

**LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO
EN LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 2001**

FABIÁN NOVAK*

* Abogado, Master en Derecho Internacional Económico y Doctor en Derecho. Director del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Procesal de la Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

1. Antecedentes

La protección del Patrimonio Cultural Subacuático por el Derecho Internacional es relativamente reciente. Si bien existieron numerosas controversias en el pasado respecto a la propiedad y utilización de este patrimonio, fue fundamentalmente el Derecho Interno y los Tribunales nacionales los que dieron solución a las mismas, aunque no siempre en beneficio de la conservación y preservación de estos bienes. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, se presentaron numerosos acuerdos interestatales que comenzaron a cambiar progresivamente la visión sobre este tema, dejándose de lado el viejo principio “el primero que llega es el primero que se sirve” por otro, destinado a la “conservación y preservación del patrimonio cultural subacuático en beneficio de la humanidad”.

A continuación, haremos una rápida revisión de estos acuerdos, así como de la jurisprudencia interna norteamericana dictada sobre la materia que, sin duda, servirían de importante antecedente, para la posterior construcción de la Convención de la UNESCO de 2001 sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

1.1. La Práctica Interestatal

En materia de práctica interestatal, refiere el profesor Scovazzi, el histórico acuerdo celebrado entre los Países Bajos y Australia el 6 de noviembre de 1972, en virtud del cual, el primero transfería todos sus derechos, títulos e intereses a favor del segundo, respecto de los navíos de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, del siglo XVII y XVIII, que se encontraban en la plataforma continental australiana debido a su naufragio. La razón por la cual un gran número de estos navíos se encontraban en la referida plataforma era que éstos navegaban hacia Indonesia por el Cabo de Buena Esperanza en dirección al Este, sufriendo muchas veces accidentes frente a las costas australianas. El objeto de este acuerdo entonces era preservar en el sitio este patrimonio cultural subacuático y destinarlo a fines de investigación y presentación al público. Se establecía así, expresamente, la prohibición de toda apropiación o explotación comercial de los objetos contenidos en estos navíos; de todo lo cual puede concluirse, que este acuerdo, fue el primer tratado internacional en proteger el patrimonio cultural subacuático.

¹ SCOVAZZI, Tullio. “Les Épaves de Navires D’État”. En: *Annuaire Français de Droit International*, tomo LII. Paris: CNRS Éditions, 2006, pp. 401-402.

Muy diferente fue la suerte del vapor *Geldermalsen*, que naufragó en 1752 cerca de la costa de Indonesia y que fue encontrado por una expedición privada en 1985. Los objetos recuperados de este navío (porcelana china del siglo XVIII y lingotes de oro) fueron subastados y vendidos a diversos agentes privados, provocando la dispersión y pérdida de este patrimonio así como la exclusión de los países interesados (Indonesia como país territorial, China como país de origen de los bienes y los Países Bajos como Estado del pabellón). Precisamente, el mal uso de patrimonio cultural subacuático en este caso tuvo como base el viejo principio imperante de “el primero que llega es el primero que se sirve”.²

Sin embargo, el antecedente fijado por el acuerdo de 1972 sería seguido por otros. Así, el 22 de setiembre de 1989, se suscribe un tratado entre África del Sur y Gran Bretaña, en virtud del cual acuerdan preservar en el sitio el navío de guerra británico *Birkenhead* que se hundió frente a Cape Colony en las costas africanas. Se trataba de un navío del siglo XIX que transportaba 445 personas, entre militares y familiares de estos y que el 26 de febrero de 1852 naufragó, hundiéndose a 1500 metros de la costa de África de Sur. El Comandante de las tropas, Teniente Coronel Seton ordenó a los militares permanecer en el navío a fin de no entorpecer la salida de mujeres y niños. Gracias a ello, lograron salvarse cerca de 200 tripulantes, entre ellos, las mujeres y los niños, sin embargo el resto murió cumpliendo con su deber de mantenerse en el navío. Justamente, en memoria de los fallecidos, África del Sur (Estado Territorial) y Gran Bretaña (Estado del Pabellón) decidieron mediante este acuerdo dar un tratamiento apropiado a los restos humanos y a los objetos contenidos en el navío, controlando y limitando las actividades sobre el mismo y haciendo que éste permanezca en el fondo del mar, como tumba de guerra. Obviamente, como acota Scovazzi, este acuerdo no hubiera sido posible bajo el principio “el primero que llega es el primero que se sirve”.³

