto sobre su mar territorial (párr. 1) como sobre su lecho y subsuelo (párr. 2). Y más concretamente, por lo que se refiere a la investigación científica marina, su art. 245 establece el derecho exclusivo de dicho Estado de regular, autorizar y realizar las actividades relacionadas con ella.

21. Un segundo espacio en el cual cabe hallar sumergida arqueología marina es el situado entre los límites de las 12 y las 200 millas. “Más por arriba”, se trata de la zona económica exclusiva del Estado ribereño que, con inclusión de su zona contigua -la cual no podrá exceder las 24 millas marinas (art. 33.2)-, tiene una extensión de hasta un máximo de 200 millas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial (art. 57); “más por abajo”, se trata de su plataforma continental, comprensiva del lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extiendan más allá del mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural del territorio del Estado ribereño hasta el borde exterior de su margen continental, o hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial, en los casos en que el referido borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia (art. 76.1, con las matizaciones que establecen sus párrafos siguientes para los Estados cuyo margen continental se extienda más allá del referido límite de 200 millas). En relación a la investigación científica marina susceptible de ser llevada a cabo tanto en uno como en otro sector, merecen especial mención la disposición del art. 246 del Convenio que atribuye jurisdicción al Estado costero para legislar a los efectos de establecer sus condiciones (párr. 1) y aquella otra según la cual cualquier actividad realizada por otro Estado requiere el consentimiento del Estado ribereño (párr. 2). También, por lo que respecta a la plataforma continental, ha de ser destacado el art. 77.1, a tenor del cual el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre su plataforma continental a los efectos de su exploración.

22. Finalmente, la posibilidad de que existan yacimientos arqueológicos y, sobre todo, pecios hundidos en aguas internacionales nos lleva a contemplar la alta mar, que se define en el art. 86 del Convenio como todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas

interiores de un Estado o en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico. Este tercer gran espacio abarca, de un lado, la columna de agua, y, de otro, el que especialmente nos interesa del lecho o zona internacional de los fondos marinos, designado según la terminología más usual como la “Zona”. El régimen convencional de ésta se articula en ciertas reglas generales y en determinadas excepciones que matizan aquéllas en relación a los bienes integrantes del patrimonio arqueológico marítimo. Las primeras se contienen básicamente en los siguientes preceptos: el art. 136, en virtud del cual la Zona es patrimonio común de la humanidad, y el art. 143.1, que establece que la investigación científica en la Zona se realizará en beneficio de toda la humanidad de conformidad con la parte XIII del Convenio, viniendo así a configurarse como una norma de remisión a las disposiciones contenidas en la misma, entre las cuales el art. 256 enuncia el principio de libertad de todos los Estados para realizar actividades de investigación científica marina en la Zona. En lo que concierne a la arqueología sumergida en ella, el Convenio introduce una importante matización en su art. 149, anteriormente mencionado, pues, si bien el precepto comienza confirmando que todos los objetos arqueológicos o históricos hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad, añade inmediatamente a continuación la precisión “teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico o arqueológico”. Fuera del texto convencional, es destacable el art. 34 del Reglamento de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sobre prospección y exploración de nódulos plolimetálicos en la Zona, aprobado el 13 de julio de 2000, que, para los precitados bienes, impone al contratista la obligación de notificar su hallazgo y ubicación al Secretario General, que transmitirá la información al Director General de la UNESCO. Por último, volviendo al régimen del Convenio de 1982, su art. 149 debe completarse con lo previsto en su art. 303, válido tanto para la Zona como para los espacios aludidos que se extienden hasta 12 y hasta 200 millas marinas, y el cual, tras precisar las obligaciones de los Estados respecto a los objetos arqueológicos o históricos hallados en el mar, matiza que lo establecido en él se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de Derecho internacional relativos a la protección de tales objetos (párr. 4).

23. Hemos llegado así a los arts. 149 y 303.4 del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 en cuanto punto que marca el inicio de los trabajos preparatorios del Convenio de la UNESCO para la protección del patrimonio cultural subacuático. Todo el proceso de elaboración de este acuerdo está presidido por las ideas que enuncian uno y otro precepto: intereses preferentes del Estado de origen del correspondiente bien arqueológico en preservar su identidad cultural, por una parte, y posibilidad de dar satisfacción a tales intereses, haciéndolos compatibles con los de la comunidad internacional y con la idea de un patrimonio común de la humanidad, mediante convenios y demás normas de carácter internacional, por otra. Instrumentos internacionales presentes, como lo eran por aquella época la Recomendación de la UNESCO de 5 de diciembre de 1956 y su Convenio de París de 1972, o el Convenio del Consejo de Europa de 1969 antes de su revisión en 1992 y su recomendación 848 (1978); pero también futuros, entre los cuales el repetido Convenio de la UNESCO en curso de elaboración ocupa el lugar más destacado [y al que se añaden en la actualidad otros como las Cartas internacionales adoptadas por el ICOMOS en 1990 y en 1996, o la recomendación del Consejo de Europa 1486 (2000)].

