

EL ASUNTO DEL “NUESTRA SEÑORA DE LA MERCEDES” (ODYSSEY)

F. Jesús Carrera Hernández*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CRONOLOGÍA DE LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS MÁS RELEVANTES. III. LA IDENTIFICACIÓN DEL PECIO Y DE SU UBICACIÓN. IV. LA INMUNIDAD DE “LA MERCEDES”. V. LOS ARGUMENTOS DE PERÚ. VI- CONCLUSIÓN.

Este trabajo constituye, básicamente, una valoración del informe emitido en Estados Unidos por el Juez Pizzo en el que ya podemos calificar como asunto del “Nuestra Señora de La Mercedes”, iniciado hace dos años tras las actividades de expolio desarrolladas por la empresa *Odyssey* en aguas del Atlántico próximas al Estrecho de Gibraltar. Se trata de un caso que afecta directamente a los intereses españoles en relación con el patrimonio cultural submarino situado en zonas próximas a nuestras costas. De convertirse en jurisprudencia, estaremos dando un paso más en aras de la protección del patrimonio cultural, soslayando la aplicación de legislaciones ancladas en la aplicación de principios de salvamento y hallazgos a bienes que poseen un valor arqueológico, histórico o cultural, y que se encuentran en santuarios de nuestros antepasados.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 3 de junio de 2009, el Juez Mark A. Pizzo emitió informe en el asunto “Nuestra Señora de la Mercedes”, también conocido como asunto del “Odyssey”, por referencia a la empresa que promovió y protagonizó el expolio de su carga, o asunto del “cisne negro”, nombre encubierto bajo el que se desarrollaron las actividades de prospección, primero, y expoliación, después del pecio español¹.

Después de dos años de incertidumbres, podemos presentar este asunto como un caso más en el que se ha producido un atentado contra el patrimonio cultural submarino protagonizado por una empresa cazatesoros en relación con un buque de Estado español, pero cuyo desarrollo judicial, al menos tal y como se vislumbra de momento,

* Universidad de Salamanca. jescar@usal.es.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación financiado como grupo de excelencia GR 247 por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León.

¹ Case N°. 8:07-CV-614-SDM-MAP. United States District Court. Middle District of Florida. Tampa Division. *Odyssey marine exploration, inc. (plaintiff) v. The Unidentified Shipwrecked Vessel (defendant in rem) and The Kingdom of Spain, The Republic of Peru, et al. (claimants)*. El texto íntegro puede consultarse en www.flmd.uscourts.gov

puede enmendar, siquiera sea desde el punto de vista de la carga recuperada, las consecuencias perjudiciales de las actuaciones de *Odyssey* contra los intereses españoles. El Juez en su informe recomienda rechazar las pretensiones de *Odyssey*, de Perú y de otros litigantes sobre el tesoro y devolver el objeto litigioso a España en el plazo de diez días (o como se acuerde), consecuencia de su falta de jurisdicción para conocer del asunto.

Lo que ha individualizado este caso desde el principio ha sido el gran “secretismo” al que ha rodeado la empresa *Odyssey* todos los extremos relativos al origen y denominación del pecio y al lugar en el que se ha producido el hallazgo. Sin embargo, desde el primer párrafo de su informe, el Juez admite que el pecio se refiere a “La Mercedes”, y que se hallaba hundido en aguas internacionales del Estrecho de Gibraltar. Dos datos de extrema importancia para comenzar cualquier análisis sobre los posibles derechos que Estados, empresas o particulares pudieran reivindicar sobre el objeto litigioso.

Ciertamente, el asunto “La Mercedes” es uno de los casos relacionados con nuestro PCS que más repercusión pública ha tenido. Los medios de comunicación han intentado acercar con bastante acierto al ciudadano los distintos hechos del caso, dando muestra de una gran sensibilidad. No obstante, es necesario reconocer que estamos en presencia de un asunto extraordinariamente complejo, fundamentalmente, pero no sólo, como consecuencia de la opacidad reinante en torno a datos fundamentales para pronunciarse y valorar las actividades de *Odyssey*. Además, no es fácil comprender, dadas las heterogéneas implicaciones jurídicas del caso, qué es lo que realmente ha ocurrido y sigue ocurriendo. Se impone, por tanto, en primer término, realizar una exposición de los hechos más relevantes de este asunto y de los caracteres más relevantes del *iter* procedimental desarrollado hasta la fecha. Porque el asunto no está zanjado, y las circunstancias del caso auguran que la batalla judicial va a ser larga, probablemente con objeto de evitar que se produzca una ruptura con el *status quo* existente hasta la fecha.

II. CRONOLOGÍA DE LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS MÁS RELEVANTES

Son conocidas las actividades desarrolladas por la empresa *Odyssey Marine Exploration*, y por otras empresas, dirigidas a la recuperación de patrimonio cultural subacuático. Creo, incluso, que sería más correcto expresarse en otros términos, y poner de manifiesto las importantes y empresariales actividades de exploración y explotación de tesoros submarinos desarrolladas por esta empresa. Porque se trata de una industria cazatesoros, y no de ninguna entidad privada preocupada por la protección o conservación del patrimonio cultural.

En relación con el asunto que nos ocupa, la prensa nos ha informado de forma generalizada que, durante meses, uno de los buques de esta empresa, el *Odyssey Explorer*, estuvo a la caza de un nuevo pecio por aguas del Estrecho de Gibraltar, de uno y otro lado del Estrecho, y atracando en el puerto del Peñón. También se publicaba

en gran parte de la prensa escrita española que sus actividades se desarrollaron inicialmente en el Mar de Alborán donde, al parecer, la empresa trataba de identificar un galeón británico, el *Sussex*, hundido en 1641. Pero a partir de abril de 2007, finalizada la investigación documental en el Archivo de Indias², el buque se dirigió al Atlántico, descubriendo los restos y el tesoro de “La Mercedes” y protagonizando el mencionado expolio.

Aunque las autoridades españolas de control marítimo tuvieron localizado el barco de *Odyssey* en todo momento, sin embargo durante los meses de abril y mayo de 2007 perdieron su rastro cuando se encontraba en aguas del Atlántico a unas treinta millas de Gibraltar, permaneciendo en paradero desconocido durante casi un mes. Hasta el 12 de mayo, momento en el que el barco regresó a Gibraltar, y momento en el que también un avión se llevó una misteriosa carga desde Gibraltar a Tampa, en EE.UU.