Otro acuerdo celebrado en la misma línea y que también merece ser citado, es el suscrito entre los Estados Unidos (Estado del Pabellón) y Francia (Estado Territorial) el 3 de octubre de 1989. En este caso, se trataba del famoso crucero confederado *Alabama* utilizado en la guerra de secesión en los Estados Unidos de América. El navío fue localizado por buceadores franceses en 1984 a 55 metros de profundidad y a 7 millas de distancia de la costa normanda francesa frente a Cherburgo. En el acuerdo las Partes reconocen la importancia histórica y arqueológica del *Alabama* y se declaran deseosas de cooperar para asegurar su protección y su estudio; en este sentido y a efectos de prevenir todo acto de pillaje sobre el mismo, acuerdan crear un Comité científico paritario dotado de importantes poderes, entre ellos, la posibilidad de explotar científicamente este navío así como adoptar todas las medidas necesarias para protegerlo en el sitio, estableciendo una zona de protección.⁴

² *Ibid.*, p. 402.

³ *Ibid.*, pp. 403-404.

⁴ *Ibid.*, pp. 407-408.

Algunos años más tarde se celebraría otro acuerdo, esta vez entre Canadá y Gran Bretaña. En efecto, el 8 de agosto de 1997 ambos países acuerdan reconocer la propiedad británica sobre los dos buques de guerra británicos *Erebus* y *Terror* que se hundieron en 1848, cerca de la Isla del Rey Guillermo y la isla O'Reilly, respectivamente, mientras buscaban nuevas rutas marítimas árticas en aguas del actual Canadá. En dicho acuerdo, se declaró ambos pecios como sitios y monumentos históricos, otorgándose a Canadá la custodia y protección de los mismos.⁵

Finalmente pueden citarse, entre otros, el acuerdo suscrito entre Estados Unidos e Italia, de 19 de enero de 2001, relativo a la imposición de restricciones a la importación de material arqueológico proveniente del período pre-clásico, clásico y del Imperio Romano, al interior de territorio norteamericano, así como el acuerdo entre Francia y los Estados Unidos de 31 de marzo de 2003, concerniente al navío *La Belle*,⁶ que consagra los mismos principios que sus antecesores, esto es, la preservación del patrimonio cultural subacuático y la prohibición de cualquier transacción comercial sobre el mismo. Sin embargo, como ya lo hemos adelantado, no sólo la práctica interestatal comenzaría a sentar importantes y nuevos principios en torno a la protección del patrimonio cultural subacuático, son también la jurisprudencia interna de algunos países, en particular, la jurisprudencia norteamericana, como veremos a continuación.

1.2. La Jurisprudencia Norteamericana

Como ya se ha dicho, la jurisprudencia interna de algunos Estados, comenzó a revestir el viejo principio de “el primero que llega, es el primero que se sirve”, reemplazándolo por otros, destinados a la protección de los bienes culturales localizados en el fondo del mar. Así por ejemplo en Estados Unidos de América, si bien la jurisprudencia interna dictada entre 1976 y 1982, permitía la apropiación por entidades privadas de patrimonio cultural subacuático,⁷ basada en el varias veces citado principio “el primero que llega es el primero que se sirve” así como en “las reglas de salvamento marítimo”, esto varió a partir de 1983. En efecto, en el asunto relativo a los galeones españoles *Santa Rosalea*, *San Lorenzo de Escorial* y *Santa Clara*, la Corte del Distrito de Maryland dictó una sentencia el 21 de diciembre de 1983, en la cual da prioridad al interés público del Estado y a la protección de los valores culturales y estéticos por encima del interés comercial. Asimismo, la sentencia remarca que las reglas de salvamento marítimo

⁵ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático*. Valencia: Tirant Monografías, 2004, p. 198.

⁶ *Ibid.*, pp. 523-526.