No nos corresponde penetrar en el estudio de la evolución que, desde su comienzo hasta la fecha, ha seguido la elaboración de dicho futuro convenio y actual proyecto de la UNESCO, pues ello supondría invadir el terreno del cualificado conferenciante que nos sigue en el uso de la palabra. Sí desearíamos, empero, aludir del modo más sucinto a los extremos más relevantes en que, a nuestro parecer, el régimen de tal proyecto matiza el establecido en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982. Uno se corresponde con la idea que ha ido abriéndose paso a lo largo de las sucesivas sesiones del Comité de expertos: progresivamente, el debate va planteándose en términos de intentar hacer compatibles la jurisdicción y los derechos soberanos de los Estados ribereños con su responsabilidad a los efectos de cooperar en la protección del patrimonio arqueológico marino. Los otros se concretan en las fórmulas a través de las cuales se ha materializado dicha idea, realmente satisfactorias para España en la medida en que afectan a buques y aeronaves de Estado sumergidos en cada uno de los tres espacios a que se ha hecho referencia: respetándose como regla general los grados de soberanía y jurisdicción que atribuye al correspondiente Estado ribereño el Convenio de Montego Bay de

1982 (que se especifican principalmente en los arts. 7.1 y 10.1 y 2),

- en relación a los bienes mencionados que se hallen dentro de las 12 millas territoriales, se establece a cargo de dicho Estado el deber de informar, a los efectos de cooperar en su protección, al Estado del pabellón, más, en su caso, a cualesquiera otros que presenten un vínculo cultural, histórico o arqueológico verificable con aquéllos (art. 7.3);

- por lo que respecta a los que se descubran entre las 12 y las 200 millas marinas, la recuperación de los vestigios por el Estado costero precisará el consentimiento del Estado del pabellón, así como la colaboración del Estado coordinador en el supuesto de que esta condición no corresponda al primero (art. 10.7), y

-en cuanto a los que se encuentren en la Zona, toda posible intervención de cualquier Estado parte que no sea el del pabellón estará supeditada a su consentimiento (art. 12.7).

El interés de las variaciones aportadas por el proyecto de convenio de la UNESCO queda, por consiguiente, fuera de toda duda. Esperamos que nuestras brevísimas consideraciones sobre él y las algo más extensas sobre el Convenio de Montego Bay de 1982 suministren una adecuada antesala a la que auguramos brillantísima ponencia del Sr. Planche, de modo análogo a aquél en que lo hicieron los arts. 149 y 303 de tal instrumento convencional respecto al más específico que a partir de ellos se está elaborando en el seno de la UNESCO.

VII. La arqueología marina en la normativa internacional represiva del tráfico ilícito internacional de bienes culturales: algunas reflexiones en torno al problema de su dispersión

24. Lo dicho en el punto precedente en relación a ciertos instrumentos normativos internacionales de protección del patrimonio arqueológico marino debe completarse con una referencia a otros asimismo preordenados a dicha finalidad general pero en una vertiente distinta. Se trata de una serie de textos citados, al igual que los anteriores, al abordar la inclusión de la noción de “arqueología marina” en las más amplias de “patrimonio arqueológico” y “bienes arqueológicos”, y la vertiente específica de su protección en que están centrados es la necesidad de reprimir su riesgo de dispersión. Si hemos venido insistiendo hasta la saciedad en la mejor conservación *in situ* de los bienes arqueológicos y en los

intereses de los Estados de origen en preservar su identidad cultural no ha sido caprichosamente. Con ello hemos intentado suministrar unas pautas que reflejen la trascendencia, entre otros extremos, de tan gravísimo peligro, que un artículo firmado por S. Williams con el título "...a los tesoros sumergidos" sintetiza por referencia a las porcelanas de un importante pecio holandés en los siguientes términos: "existe el riesgo de que muchos de esos sitios, codiciados por los cazadores de tesoros, acaben como el cargamento del Geldermahlsen -amparado por pabellón holandés y desaparecido en el fondo del mar de China en 1752-, que Christie's, uno de los más importantes negociantes de obras de arte, dispersó en 1986 por 16 millones de dólares, obteniendo de paso pingües beneficios. Los daños son inconmensurables: destrucción de los restos del navío con incrustaciones de coral y del lugar donde descansaba y desaparición de un capítulo de nuestra historia".