El 18 de mayo de 2007, la empresa *Odyssey* anunció el descubrimiento y recuperación en el fondo del mar de 500.000 monedas de plata y oro (594.000 según el informe del Juez estadounidense), acuñadas en la capital de Perú a finales del siglo XVIII. Un tesoro que se valoró desde el primer momento en, al menos, 370 millones de euros. Inmediatamente, la empresa abrió una página web (blackswanshipwreck.com) ofertando información a posibles compradores. Los que solicitamos información para adquirir alguna pieza, sin embargo, no llegamos a recibir ningún detalle acerca de la realización de una posible transacción económica sobre la carga recuperada. La empresa se limitó, debido a la fuerte presión mediática que ya estaba padeciendo, a ofertar (30 de junio de 2007), al menos aparentemente, monedas de plata de medio dólar de 1862 procedentes del naufragio del *SS Republic*.

En la información que se hizo pública por la empresa, no se indicó el lugar de localización del pecio, ni la bandera del mismo. La empresa se limitó a bautizar la operación como “cisne negro”.

Que se trataba de una acción premeditada, y no de un hallazgo fortuito, se deduce del inicio del procedimiento judicial en EE.UU, al margen del encargo realizado a investigadores en 2005 para localizar “La Mercedes”, como ya ha sido señalado³. Hay que tener en cuenta que estamos haciendo referencia a un procedimiento judicial iniciado ante los tribunales estadounidenses por *Odyssey* con objeto de adquirir derechos de propiedad o posesión sobre los bienes, o al menos recibir un rescate como consecuencia de su hallazgo⁴. Como el hallazgo se produjo realmente en marzo de

² El diario ABC de 25 de septiembre de 2008 publicaba que el nombre de la investigadora que había sido contratada en 2005 por *Odyssey* para llevar a cabo la investigación documental sobre “La Mercedes” es Victoria Stapells Jonson, experta en la materia y residente en Sevilla desde 1976.

³ Además, hay que tener en cuenta que en noviembre de 2006, representantes de *Odyssey* se reunieron con autoridades del Ministerio de Cultura español para solicitar autorización, no concedida, para llevar a cabo actuaciones sobre PCS de interés para España. Extremo que recoge el Juez en su informe (pág. 2).

⁴ El 5 de junio el Juez de La Línea de la Concepción abrió diligencias para apresar a los dos buques (*Odyssey Explorer* y *Ocean Alert*) de la empresa cazatesoros atracados en Gibraltar. Una vez que salieron del Peñón fueron apresados (el 12 de julio es apresado el “*Ocean Alert*” y el 16 de octubre se hizo lo propio con el *Odyssey Explorer*).

2007, *Odyssey* entonces recuperó un pequeño bloque de bronce y lo depositó ante el Tribunal de EE.UU, solicitando que el pecio fuera sometido a una medida de arresto. Ello suponía el inicio de una acción *in rem* y el establecimiento de un nexo de conexión entre la jurisdicción de Estados Unidos y el pecio situado a miles de kilómetros⁵.

Mediante esta acción, *Odyssey* crea una ficción jurídica que permite un ejercicio extraterritorial de la jurisdicción estadounidense, trasladando el caso al derecho material de este Estado, caracterizado por la resolución de este tipo de asuntos mediante la aplicación del derecho de salvamento y hallazgos, impregnado de unos caracteres muy distintos a los presentes en aquellas legislaciones nacionales que someten la resolución de estos conflictos a normas de protección del patrimonio cultural. Por esta razón, *Odyssey* reclamó, conforme al derecho de hallazgos, derechos de posesión y propiedad sobre los bienes recuperados y sobre los que permanecen en la zona del hallazgo; conforme al derecho de salvamento, una recompensa por sus servicios. Todo ello aderezado con una estrategia de confusión sobre el pecio, considerando, que no se trata de un único pecio, sino una amalgama de restos procedentes de distintos naufragios.

En esta acción *in rem*, por tanto, el demandante es la empresa *Odyssey*, mientras que el demandado *in rem* es el pecio “desconocido”, partes a las que se les unen como reclamantes de los bienes, España, en cuanto titular del buque “La Mercedes” y su carga; Perú, en cuanto este Estado estima que es el Estado de origen de los bienes recuperados; y 25 descendientes de las personas que habían utilizado la fragata española para trasladar sus bienes hacia España.

III. LA IDENTIFICACIÓN DEL PECIO Y DE SU UBICACIÓN

Resultaba vital proceder a una correcta identificación del pecio origen de las monedas recuperadas, algo que no entraba en los planes de *Odyssey*, so pena de revelar que se había producido el expolio de un buque de Estado español. Incluso iniciado el procedimiento, *Odyssey* no pretendía modificar su actitud. De hecho, en enero de 2008, cuando el Juez solicitó la facilitación a España del lugar de localización exacta del pecio, su nombre y el contenido de la carga encontrada, la empresa siguió alegando que

⁵ Sobre los caracteres de la acción *in rem* y del *law of salvage* y *law of finds*, y para una valoración crítica de la aplicación de este tipo de procedimientos y normativa a casos como el que nos ocupa vid. AZNAR, M.: *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático, con especial referencia al caso de España*, Tirant, Valencia, 2004, págs. 53 y ss.

Para JUSTE RUÍZ, ni las reglas del Derecho marítimo relativas al salvamento, extracciones y hallazgos parecen ajustarse con facilidad a las características particulares de los bienes culturales y a la necesaria protección de los mismos; ni las reglas convencionales sobre salvamento se acomodan a las características peculiares de la recuperación de bienes culturales sumergidos, que requieren un régimen de protección que respete los derechos de los Estados de origen (“La protección internacional de los hallazgos marítimos de interés histórico y cultural”, *Anuario de Derecho marítimo*, vol. XX, 2003, p. 74). Vid. desde una perspectiva más general CAFLISCH, L.: “La condition des épaves maritimes en Droit international public”, en *Droit et Justice*, Mélanges en l’honneur de Nicolás Valticos, Pedone, París, 1999, pág. 67. Vid. también BALMOND, L.: “L’épave du navire”, en *Le navire en Droit international*, colloque de Toulon, SFDI, París, 1992, pág. 69.

no había podido determinar de forma concluyente la identidad del barco y que la información era reservada, ya que su divulgación pública podría afectar a sus trabajos futuros. Hay una negativa inicial, incluso con aval judicial, a dar más detalles sobre el caso.

España consideró entonces que el pecio controvertido es “La Mercedes”, y esta es la conclusión a la que ha llegado también el Juez. Se trata de una fragata española hundida por la flota británica frente a la costa portuguesa en 1804 en la batalla del cabo de Santa María. Este hundimiento, por otro lado, terminó siendo el detonante para que España declarara la guerra a Gran Bretaña, ya entonces en guerra contra Napoleón, que terminaría con la batalla de Trafalgar de triste recuerdo. En definitiva, se trataba de un buque de guerra (de Estado), extremo que terminó siendo confirmado en abril de 2008 como hipótesis más probable por parte de *Odyssey*. En su informe, el Juez hace un recorrido histórico sobre el viaje de “La Mercedes” hacia España; valora su carga (monedas, cañones y otros elementos); la compara con las características del hallazgo, y llega a la conclusión de que estamos en presencia de la fragata española que, además, se encontraba realizando funciones públicas, al traer hacia España fondos procedentes de los Virreinos americanos que se destinarían a prestar una ayuda financiera a Francia (en lugar de prestar ayuda militar) en su guerra con Gran Bretaña.