⁷ Véase el caso de Galeones Españoles como Nuestra Señora de Atocha o Nuestra Señora de la Concepción, donde las decisiones judiciales americanas favorecían la libre disposición de los bienes encontrados en tales navíos y en donde se consideraba que el Estado del Pabellón (España) había perdido sus derechos sobre éstos debido al abandono en que los dejó. SCOVAZZI, Tullio. *Ob. cit.*, 2006, pp. 411-412.

no resultan aplicables al patrimonio cultural subacuático en tanto éste no puede ser considerado en peligro, dado su hundimiento de varios siglos.⁸

Lo mismo sucedió en el asunto relativo a los galeones españoles *La Galga* y *el Juno*, hundidos en 1750 y 1802, respectivamente, en las aguas del Estado de Virginia, donde además España decidió intervenir en el procedimiento, para declarar que consideraba estos navíos y sus restos como sepulcros marítimos, los mismos que debían permanecer en el sitio, no autorizándose ninguna actividad de salvamento.⁹ En igual sentido pueden citarse las decisiones dictadas por la Corte del Distrito del Estado de Virginia el 27 de abril de 1999 y por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito el 21 de julio de 2000, en donde además se reconoció los derechos de propiedad de España sobre los navíos en cuestión. Sobre la base de esta jurisprudencia uniforme, el Presidente de los Estados Unidos firmaría en el 2001 una declaración señalando la posición oficial de dicho país respecto de los navíos y aeronaves de Estado, la misma que fue confirmada en el 2004 mediante una ley del Congreso. En ambos casos se prohibiría la aplicación del principio “el primero que llega es el primero que se sirve” así como de las “reglas de salvamento marítimo” a los bienes culturales encontrados en el fondo del mar.¹⁰

De todo lo expuesto puede concluirse que los acuerdos interestatales y la jurisprudencia interna antes citados, tuvieron una importancia capital en la construcción de reglas y normas destinadas a la protección del patrimonio cultural subacuático, las mismas que darían respuesta a diversas interrogantes planteadas a partir de la práctica internacional. Así por ejemplo, se cuestionaba ¿a qué Estado pertenecen las estructuras, naves, aeronaves y demás restos históricos o arqueológicos hundidos en el mar? ¿qué derechos y obligaciones tienen los Estados ribereños cuando se producen hallazgos de este tipo en su mar territorial, en su zona económica exclusiva, en su plataforma continental o en la zona internacional de los fondos marinos? ¿tendrá el mismo régimen jurídico de tratamiento los navíos o aeronaves de guerra y aquellos que no lo son? ¿cuál es el mejor sistema para conservar y proteger estos restos arqueológicos bajo el mar?

Increíblemente, hasta hace muy poco tiempo, el Derecho Internacional carecía de una respuesta clara frente a estas interrogantes. Más allá de cierta jurisprudencia interna y de la práctica estatal antes referida, no existía ninguna norma internacional de carácter general que regulara cabalmente esta materia. Sin embargo, esta situación ha variado dramáticamente a partir de la aprobación de la Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada en París el 6 de noviembre de 2001, la misma que contiene diversas disposiciones en relación a los derechos y obligaciones de los Estados, en las diferentes zonas marítimas existentes, y a cuyo estudio nos abocaremos a continuación.

⁸ *Ibid.*, pp. 412-413.

⁹ *Ibid.*, p. 413.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 413-415.

Para tal efecto, creemos que no hay mejor manera de continuar este trabajo, que aclarando ciertos conceptos básicos, como lo es el del patrimonio cultural subacuático.

2. Definición de Patrimonio Cultural Subacuático

Si bien la doctrina no ha llegado a ponerse unánimemente de acuerdo en relación al concepto de patrimonio cultural subacuático, la mayoría entiende que son al menos dos los elementos que comprende: los lugares sumergidos y los restos de buques, comúnmente conocidos como pecios.¹¹ Precisamente, basado en estos dos elementos, se puede señalar que la protección del patrimonio cultural subacuático:

[...] se ocuparía de la investigación de los restos materiales del pasado, estructuras terrestres sumergidas por causas diversas, embarcaciones de todo tipo, objetos materiales aislados arrojados o perdidos en los fondos de mares, ríos o lagos, estructuras de ingeniería, obras portuarias, depósitos rituales en pozos sagrados como los cenotes, zonas de fondeo, astilleros y tantos otros que constituyen la base de estudio principal, junto con todos los elementos anexos que permiten su comprensión total. Todo ello y su contexto, el medio en el que reposan y las modificaciones y alteraciones del mismo, etc. constituye lo que en términos modernos entendemos como patrimonio cultural sumergido.¹²

Una definición muy similar sería adoptada por la International Law Association (ILA) en su proyecto de convención de 1994¹³ y finalmente por la Convención de la UNESCO del 2001. En el artículo 1, inciso 1 de esta última se define el patrimonio cultural subacuático como:

¹¹ AZNAR GÓMEZ, Mariano J. *Ob. cit.*, pp. 220-221.