La metodología de análisis que hemos adoptado, tratando de huir en lo posible de todo formalismo en la construcción, nos lleva a elevar dicho riesgo a la categoría de punto de arranque a partir del cual se examinarán los expedientes normativos previstos en los instrumentos internacionales de lucha a que se acaba de aludir en abstracto. Resulta, pues, menester comenzar viendo cómo se produce el fenómeno del "blanqueo" de bienes culturales objeto de tráfico ilícito internacional para poder después delimitar las situaciones en que mayor gravedad presenta y concluir con una referencia a sus mecanismos de combate adoptados en instrumentos elaborados por organismos internacionales.

25. Si el tema de la jurisdicción sobre bienes arqueológicos hundidos en el fondo del mar es algo especialmente vinculado con el Derecho internacional público, este otro se conecta sobre todo con el Derecho internacional privado. Dentro de los problemas que integran el contenido de la segunda de ambas disciplinas jurídicas, el más controvertido es el relativo a la determinación del Derecho aplicable a la propiedad de los bienes culturales afectados por el referido fenómeno del tráfico ilícito internacional. Las dificultades surgen como consecuencia de la doble naturaleza que revisten tales bienes, puesta de relieve con anterioridad: bienes, por un lado, con un valor intrínseco, lo cual determina que se beneficien de la aplicación de normas materiales imperativas de protección como el art. 29.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, que atribuye al Estado un

derecho de propiedad sobre los exportados sin la autorización de su art. 5; mas bienes que, por otro lado, tienen asimismo un valor económico, como cualesquiera otros, siéndoles, en consecuencia, también aplicables sus normas reguladoras generales civiles y de Derecho internacional privado. Entre éstas figura la universalmente admitida regla *lex rei sitae* (desde la perspectiva española, art. 10.1 del Código civil), que designa como ley aplicable a los derechos constituidos sobre los bienes corporales la del país de su situación. Para los bienes culturales objeto de tráfico ilícito internacional de naturaleza mueble, dicha norma atributiva plantea el conocido problema del conflicto móvil, que se produce como consecuencia del cambio o los cambios que experimenta su punto de conexión y se resuelve mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia mediante una fórmula que cabe resumir en los siguientes términos: el derecho constituido sobre el bien (en estos casos, su propiedad) continúa rigiéndose por la ley de su situación inicial hasta que se produce un cambio en la misma seguido de un acto jurídico con trascendencia real (como puede y suele ser la adquisición por un tercero que alega serlo de buena fe), en cuyo caso la ley del nuevo *situs* pasa a desplazar a la primera. Esta solución tradicional que se ha venido dispensando al conflicto móvil que se suscita en el contexto específico de la reivindicación internacional de bienes culturales es, precisamente, el factor que en varios asuntos resueltos por la jurisprudencia ha privado de su eficacia a las normas imperativas de protección de los bienes que nos ocupan. Su efecto distorsionante no se produce, sin embargo, en todo caso, como demuestra el análisis de los distintos tipos de concursos cumulativos entre una y otras normas que se han dado en la práctica.

Un primer grupo de situaciones abarca las de cúmulo entre la regla *lex rei sitae* y las disposiciones imperativas protectoras del patrimonio cultural del Estado del foro, del propio ordenamiento. Se trata de los supuestos en que, tras abandonar ilegalmente el territorio del Estado de origen, el bien cultural es introducido en un país de tránsito, donde es adquirido por un tercero de buena fe que lo reintroduce en el Estado del que procedía, ante cuyos tribunales se ejercita la acción reivindicatoria. En estos casos la toma en consideración por el juzgador de los efectos pretendidos por las correspondientes normas materiales imperativas no tropieza con dificultades. Al pertenecer las mismas al propio sistema jurídico, se aplicarán siendo irrelevante cuál sea el Derecho designado por la

norma de conflicto y si el mismo es o no compatible con los valores fundamentales inspiradores del ordenamiento del foro. El cúmulo será, pues, resuelto dando neta preferencia a los efectos de la disposición imperativa. El único problema que se plantea en este primer contexto específico es que, para que así suceda, será necesario que el bien cultural se reintroduzca por el tercer subadquirente en el Estado de origen, lo cual rara vez por no decir nunca ocurrirá en la práctica. En efecto, el elevadísimo precio de muchas obras de arte determina que sus compradores y vendedores estén bien asesorados, de tal modo que un adquirente de un bien cultural de cierto valor no va a ser tan ingenuo de introducirlo nuevamente en su país de procedencia para que le sea restituido al Estado de conformidad con lo previsto en sus normas imperativas de protección.