Por otro lado, en cuanto al punto de localización del pecio, el Juez, en su informe, se refiere en varias ocasiones a que el pecio expoliado se encontraba en aguas internacionales, en concreto a 100 millas al oeste del Estrecho de Gibraltar y a una profundidad aproximada de 1100 metros (pág. 2). En la página 14 de su informe concreta que el pecio se encontraba en alta mar. Sin embargo, cuando se enfrenta a los argumentos esgrimidos por Perú con objeto de impugnar los derechos de España sobre el pecio, el informe refleja que “La Mercedes” no se encuentra en la zona internacional de fondos marinos y oceánicos, aspecto admitido por Perú (pág. 31). En su conjunto, estas referencias encierran una cierta contradicción.

La explicación a las observaciones realizadas por el Juez sobre este punto son consecuencia, en parte, del régimen jurídico aplicable a EE.UU en relación con el derecho del mar. Hay que tener en cuenta que este Estado no es parte en el convenio de Naciones Unidas sobre el derecho del mar, en el que se recoge a nivel convencional la zona económica exclusiva y un régimen jurídico para la plataforma continental cuya anchura puede, incluso, superar dicha extensión, aspecto este último que no ha tenido consecuencias aún en el ordenamiento jurídico español. Además, en este convenio se han incluido disposiciones específicas aplicables, esencialmente, al patrimonio cultural submarino situado en la zona contigua y en la zona internacional de fondos marinos y oceánicos. Al no haber ratificado EE.UU este convenio, el Juez ha prescindido de este régimen jurídico y ha tenido en cuenta que, más allá del mar territorial, conforme a los convenios de Ginebra de 1958, que no cita en ese epígrafe concreto de su informe, el Estado ribereño no tiene competencias sobre los objetos de valor cultural hundidos en el fondo del mar. En consecuencia, a estos efectos, el régimen jurídico aplicable es el de alta mar.

No es excusable que no haya tenido en cuenta, a pesar de todo, que la zona económica exclusiva tiene un carácter consuetudinario, aspecto que no parece quedar reflejado en su informe. En todo caso, el régimen consuetudinario y convencional aplicable en la zona económica exclusiva no otorga, tampoco, competencias al Estado ribereño en las materias que nos ocupan. Luego, en este sentido, entiendo que el Juez Pizzo considere que el pecio está situado en aguas internacionales, aunque se trate de la zona económica exclusiva o la plataforma continental española. En principio, no habría nada que objetar a los efectos de la resolución de la controversia ante los tribunales de EE.UU.

Sin embargo, es sabido que España, parte en el Convenio de Jamaica, ha extendido sus competencias hasta las doscientas millas en el Atlántico y en el Cantábrico, sin perjuicio de que su exacta delimitación sea una asignatura pendiente, aplicándose provisionalmente, conforme a la legislación española, el principio de equidistancia⁶. Al margen de ello, España es uno de los Estados, no el único, que ha extendido su competencia en relación con el patrimonio cultural submarino hasta el límite exterior de la plataforma continental. El art. 40.1 de la Ley 16/1985 de protección del patrimonio histórico español establece que “forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental”⁷.

Se trata de una normativa que nunca ha sido contestada en el plano internacional. Como podrá comprobarse en otro lugar de este trabajo, la ratificación por España de la convención de la UNESCO relativa a la protección del patrimonio cultural subacuático debe llevar a replantear nuestra normativa. Sin embargo, lo que resulta claro en el estado actual de aceptación de esta convención es que *Odyssey* ha desconocido el contenido y la competencia de España también desde el punto de vista de nuestro derecho interno porque, con independencia del lugar de localización del pecio, sus actividades de exploración se desarrollaron también sobre nuestra plataforma continental.

⁶ Vid. al respecto ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La delimitación de los espacios marinos españoles”, en SOBRINO HEREDIA, J.M. (Coord.): *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 47.

⁷ BOE núm. 155 de 29 de junio de 1985. Vid. al respecto ZARZA ÁLVAREZ, E.: “Spain”, en DROMGOOLE, S. (ed.): *Legal protection of the underwater cultural heritage: national and international perspectives*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 143.

En el mismo sentido que la legislación española se expresa la legislación australiana. Vid. al respecto JOHNSON, C.: “For Keeping or for Keeps? An Australian perspective on challenges facing the development of a regime for the protection of underwater cultural heritage”, *Melbourne Journal of International Law*, 2000, vol. I, p. 19. Vid. texto del *Historic Shipwreck Act 1976* en PROT, L. V.; SRONG, I.: *Background materials on the protection of the underwater cultural heritage*, vol. I, UNESCO, Nautical Archeology Society, París, 1999, p. 1.

IV. LA INMUNIDAD DE “LA MERCEDES”

Planteado el problema en estos términos, el Juez comienza su análisis jurídico justificando la competencia de los tribunales de EE.UU para adjudicar derechos de salvamento sobre los restos de un pecio descubierto en aguas internacionales del continente europeo. Este extremo lo hace derivar de dos principios:

- por un lado, del derecho consuetudinario internacional (“*ius gentium*”), pues “*this common heritage of seafaring nations, and by implication, a presumed commonality among nations for resolving such disputes, underpins a federal court’s exercise of subject matter jurisdiction irrespective of the nationality of ships, sailors or seas involved*” (pág. 12)
- por otro lado, de la ficción judicial creada por Odyssey al trasladar un pequeño objeto de la carga del pecio a los tribunales de EE.UU y solicitar allí su arresto. Con ello, daba cumplimiento a los requisitos exigidos para poder iniciar una acción judicial “*in rem*”, al encontrarse la “*res*” en “*custodia legis*”. Se trata de un ejercicio extraterritorial de la jurisdicción que debe guiarse por el principio de razonabilidad (págs. 13 y ss).

Al margen de ello, el punto central de discusión jurídica del caso va a girar en torno a la aplicación de la doctrina de las inmunidades estatales. Porque, una vez que ha sido asumido por el Juez que se trata de “La Mercedes”, la consecuencia lógica es que estamos ante un buque de Estado, una fragata española. El Juez asume que los pecios de estas características (buques de Estado) gozan de inmunidad, salvo que pueda aplicarse alguna excepción, lo que no ocurre en el caso; y, en consecuencia, el Tribunal de EE.UU, como así declara el Juez, no tiene jurisdicción para resolver las reclamaciones planteadas (pág. 28).