¹² MARTÍN BUENO, Manuel. *Patrimonio Cultural Sumergido: Investigar y conservar para el futuro*. Monte Buciero, 2003, p. 28. La primera vez que se utilizó de manera independiente el concepto de patrimonio cultural subacuático fue en la Recomendación 848 del 4 de octubre de 1978, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

¹³ La International Law Association (ILA) a través de su Comité sobre el Derecho del Patrimonio Cultural, elaboró este proyecto de convención. El Comité fue presidido por el profesor Patrick O'Keefe y su relator fue el profesor James Nafziger. Tras varias revisiones hechas en Australia (1990), El Cairo (1992) y París (1993), el proyecto fue finalmente aprobado en Buenos Aires (1994). Véase O'KEEFE, Patrick y James NAFZIGER. "The Draft Convention on the Protection on the underwater cultural heritage". En: *Ocean Development and International Law*. N° 25, 1994, p. 392. Aquí se definía el patrimonio cultural subacuático como: "all underwater tracers of human existent including: (a) sites, structures, buildings, artifacts and human remains, together with their archaeological and natural context; and (b) wreck such as a vessel, aircraft, other vehicle or any part there of, its cargo or other contents, together with their archaeological and natural context".

F. NOVAK

- a) Todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como:
 - i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural;¹⁴
 - ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y
 - iii) los objetos de carácter prehistórico.¹⁵
- b) No se considerará patrimonio cultural subacuático a los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar.
- c) No se considerará patrimonio cultural subacuático a las instalaciones distintas de los cables y tuberías colocadas en el fondo del mar y todavía en uso.

De esta definición es posible concluir, que para que un bien sea considerado como patrimonio cultural subacuático debe reunir al menos tres características fundamentales:

- a) Debe tratarse de una estructura, nave o aeronave sumergida en el mar;
- b) El objeto debe permanecer sumergido por un mínimo de 100 años; y
- c) El objeto puede haber permanecido sumergido total o parcialmente, en forma periódica o continua.

Nótese que en ningún momento la definición califica la significación o importancia que debe tener el resto arqueológico o histórico hallado. Si bien países como Grecia, Gran Bretaña, Estados Unidos e Italia trataron en la Conferencia de París —donde se aprobó la Convención de la UNESCO del 2001— de limitar el ámbito de la definición, requiriendo que los restos tuvieran una “importancia significativa”, finalmente se consideró que esta calificación introducía un elemento demasiado subjetivo y arbitrario a la definición, por lo

¹⁴ El “contexto arqueológico y natural” hace alusión no sólo al objeto en sí, sino también al entorno físico o situación en que éste se encuentra.

¹⁵ Cuando la norma incluye a los “objetos de carácter prehistórico”, está haciendo alusión a aquellos objetos existentes desde la aparición del primer ser humano hasta la invención de la escritura, hace más de 5000 años. En cuanto a la fecha de aparición del primer ser humano, ésta varía según el continente. Así, en el África este apareció hace dos millones seiscientos mil años, mientras que en Asia y Europa oscila en torno al millón de años de antigüedad.

cual fue rechazado.¹⁶ Adicionalmente, podríamos agregar en favor de la no inclusión de esta calificación: 1° que la arqueología no puede señalar hasta la fecha de manera taxativa e indubitable qué es importante y por tanto digno de protección, y qué no lo es; y, 2° para poder definir qué es importante, primero se debe proceder a la protección de todo el patrimonio cultural subacuático y, luego, a su evaluación.¹⁷ En consecuencia, creemos que la opción tomada por la Convención en este punto era la más conveniente.