El segundo bloque de situaciones que procede examinar son las de concurso cumulativo entre *lex rei sitae* y normas materiales imperativas de la *lex causae*, del Derecho extranjero eventualmente designado como competente por dicha norma de conflicto. Se corresponden con supuestos de salida ilegal del bien de su país de procedencia y posterior introducción en el Estado de destino sin llegar a haber sido el mismo adquirido por un tercero al tiempo de ejercitarse la acción ante los tribunales del último de los referidos países. En la práctica se han dado algunos casos resueltos fundamentalmente por la jurisprudencia estadounidense, relativos a bienes procedentes de excavaciones clandestinas sitas en Estados latinoamericanos que son adquiridos en ellos a los propios expoliadores a un precio bastante bajo por sujetos que dicen ser marchantes de arte y los introducen en EE.UU. para revenderlos a un precio mucho más elevado. Tal pretensión se ha frustrado en ocasiones como consecuencia de la intervención del F.B.I., que ha procedido a arrestar al culpable, a secuestrar el bien y a ponerlos a disposición judicial para que se inicien los correspondientes procesos penal y civil. En este último, preordenado a debatir si el bien debe ser o no restituido al Estado de origen, los tribunales estadounidenses han aplicado la regla *lex rei sitae* y han resuelto el conflicto móvil recurriendo a su solución tradicional, de la cual se derivan las siguientes consecuencias: lo lógico será entender que la adquisición del bien por el intermediario al expoliador carece de trascendencia real, siendo entonces aplicable la ley del Estado de origen por concretarse en él el punto de conexión de la norma de

conflicto; pero incluso si se dotase a dicha adquisición de la referida trascendencia, el resultado sería el mismo, por no ir seguida de ningún nuevo acto jurídico con trascendencia real la introducción del bien cultural en el país del nuevo *situs*. Desde ambas perspectivas queda, pues, garantizada la toma en consideración por el juzgador de las normas imperativas de protección de la *lex originis*, siendo la propia norma de conflicto del foro la que reclama su aplicación. Insistimos en que algunos supuestos de esta índole han llegado a plantearse en la práctica; mas también debe destacarse que no han sido precisamente los más frecuentes.

Las situaciones con diferencia mayoritarias son las de cúmulo entre la regla *lex rei sitae* y disposiciones materiales imperativas protectoras del patrimonio cultural de un tercer Estado, que abarcan tanto los casos de introducción del bien cultural en el país de destino y ulterior adquisición del mismo en tal Estado por un tercero como los de adquisición del bien cultural por un tercero en un país de tránsito y ulterior introducción en el Estado de destino. Ambas clases de supuestos han venido resolviéndose normalmente por la jurisprudencia comparada mediante el recurso a la fórmula tradicional de solución del conflicto móvil, que se traducía en la aplicación, a título de ley de la situación del bien cultural, de reglas civiles de países de destino o de tránsito, respectivamente, protectoras del adquirente cuya mala fe no fuese probada. En unos y en otros casos las disposiciones materiales imperativas protectoras del patrimonio cultural del Estado de origen venían así quedando con frecuencia privadas de su eficacia por obra del efecto combinado de la regla *lex rei sitae* y de las disposiciones de Derecho privado material comparado sobre la adquisición *a non domino* de buena fe de bienes muebles corporales. Estas normas civiles pertenecientes a los ordenamientos de los correspondientes Estados de destino o de tránsito acababan, pues, funcionando como “ley del blanqueo”, aplicable a título de ley de la situación del los bienes litigiosos y que frustraba toda expectativa de recuperación de los mismos por sus Estados de procedencia.

26. Es precisamente la necesidad de poner remedio a la última categoría de supuestos señalada lo que ha movido a varios organismos internacionales a adoptar iniciativas que, alternativa o cumulativamente, según los casos, recurren a distintas técnicas de reglamentación del problema de Derecho internacional privado que

estamos analizando. Una es de carácter directo y consiste en regular mediante normas materiales especiales un procedimiento de restitución del bien cultural a su Estado de origen con conrapartida de indemnización al tercer subadquirente de buena fe. Su principal inconveniente se cifra en la elevada cuantía de tales indemnizaciones, que multitud de Estados de procedencia de bienes culturales se ven ante la más absoluta imposibilidad de pagar. Por ello, nos parece más justa y adecuada la técnica de reglamentación indirecta que se corresponde con una norma de conflicto especial y materialmente orientada según la cual la propiedad de los bienes culturales de especial relevancia para el Estado de origen se regirá por su ley. Se trata, en definitiva, de la denominada “regla *lex originis*”.