En efecto, el ordenamiento jurídico de EE.UU es uno de los pocos sistemas internos que posee una ley específica sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros. Se trata de la Foreign Sovereign Immunities Act, de 1972 (FSIA). Como el procedimiento judicial se desarrolla contra “un pecio desconocido”, y no contra España, el planteamiento de la inmunidad de España ante los tribunales de EE.UU no es el de la inmunidad de jurisdicción, sino de ejecución; la inmunidad de los tribunales de este Estado para adoptar medidas coercitivas contra los bienes (la carga del pecio) de un Estado extranjero.

La sección 1609 de la ley de EE.UU. establece, en este sentido, que “*subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter*”. La sección 1610 recoge como excepciones a la inmunidad de ejecución los casos en los que nos encontremos ante bienes del Estado extranjero situados en EE.UU que estén siendo utilizados para una actividad comercial en EE.UU. Pero no de forma absoluta. Es preciso, por ejemplo, que el Estado consienta (renuncie a la inmunidad), o que los bienes estén relacionados con la actividad comercial en la que se basa la

reclamación. No obstante, la sección 1611 señala que gozarán de inmunidad de ejecución en todo caso los bienes utilizados en actividades militares que sean de carácter militar o se encuentren bajo el control de una autoridad militar o agencia de defensa⁸.

Ciertamente, la FSIA no deja margen de actuación al Juez. “La Mercedes” era una fragata española realizando funciones públicas, como he señalado con anterioridad. Para *Odyssey*, sin embargo, habría que tener en cuenta varios detalles que, de tratarse de “La Mercedes”, impedirían aplicar la inmunidad de ejecución. Por un lado, la FSIA sería aplicable únicamente en relación con el objeto que se llevó inicialmente a EE.UU, pero no en relación con el resto, aspecto que rechazó el juez porque, de lo contrario, se crearía una bifurcación geográfica que inmunizaría a España frente al pequeño objeto de bronce sometido a una medida de arresto, pero le obligaría a litigar en EE.UU en relación con los restantes elementos rescatados. Por otro lado, *Odyssey* pretendió hacer valer que los bienes españoles no se beneficiaban de la inmunidad de ejecución porque España no tenía la posesión de la “res”; pero este es un aspecto no exigido por la FSIA, como le recuerda el Juez en su informe.

En último término, y es el aspecto más relevante, *Odyssey* alegó que parte de la carga era propiedad de particulares en el momento del hundimiento⁹. Por tanto, al menos esas monedas no podrían gozar de inmunidad. Pero el Juez estima que el barco y su carga están entrelazados. Y no sólo eso; el Juez recurre a un acuerdo de amistad celebrado entre España y EE.UU en 1902, ya utilizado por la justicia estadounidense en otros asuntos similares, en virtud del cual en “cases of shipwreck ... each party shall afford to the vessels of the other, whether belonging to the State or to individuals, the same assistance and protection and the same immunities which would have been granted to its own vessels in similar cases” (art. X). Y, en este sentido, los buques de guerra gozan de inmunidad de jurisdicción en aguas internacionales al amparo del Convenio de Ginebra de 1958 (art. 8)¹⁰.

⁸ El texto completo de la ley puede consultarse en *Materials on jurisdictional immunities of States and their property*, United Nations Legislative Series, Nueva York, 1982, pág. 55 y ss. Vid. al respecto, entre otros, los trabajos de CRUZ MIRAMONTES, R.: “La ley sobre inmunidad del Estado soberano de 1976”, *Anuario IHLADI*, vol. 7, 1984, p. 105; KESSEDJIAN, C.: “La pratique americaine en matière d’exécution de l’Etat étranger”, en *L’immunité d’exécution de l’Etat étranger*, CEDIN, Montchrestien, París, 1990, p. 121; DONOGHUE, J.E.: “Taking the sovereign out of the foreign sovereign immunities act: a functional approach to the commercial activity exception”, *Yale JIL*, 1992, p. 489; CRAWFORD, J.: “Execution of judgments and foreign sovereign immunity”, *AJIL*, 1981, p. 820. En último término vid. CAPLAN, L.M.: “The constitution and jurisdiction over foreign states: the 1996 amendment to the foreign sovereign immunities act in perspective”, *VJIL*, 1998, p. 369).

⁹ Aspecto que quedó probado, al tiempo que se demostró que España indemnizó a los afectados en la época como consecuencia del hundimiento (vid. pág. 21 del informe).

¹⁰ Conforme al art. 9 del convenio: “los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él, y destinados exclusivamente a un servicio oficial no comercial, gozarán, cuando estén en alta mar, de una completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera”. En la pág. 27 de su informe el Juez declara que “La Mercedes” claramente no estaba realizando ninguna actividad comercial.

El Juez recurre también a la Declaración del ex-Presidente Clinton (19.1.2001) en virtud de la cual “recent technological advances made the unauthorized disturbance of sunken State craft possible and

¿Qué valoración podemos hacer de este razonamiento? Desde mi punto de vista se impone una doble reflexión. La primera se sitúa en el mismo marco jurídico utilizado por el Juez de EE.UU para la resolución del caso. La segunda, tiene por objeto plantear su solución desde el punto de vista de otros marcos normativos; es decir, desde el punto de vista de las normas relativas a la protección del patrimonio cultural.

1. La inmunidad del pecio.

Como ya ha sido señalado, el Juez no tiene más remedio que dirigir la solución del caso al *admiralty law*, lo que termina llevándole necesariamente a la doctrina de las inmunidades estatales. Este planteamiento, tradicional en derecho anglosajón en la primera máxima, es consecuencia de la opción utilizada por EE.UU para resolver este tipo de conflictos. Este Estado, a diferencia de otros, como España, no recoge la necesaria vinculación entre los pecios de estas características y las normas relativas a la protección del patrimonio cultural. Además, como EE.UU no ha aceptado el Convenio de Jamaica sobre el derecho del mar, y como tampoco tiene intenciones de ratificar la convención de la UNESCO relativa a la protección del patrimonio cultural subacuático, a la que me referiré en el epígrafe siguiente, no encuentra razones para modificar su marco normativo interno. Ciertamente es que el Juez podría haber hecho un esfuerzo en localizar normas consuetudinarias relativas a la protección del patrimonio cultural, al menos normas generales. Pero su actitud es disculpable, en gran medida porque estamos en presencia de un sector normativo relativamente nuevo (muy novedoso cuando se trata específicamente del patrimonio cultural subacuático) en el que no resulta sencillo encontrar normas consuetudinarias, al menos con el alcance preciso para determinar la jurisdicción o los problemas de asignación de los derechos sobre los tesoros recuperados.