En cuanto al límite temporal de 100 años, se trata de un parámetro establecido en diversas convenciones relativas a la protección del patrimonio cultural, como es el caso de la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de 1970, la Resolución 848 del Consejo de Europa de 1978, la Convención Europea relativa a la Propiedad Cultural de 1985, y el Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente de 1995.¹⁸

Finalmente, cuando la Convención señala que el resto arqueológico o histórico puede haber permanecido sumergido “total o parcialmente, en forma periódica o continua”, en realidad está extendiendo su ámbito de aplicación, con lo cual permite asegurar por ejemplo la protección de buques como el *Amsterdam*, hundido en 1747 frente a la ciudad británica de Hastings, o el *Arizona*, hundido en 1941 en Pearl Harbour, los cuales quedan en superficie periódicamente, durante la bajamar.¹⁹

Comprendido entonces el significado y alcances del término patrimonio cultural subacuático, veamos porqué resulta importante su regulación y protección por parte del Derecho Internacional.

3. Importancia de Proteger el Patrimonio Cultural Subacuático

En nuestro criterio, son tres las razones que podrían esgrimirse para sustentar la necesidad de regular y proteger el patrimonio cultural subacuático.

En primer lugar, la ausencia de regulación sobre la materia. En efecto, si bien existen diversas convenciones internacionales destinadas a la protección del patrimonio cultural,²⁰ hasta el 2001 no se contaba con un instrumento

¹⁶ DE YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. “Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático”. En: DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (coordinadora). *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*. Córdoba: Editora Córdoba, 2002, p. 455.

¹⁷ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 227.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 224-225.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 231-332.

²⁰ Este es el caso por ejemplo de la Convención de La Haya de 1954 sobre Protección de la Propiedad Cultural en Conflictos Armados, la Convención sobre las

internacional de carácter universal dedicado específicamente al patrimonio cultural subacuático.²¹ Tan solo existía la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, la cual dedica dos artículos a la materia,²² que regulan de manera insuficiente y en algunos casos, confusa, la protección de objetos arqueológicos e históricos en el mar.²³

Así por ejemplo, la Convemar protege únicamente los hallazgos en los mares, sin tomar en cuenta todas las aguas (lagos, ríos, etc.); asimismo, no regula con claridad la situación de los objetos arqueológicos e históricos hallados en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva; no define tampoco un mecanismo de control para la conservación y disposición del patrimonio cultural subacuático en la zona internacional de los fondos marinos²⁴ y, por último, no

medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales de la UNESCO de 14 de noviembre de 1970, la Convención de la UNESCO del 16 de noviembre de 1972 sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, entre otras. Véase GONZÁLEZ, Ariel W. “Negotiating the Convention on Underwater Cultural Heritage: Myths and Reality”. En: CAMARDA, Guido y Tullio SCOVAZZI. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage*. Milán: Giuffrè Editore, 2002, p. 106.

²¹ Incluso, a nivel de legislación nacional tenemos países que prevén un nivel básico de protección, mientras otros contemplan un nivel más bien elevado, existiendo asimismo países que aún no han regulado esta materia. Se trata por tanto de una legislación nacional heterogénea y plagada de vacíos jurídicos. UNESCO. *Carpeta de Información*. Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio cultural subacuático (2001), p. 9.

²² “Artículo 149: Objetos arqueológicos e históricos: 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”.

“Artículo 303: Objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar:

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

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

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

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

²³ En cuanto a la relación entre la Convención del Mar y la Convención de la UNESCO, el artículo 3 de esta última es muy claro en señalar que sus disposiciones se interpretarán y aplicarán en el contexto de lo dispuesto por la Convención del Mar y de conformidad con ella.

²⁴ CAFLISCH, Lucius. “Submarine Antiquities and the International Law of the Sea”. En: *Netherlands Yearbook of International Law*. N° 13, 1982, p. 29.

PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO

establece un significado claro sobre la expresión “ley de rescate y otras reglas del almirantazgo”, con lo cual permite que quien rescate un objeto abandonado por mucho tiempo adquiera prácticamente la calidad de propietario del mismo, contradiciendo con ello, lo señalado por el moderno Derecho Internacional.²⁵ Esto último ha merecido además duros calificativos por parte de la doctrina de los publicistas.²⁶

En el Informe resumido de la Reunión de Expertos en protección del patrimonio cultural subacuático, que tuvo lugar en París del 22 al 24 de mayo de 1996, se explican los motivos de esta deficiente regulación de la Convención del Mar. Aquí se señaló:

El Derecho del Mar (entiéndase, la Convención) había sido elaborado por personas que no tenían conocimientos específicos de arqueología. Adicionalmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no contemplaba adecuadamente el patrimonio cultural subacuático, porque la cuestión se había planteado después de concluidos los debates sobre la plataforma continental y, por consiguiente, el tema se añadió a último momento, a las disposiciones relativas a la zona contigua.²⁷ (El paréntesis es nuestro).