Por esa regla se inclina decididamente la Resolución del I.D.I. de Basilea de 1991 (art. 2). Asimismo la enuncia la Directiva de 1993 (art. 12); si bien con grandes recortes en la formulación de su supuesto de hecho y conjuntamente con la mencionada técnica de reglamentación directa del procedimiento de restitución del bien al Estado miembro demandante (arts. 5 a 11), en relación a la cual esos recortes determinan que se configure como un mero complemento. Por el empleo exclusivo de normas especiales y directas se optó finalmente en el Convenio de UNIDROIT de 1995, distinguiendo dos procedimientos específicos de restitución para los bienes culturales robados (arts. 3 y 4) y para los ilícitamente exportados (arts. 5 a 7); igualmente, la Ley 36/1994, de adaptación del ordenamiento interno español a la citada directiva comunitaria (arts. 4 a 7), al haber omitido en ella inexplicablemente nuestro legislador toda posible transposición de la norma de conflicto especial contenida en la Directiva, y también el Convenio de la UNESCO de París de 1970 para las concretas categorías de bienes a que se refiere su art. 7.b.i) [art. 7.b.ii)]. Este último instrumento incluye, no obstante, algunos preceptos que enuncian con particular nitidez su principio inspirador de cooperación entre los Estados miembros en materia de lucha contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales (fundamentalmente, arts. 2, 6 y 13), de los cuales cierta jurisprudencia minoritaria pero no por ello exenta de interés ha llegado a deducir la regla *lex originis*.

Todas las normas contenidas en los instrumentos internacionales a que se acaba de hacer alusión, al comprender en las nociones de “patrimonio arqueológico” que emplean la arqueología marina, son aplicables para combatir su riesgo de dispersión. Combinadas con otros mecanismos más tradicionales -como el

recurso a la ficción de los inmuebles por destino, la acumulación o separación de acciones civiles y penales, y la posibilidad de solicitar medidas cautelares con carácter previo e independientemente del proceso principal- contribuyen a proteger tal sector del más vasto y complejo patrimonio marítimo. Ciertamente es que ninguna de ellas se sustrae por completo a la crítica. Pero no lo es menos que, tanto por separado como especialmente en su conjunto, reflejan una importante toma de conciencia de dicha necesidad por parte de la comunidad internacional y constituyen un considerable avance.

BIBLIOGRAFÍA MÁS UTILIZADA:

BLAKE, J.: “On defining the Cultural Heritage”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, pp. 61-85

BRIAT, M. Y FREEDBERG, G. (eds.): *Legal aspects of International Trade in Art - Les aspects juridiques du commerce international de l'art*, vol. 5, París, Nueva York, La Haya y Londres, ICC Publishing, Kluwer y Manz, 1996, XXI + 392 p.

CIRCIRELLO, M.C.: “Il progetto di convenzione UNESCO sul patrimonio culturale subacqueo: una nuova sfida al principio della libertà dei mari?”, *La Comunità Internazionale*, 2000, pp. 611-630

CONDE PÉREZ, E.: *La investigación científica marina. Régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, 349 p.

DROOMGOLE, S. (ed.): *Legal Protection of the Underwater Cultural Heritage: National and International Perspectives*, La Haya, Kluwer, 1999

FUENTES CAMACHO, V.: *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Perspectiva del Derecho internacional privado español)*, Madrid, Eurolex, 1993, 452 p.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. Y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P.: *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, 961 p.

JAYME, E.: *Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht*, Vorträge, Aufsätze, Gutachten (Gesammelte Schriften Band 1), 1999, IX + 304 p.

KONOPKA, J.: *La protection des biens culturels en temps de guerre et de paix d'après les conventions internationales (multilatérales)*. *Recueil de textes*, Ginebra, Versoi, 1997, XX + 163 p.

PALMER, N. (ed.): *The Recovery of Stolen Art. A Collection of Essays*, Londres, Kluwer, 1998, XVIII + 262 p.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 8.^a ed., Madrid, Tecnos, 2001, 825 p.

PROTT, L.V.: "Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage", *R. des C.*, t. 217 (1989-V), pp. 215-317

SIEHR, K.: "International Art Trade and the Law", *R. des C.*, t. 243 (1993-VI), pp. 2-292