El Juez, por tanto, una vez iniciada la acción *in rem*, dirige su razonamiento hacia la consideración del pecio y su carga como un bien que goza ante los tribunales de EE.UU de inmunidad de ejecución y, por tanto, frente al que no caben adoptar medidas coercitivas. En consecuencia, se considera incompetente para conocer del caso. Aquí, de nuevo, el Juez se sitúa en el estricto marco jurídico aplicable en EE.UU. Recurre a la ley interna sobre inmunidades de Estados extranjeros, y al Convenio de Ginebra de 1958 relativo al régimen jurídico de alta mar. También creo, en este punto, que el Juez podría haber hecho un esfuerzo suplementario y, al menos, fundamentar en parte su razonamiento en la nueva convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a finales de 2004, aunque no se encuentre en vigor¹¹.

stating the United States recognizes that title to a United States or foreign sunken State craft, wherever located, is not extinguished by passage of time, regardless of when such sunken State craft was lost at sea”.

¹¹ El texto puede ser consultado en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P.: *Legislación básica de Derecho Internacional Público*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 273. En relación con el mismo pueden consultarse, en lengua española, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: “La inmunidad de ejecución de los Estados en la convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *REDI*, 2006-2, p. 711, y FERRER LLORET, J.: “La inmunidad de ejecución de la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario de Derecho Internacional*, 2007, p. 3.

En este sentido, creo que apoya el razonamiento del Juez el hecho de que el convenio de Naciones Unidas haya introducido una excepción a la inmunidad de ejecución de los Estados, en relación con las medidas coercitivas adoptadas por un tribunal con posterioridad al fallo, que afecta a los bienes utilizados específicamente para fines distintos de los fines oficiales no comerciales, lo que permite afirmar la inmunidad de ejecución de los bienes utilizados para fines oficiales no comerciales. En este mismo sentido, el art. 21 recoge una relación de categorías especiales de bienes, predeterminando su calificación como bienes utilizados para fines oficiales no comerciales y, por tanto, bienes que gozan de inmunidad sin precisar de un análisis *ad hoc* en el proceso judicial entablado contra un Estado extranjero¹²; todo ello, entendido en el sentido de que esos bienes “no se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19” (art. 21.1). Entre los bienes a que hace referencia esta disposición se recogen los bienes militares, acudiendo a un criterio funcional para su identificación; es decir, extendiendo la protección frente a la adopción de medidas coercitivas a todos aquellos bienes que, no teniendo en principio carácter militar, sin embargo están siendo utilizados, o estén destinados para ser utilizados, en el desempeño de cualquier función militar (edificios, vehículos oficiales, equipamiento, etc.).

Se trata de una categoría de bienes que tradicionalmente se ha beneficiado de la inmunidad de ejecución de los Estados. En el caso de los buques militares, la práctica convencional anterior a este convenio ha venido reconociéndoles inmunidad de jurisdicción de forma muy amplia, incluso extendiendo la inmunidad a otros buques de Estado, y no sólo aquellos que tienen un carácter militar. Es evidente que este extremo no altera el contenido del convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados pues, de cualquier forma, los buques de Estado que no tienen carácter militar pueden beneficiarse igualmente de esta institución mediante la aplicación genérica de la excepción recogida en el art. 19.c, si se trata de bienes públicos que no están afectos a una actividad comercial.

En todo caso, el reconocimiento de la inmunidad de ejecución de los buques de Estado aparece en la práctica convencional de los Estados desde los primeros convenios internacionales elaborados en el siglo XX. Así, el convenio de Bruselas de 1926 relativo a la inmunidad de los buques de Estado reconoció la inmunidad de los buques afectos a un servicio gubernamental y no comercial, con un contenido que recuerda el convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, aunque sin limitar la protección a los buques militares:

“The provisions of the two preceding articles shall not be applicable to ships of war, government yachts, patrol vessels, hospital ships, auxiliary vessels, supply ships, and other craft owned or operated by a State, and used at the time a cause or action arises exclusively on governmental

¹² Algunas legislaciones internas incorporan disposiciones en el mismo sentido, como la FSIA de EE.UU.

and non-commercial service, and such vessels shall not be subject to seizure, attachment or detention by any legal process, nor to judicial proceedings in rem”¹³.

En el ámbito del Derecho del mar, el reconocimiento de la inmunidad de ejecución ha derivado tanto del régimen de Ginebra, como del régimen jurídico contenido en el convenio de Jamaica.

En los convenios de Ginebra, como ha sido señalado, tanto el convenio sobre mar territorial y zona contigua, como el convenio relativo a la alta mar contienen disposiciones sobre la inmunidad de los buques, diferenciando buques de guerra y los buques destinados exclusivamente a un servicio oficial no comercial.

Este mismo esquema se reproduce en el convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982. Así, por un lado, el art. 32 reconoce inmunidad a los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, al tiempo que sienta un principio de no afectación por el CNUDM a las inmunidades reconocidas a tales buques (art. 32). En alta mar, los arts. 95 y 96 reconocen completa inmunidad de jurisdicción de buques de guerra y de otros buques de Estado o explotados por un Estado y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial, con excepción de los casos de piratería (art. 102)¹⁴.

Con ello se confirma el razonamiento del Juez Pizzo cuando estima que “La Mercedes” goza de inmunidad. *Odyssey* ciertamente, no tiene razón cuando estima que parte de la carga carece de inmunidad por tratarse de bienes de particulares que estaban siendo transportados por la fragata española. El buque español no estaba realizando actividades comerciales de transporte marítimo, como si de una empresa privada se tratase, aunque una parte de la carga fueran bienes de particulares. Ya he señalado, recogiendo los hechos mencionados por el Juez en su informe, que se trataba de un transporte de caudales públicos desde los virreinos hacia España. Y, aprovechando tales viajes, se transportaban también, en mucha menor cuantía, bienes de mercaderes españoles que habían visto dificultado dicho transporte de forma privada como consecuencia de la inseguridad marítima derivada de las guerras navales de la época. Luego, incluso desde este punto de vista, es innegable la función pública desarrollada por la fragata española.

Con independencia de ello, el derecho internacional público otorga inmunidad a los buques de guerra, aunque no estén realizando funciones propiamente militares, aunque

¹³ Art. 3.1 de la “international convention for the unification of certain rules relating to the immunity of State-owned vessels”. Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 y Protocolo adicional de 24 de mayo de 1934. El texto de este convenio, no ratificado por España, puede ser consultado en *Materials on jurisdictional immunities of States and their property*, Naciones Unidas, Nueva York, 1982, p. 173.

¹⁴ Esta misma terminología se reproduce en el art. 236 del Convenio de Jamaica, que reconoce la inmunidad soberana, desde el punto de vista de la inaplicación de las disposiciones del convenio relativas a la protección y preservación del medio marino, de los buques de guerra, naves auxiliares y otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizados a la sazón únicamente para un servicio público no comercial. Vid. igualmente el convenio de la UNESCO de 2 de noviembre de 2001 relativo a la protección del patrimonio cultural subacuático a la que me referiré a continuación.

sí públicas, sin hacer referencia a la carga que transporten. Se trata de que no realicen tareas de carácter comercial. Este es el requisito para perder la inmunidad. Y esto no ocurría en el caso.

El derecho internacional, por último, no disocia la carga del buque cuando se cumplen tales requisitos. El buque entero goza de inmunidad. La inmunidad del buque impide llevar a cabo cualquier otra actuación. El buque actúa como barrera sobre su propia carga. Sin pretender extenderme más en esta cuestión, que queda fuera de toda duda, una cuestión distinta es la pertinencia de acudir a la doctrina de las inmunidades en estos casos, cuestión a la que me referiré a continuación.

Pero, continuando con la valoración del informe a la luz del marco jurídico utilizado por el Juez, considero que resulta trascendental desde el punto de vista de los intereses de España, y de todos los Estados que tienen pecios hundidos, al menos cuando se encuentran en alta mar, o fuera de las aguas de EE.UU. Si este informe se traduce en jurisprudencia consolidada algún día, las empresas cazatesoros lo van a tener bastante más difícil. Es una llamada de atención para que no se inicien procedimientos judiciales en EE.UU, al menos cuando el pecio haya sido localizado fuera de los límites jurisdiccionales de este Estado. Y esto puede tener consecuencias muy importantes; no tanto por la competencia jurisdiccional de uno u otro Estado, cuanto por el derecho material que terminará resultando aplicable. ¿Será el principio del fin de la aplicación del admiralty law al patrimonio cultural submarino?

Si analizamos otros precedentes jurisprudenciales de EE.UU. en los que se han visto afectados los intereses de España, como el asunto de la *Juno* y *La Galga* nos encontramos con sentencias de similar valor. En este caso, diferente al comentado en este trabajo al encontrarse los pecios en aguas de EE.UU., el tribunal (la *Court of Appeals of the Fourth Circuit*) consideró que España conservaba sus derechos sobre ambos pecios al no haberse producido un acto de abandono¹⁵. Sentencia muy importante desde el punto de vista de la salvaguardia de los derechos de España sobre los pecios españoles hundidos en zonas próximas a las costas de EE.UU.

Los hechos de “La Mercedes” son distintos, fundamentalmente por encontrarse el pecio en aguas internacionales próximas a las costas europeas. En este asunto, a diferencia del anterior, el Juez tiene que llevar a cabo un ejercicio extraterritorial de su jurisdicción; aunque los propios tribunales de EE.UU, como en el asunto del *Titanic*, vienen poniendo freno en los últimos años a la aplicación de esta doctrina, como paso previo a la aplicación interna de la legislación de este Estado. Y, aunque el Juez, con dudas, termina admitiendo el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción, la consecuencia práctica es prácticamente la misma que la que se habría derivado de una decisión en sentido contrario, porque es como si el asunto terminara con una decisión sobre no ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. No obstante, para excluir su competencia ha recurrido a la doctrina de las inmunidades del Estado, aplicando la ley estadounidense

¹⁵ Vid. el comentario realizado por AZNAR, M., en *op.cit.*, p. 359. Vid. también BOU FRANCH, V.: *La flota imperial española y su protección como patrimonio cultural subacuático*, *Minim*, Valencia, 2005, p. 403.

en la materia. Pero, desde el punto de vista de la resolución de los problemas de atribución de propiedad o derechos sobre el tesoro el asunto debe resolverse aplicando un ordenamiento jurídico distinto.

Este es el valor principal que hay que atribuir a este informe. Lo más importante es que termine convirtiéndose en jurisprudencia en EE.UU. De ser así, algunas empresas cazatesoros se verán obligadas a cambiar sus prácticas; al menos tendrán que buscar argumentos jurídicos distintos para alcanzar una parte del botín cuando los pecios se encuentran situados, como en el caso, a miles de kilómetros de EE.UU. Pero este razonamiento también debiera ser aplicado cuando los pecios se encuentren en aguas de EE.UU, porque la inmunidad es muy similar a los casos en los que los buques de Estado se encuentran en aguas internacionales. Luego, ya no se tratará, como en el asunto de la *Juno y La Galga*, de deliberar acerca del abandono expreso del buque (algo que quedó zanjado con carácter general en dicho asunto), sino simplemente de demostrar que se trata de un buque de Estado sujeto a la doctrina de las inmunidades estatales.

2. El Derecho internacional relativo a la protección del patrimonio cultural submarino

A pesar de todo, tengo que reconocer que no soy muy partidario de resolver este tipo de controversias mediante el recurso a la inmunidad de jurisdicción, o de ejecución, de los Estados¹⁶. Creo que un pecio hundido de estas características no es un buque, sino un conjunto de bienes de carácter y valor histórico y/o cultural. También es la tumba de los fallecidos en el naufragio, aspecto que ha querido reflejar también en sus conclusiones el Juez Pizzo. Entiendo, sin embargo, que en el estado actual del Derecho internacional público, el argumento de la inmunidad del pecio resulta probablemente la mejor defensa que puede utilizar el Estado afectado por el expolio.

En efecto, la inexistencia de un marco jurídico-internacional específico y claro aplicable al PCS ha determinado que dicho patrimonio haya quedado sometido a una pluralidad de legislaciones nacionales divergentes que no se caracterizan, en la mayoría de los casos, por llevar a cabo una protección adecuada o específica del PCS. Como ha sido señalado, dicho patrimonio, está sometido en muchos casos a las leyes internas de salvamento y de hallazgos, que propician la existencia de buscadores de tesoros caracterizados, en buena lógica, por la búsqueda de la rentabilidad económica a sus operaciones, sin tener en cuenta que, tratándose de patrimonio cultural, histórico o arqueológico, más que de rentabilidad económica es preciso referirse a la protección en sentido estricto; de protección incluso *in situ*, evitando extraer objeto alguno. Pero el marco general, unido a dificultades más concretas, como la determinación de la competencia en materia de protección del PCS más allá de las 24 millas, explica porqué también aquí proliferan las banderas de conveniencia, que permiten llevar a cabo

¹⁶ AZNAR considera con razón que de la “práctica –acaso reducida pero muy clara- se desprende diáfanaamente la voluntad de los Estados, particularmente los especialmente interesados, tanto en su práctica convencional como en sus posiciones individualizadas, de manifestar como oponible *erga omnes* la regla consuetudinaria según la cual los buques y aeronaves de Estado gozan de inmunidad soberana, privilegio que conservan una vez hundidos salvo que decidan expresamente lo contrario (*op.cit.*, p. 201).

excavaciones subacuáticas bajo un paraguas jurídico poco protector en zonas no sometidas a la soberanía del Estado ribereño en materia de protección del PCS.

La adopción, en 2001, de la convención de la UNESCO relativa a la protección del patrimonio cultural submarino (o convenio de París) constituye un avance notable desde el punto de vista de la salvaguardia del patrimonio cultural situado bajo las aguas. Máxime cuando este convenio ha conseguido entrar en vigor el 2 de enero de 2009, resultando aplicable a España, aunque no a EE.UU, ni a Perú¹⁷. Sin embargo, este convenio no se aleja excesivamente del planteamiento desarrollado en el epígrafe anterior.

En efecto, el convenio ha establecido un régimen jurídico dirigido a precisar el Estado, o Estados competentes, para resolver los problemas relacionados en casos de hallazgos de PCS en los distintos espacios marinos. Sin embargo, en diversas disposiciones del convenio se han incluido referencias adicionales específicamente referidas a los casos en los que el pecio se corresponda con buques de Estado¹⁸; y una disposición conforme a la cual, el régimen introducido no pretende alterar el régimen jurídico internacional existente en la materia pues “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” (art. 2.8)¹⁹.

Como ya he señalado en otra ocasión, puede considerarse, por tanto, que el Convenio de la UNESCO pretende únicamente clarificar el régimen jurídico aplicable a los buques de Estado calificables como PCS, sin alterar el régimen jurídico de la doctrina de las inmunidades del Estado desde otros puntos de vista. Se trata, en todo caso, de garantizar la protección de tales pecios con independencia del régimen de autorizaciones que pueda establecerse en algunos casos²⁰.

¹⁷ Texto en *BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 2009. Hasta junio de 2009 ha sido ratificada por 25 Estados. Vid. relación de Estados parte en <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?order=alpha&language=S&KO=13520>

¹⁸ Inicialmente, en el proyecto de julio de 1999, el tratamiento de los buques de Estado se regulaba en una disposición única y común a todos los espacios marítimos. Su objetivo era excluir del ámbito de aplicación del convenio a “navires de guerre, navires auxiliaires, autres bâtiments ou aéronefs appartenant à un Etat ou opérant sous le contrôle d’un Etat qui, à l’époque où ils ont sombré, étaient utilisés uniquement à des fins non commerciales” (Art. 2.2. Doc. CLT-96/CONF.202/5 Rev.2, julio de 1999. El proyecto de la *ILA* establecía en el mismo sentido que “this convention does not apply to any warship, military aircraft, naval auxiliary, or other vessels or aircraft owned or operated by a State and used for the time being only on government non-commercial service, or their contents” (art. 2.2).

Sin embargo, las numerosas peticiones de eliminación de este apartado dieron lugar a que se incluyera una disposición específica relativa a los buques de Estado en cada uno de los espacios marítimos, y un art. 2.8. Irán, el grupo de Estados de América Latina y el Caribe, fundamentalmente, encabezaron las peticiones de eliminación. Vid. *Exposé synoptique des observations relatives au projet de convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, CLT-99/CONF.204/5, abril de 1999.

¹⁹ Como ha señalado FORREST el art. 2.8 se limita a mantener el *status quo*, incierto, en esta materia (“A new international regime for the protection of underwater cultural heritage”, *ICLQ*, 2002-3, p. 529).

²⁰ CARRERA HERNÁNDEZ, F.J.: *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, ed. Universidad de Salamanca, 2005.

A partir de esta disposición general, como he señalado, el convenio de la UNESCO ha introducido una disposición específica aplicable a los buques de Estado en la mayoría de los espacios marítimos regulados²¹. Lo que hay que tener en cuenta es que más allá del mar territorial, cualquier actividad dirigida al PCS requerirá siempre el acuerdo del Estado del pabellón, lo que supone reconocer la aplicación, aunque sólo parcialmente, del principio de la inmunidad de los buques de Estado a los pecios situados en estos espacios marinos; aspecto que, a buen seguro va a dificultar la ratificación de este convenio por muchos Estados²². Así, en relación con la Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos, el art. 12.7 señala escueta, pero claramente, que “ningún Estado

²¹ No obstante, en el caso de las aguas interiores el Convenio guarda silencio al respecto, por lo que resulta aplicable a los pecios de esta naturaleza el régimen general previsto para este espacio. En definitiva, la soberanía del Estado ribereño permanece intacta, y el Estado del pabellón no obtiene derecho alguno sobre los pecios situados en las aguas interiores de otros Estados.

Tratándose de pecios situados en el mar territorial, o en las aguas archipelágicas, el Convenio ha establecido un régimen particular aplicable únicamente a estos buques que resulta ambiguo en algunos de sus elementos. Por un lado, los presuntos derechos del Estado del pabellón del buque hundido sobre los restos parecen ser ignorados y a lo sumo se deduce que, tal vez, podría participar en el conocimiento del hallazgo, pues “los Estados partes deberían informar al Estado del pabellón Parte en la presente convención y, si procede, a los demás Estados con un vínculo verificable” del descubrimiento. Los términos tan flexibles con que ha sido adornado este precepto (“deberían informar”, y sólo del descubrimiento) permiten afirmar que el Estado del pabellón no tiene derecho alguno sobre el pecio; ni siquiera derecho a ser informado en cualquier situación. En todo caso, esta disposición debe ser leída junto con los principios generales incluidos en la Convención y, especialmente, a la luz del art. 2.8. Claro que el régimen aplicable en tales casos dista de la claridad deseable, aunque la práctica pone de manifiesto la tendencia de los Estados a informar al Estado de origen del hallazgo. Por último, la información al Estado del pabellón únicamente debería producirse cuando el pecio en causa sea “identificable”; por tanto, cuando sea posible conocer el Estado de origen del buque o aeronave hallados. Aquí también se pueden plantear problemas en cuanto a la aplicación práctica de esta figura, porque no se exige expresamente al Estado ribereño realizar averiguaciones cuando el pecio no sea identificable. Este aspecto puede ser aún más problemático en los supuestos en que el pecio perteneciera a una entidad política o Estado inexistente en el momento del hallazgo, en cuyo caso será aún menos evidente la identificación inmediata del Estado del pabellón.

En relación con la zona contigua, el art. 8 del Convenio de París guarda silencio sobre el tratamiento que deben recibir los buques y aeronaves de Estado hallados en este espacio marítimo. En todo caso, el tenor literal de este precepto se remite a la regulación jurídica establecida para la zona económica exclusiva y la plataforma continental, por lo que resulta aplicable en la zona contigua las consideraciones que realizaré a continuación (“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 y con carácter adicional a lo dispuesto en los mismos...”) (art. 8 del Convenio de la UNESCO).

²² En relación con la ZEE y la PC, el art. 10.7 ha introducido un régimen un tanto ambiguo, pues tras reconocer la necesidad de autorización del Estado del pabellón para proceder sobre un pecio, exige también la colaboración del Estado coordinador, lo que no contribuye precisamente a clarificar el régimen aplicable a los buques de Estado sumergidos en estas zonas.

Este régimen, por otro lado, se entiende “a reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 del” art. 10. En estas disposiciones se reconoce el derecho del Estado ribereño a “prohibir o autorizar cualquier actividad dirigida a este patrimonio para impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o su jurisdicción reconocidos por el Derecho internacional” y, en cuanto Estado Coordinador, a “adoptar todas las medidas viables y/o conceder cualquier autorización que resulte necesaria de conformidad con la presente convención ... con el fin de impedir cualquier peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático”. Como ha señalado O’KEEFE “the rights of the coastal state take precedent to those of the flag state” (*Shipwrecked heritage: a commentary on the UNESCO convention on underwater cultural heritage*, Institute of Art and Law, Leicester, 2002, p. 94).

Parte emprenderá ni autorizará actividades dirigidas a un buque o aeronave de Estado en la Zona sin el consentimiento del Estado del pabellón”²³.

En el asunto que nos ocupa el Estado del pabellón, España, no autorizó en ningún momento ninguna actividad de exploración ni de recuperación, ni de expolio, sobre “La Mercedes”, aspecto al que ya he hecho referencia. Todo lo contrario, negó la autorización cuando ésta fue solicitada. Luego, tampoco bajo la óptica del convenio de la UNESCO *Odyssey* puede pretender negar lo afirmado por el Juez Pizzo; dándose la circunstancia adicional que el Estado riebereño, en este caso, no es EE.UU.

V. LOS ARGUMENTOS DE PERÚ

Las reivindicaciones de *Odyssey* sobre el tesoro hallado no son el único problema al que nos enfrentamos en este caso. Dándose la circunstancia de que las monedas recuperadas fueron acuñadas en Perú, en época del Virreinato español, este Estado ha invocado derechos sobre el objeto de la disputa.

Para situar la controversia jurídica en sus justos términos, es preciso tener en cuenta que Perú no es parte en el convenio de Jamaica ni en el convenio de la UNESCO relativo a la protección del patrimonio cultural subacuático. De hecho, cuando este Estado quiso hacer valer ante el tribunal sus pretendidos derechos al amparo del art. 149 del convenio de Jamaica, el Juez no tuvo necesidad de recordarle que el régimen de la zona internacional de fondos marinos y oceánicos no le resulta aplicable, por no haber aceptado el convenio de Jamaica y porque el pecio no se encuentra en la ZIFMO²⁴. Además, como ya he tenido la ocasión de poner de manifiesto, el art. 149 encierra tal grado de ambigüedades e imprecisiones en su redacción que difícilmente pueda ser considerado una norma consuetudinaria. Con este marco, el Juez aplica el mismo régimen jurídico ya mencionado. Son aguas internacionales y, al amparo de la inmunidad de ejecución del Estado extranjero y sus bienes, es incompetente para resolver una pugna de estas características.

Con independencia de ello, pero esa es una de las claves de la cuestión, Perú recurre también a las normas sobre sucesión de Estados para hacer valer sus derechos. Claro

²³ No obstante se dejan sin resolver algunos problemas, fundamentalmente de derecho privado, y relativos a las posibles indemnizaciones o pagos que hubiere que realizar a favor del buque autor del hallazgo. Además, creo que ello no es óbice a la puesta en marcha de los procedimientos de información y protección previstos para la ZIFMO en los arts. 11 y 12 del Convenio, sin perjuicio de que su consentimiento sea esencial y constituya un requisito *sine qua non* para realizar cualquier actividad sobre el pecio.

Para JUSTE RUÍZ, cabe entender que esta categoría de bienes se encuentran sometidos en términos generales a las mismas reglas protectoras que son comunes a todos los bienes de esta naturaleza, de modo que el régimen aplicable depende de la zona en que hayan sido hallados (*loc.cit.*, p. 93).

²⁴ “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 e origen histórico y arqueológico”.

que ello implica conceder que Perú sea el Estado de origen de los bienes recuperados, aspecto contestado por España; y hay que reconocer que se trata de unos bienes, cuando menos, peculiares. Pero lo que no ha sido discutido es que España es el Estado de origen del pecio, aspecto esencial desde el punto de vista de la resolución del procedimiento al aplicar la doctrina de las inmunidades estatales. En último término, el Juez recomienda a las partes acudir a las negociaciones directas para zanjar su disputa²⁵.

VI. CONCLUSIÓN

En mi opinión, el informe comentado debe merecer una valoración general positiva. Hay que entender que resulta correcto, además de recoger y proteger esencialmente los intereses españoles. Es un informe que debe convertirse en jurisprudencia en EE.UU, continuando así el desarrollo iniciado con los asuntos de la *Juno* y *La Galga*. En todo caso, como he señalado anteriormente, la batalla judicial se antoja larga, especialmente en lo que a los argumentos esgrimidos por Odyssey se refiere, imponiéndose la negociación con Perú como bien ha puesto de manifiesto el Juez en su informe.

Especialmente destacable resulta también el informe en su conclusión pues, después de toda la argumentación jurídica desarrollada, el Juez resalta un dato de extrema importancia: la consideración del lugar del hallazgo como santuario de todas las personas que perecieron en el naufragio. El propio convenio de la UNESCO relativo a la protección del patrimonio cultural subacuático establece, en su art. 2.9, que “los Estados Partes velarán por que se respeten debidamente los restos humanos situados en las aguas marítimas”.

Hay que señalar, por último, el cambio de tendencia que se ha producido en la actitud de las autoridades españolas desde hace algunos años en relación con la protección del PCS. Los asuntos de la *Juno* y *La Galga* marcaron también un cambio de tendencia que se ha visto expresado en la diligencia mostrada por nuestras autoridades en el caso que nos ocupa. Mayor vigilancia en caso de procesos desarrollados ante otros Estados que viene acompañada de un conjunto de medidas de carácter interno, algunas en fase de diseño, con las consecuencias que ello lleva aparejadas, especialmente desde el punto de vista del incremento de la vigilancia y el control sobre el PCS.

Salamanca, 25 de junio de 2009.

²⁵ España también se ha defendido frente a los argumentos de Perú alegando la doctrina del acto del Estado, en la medida en que cualquier actuación desarrollada en territorio peruano en la época del hundimiento se refería a actos realizados en relación con sus propios nacionales y, en consecuencia, no resulta aplicable el Derecho internacional.