Se hacía necesario entonces, un texto más completo, que regulara de manera integral y suficiente la situación del patrimonio cultural subacuático.

Una segunda razón, que justifica la regulación internacional del patrimonio cultural subacuático es el valor cultural e histórico pero también económico que pueden llegar a representar para los Estados los objetos arqueológicos o históricos hallados en el mar.²⁸ Así, se calcula que en los fondos oceánicos se hallan diseminados más de 3 millones de navíos naufragados sin localizar. Entre los vestigios de antiguas civilizaciones cubiertos hoy en día por las aguas, figuran el Faro de Alejandría en Egipto, conocido como la séptima maravilla del mundo, numerosos poblados neolíticos en el Mar Negro cuyos vestigios podrían ayudar a entender por ejemplo el misterio del diluvio de Noé y ciudades enteras como Port Royal en Jamaica, cuyo valor histórico, arqueológico y científico resulta incalculable.²⁹ En el mismo sentido, el estudio arqueológico del *Pandora*, hundido

²⁵ SCOVAZZI, Tullio. “The 2001 UNESCO Convention on the protection of the Underwater Cultural Heritage”. En: CAMARDA, Guido y Tullio SCOVAZZI. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage*. Milán: Giuffré Editore, 2002, pp. 114, 116, 118-119.

²⁶ SCOVAZZI, Tullio. *Ob. cit.*, 2006, p. 400. Según el autor la Convención del Mar en su artículo 303 contiene un régimen desastroso que incita el pillaje del patrimonio cultural subacuático.

²⁷ Véase DOC. UNESCO CLT-96/Conf. 605/6.

²⁸ PUJANTE IZQUIERDO, Pedro. *Gestión, Investigación, Conservación y Difusión del Patrimonio Cultural Subacuático*. Actas de las I Jornadas Latinoamericanas de Arqueología Subacuática. Santiago de Chile: Universidad Internacional SEK, 2001.

²⁹ UNESCO. *Ob. cit.*, p. 3.

en Australia en 1791, permitió entender mejor la historia del motín del *Bounty*. De otro lado, en el plano turístico, cabría referir que la exposición del navío *Wasa* en Suecia atrae anualmente a 750,000 turistas, mientras que el navío *Mary Rose* en Gran Bretaña ha sido visitado hasta la fecha por más de 4 millones de personas, representando un importante ingreso económico para sus respectivos países.³⁰ Por si esto fuera poco, la casa Christie's, dedicada a la compra y venta de restos hallados en el mar, obtuvo 16 millones de dólares por la venta de porcelana china y lingotes de oro recuperados del buque holandés *Geldermalsen*, hundido en 1752 y 400 millones de dólares por el cargamento de oro, plata y joyas del galeón español *Señora de Atocha*, hundido en 1622.³¹ Todo esto nos revela, que el patrimonio cultural subacuático contiene una importancia histórica, arqueológica, cultural y económica suficiente para merecer su regulación internacional.

Por último, una tercera razón que en nuestro criterio justifica la regulación del patrimonio cultural subacuático es la necesidad de neutralizar las amenazas a las que éste se encuentra sujeto. En efecto, los avances tecnológicos producidos en los últimos años han determinado que el hombre tenga más fácil acceso a los fondos marinos y a los restos arqueológicos e históricos sumergidos en el mar. Si bien ello puede ser visto como algo positivo, lo cierto es que dicha intervención humana viene significando una seria amenaza para la conservación y protección del patrimonio subacuático.

Una primera amenaza viene dada por el uso de determinadas técnicas de pesca como el arrastre, que ponen en peligro la integridad del patrimonio marino.³² Una segunda amenaza deriva de la ejecución de obras públicas o privadas (tales como puertos, viviendas, complejos industriales, etc.) en zonas marinas donde pueden encontrarse restos de patrimonio cultural subacuático. Una tercera amenaza se presenta a partir de las actividades industriales que pudieran llevarse adelante en la zona internacional de los fondos marinos³³ a efectos de extraer los nódulos polimetálicos existentes en la misma.³⁴ Pero sin duda, es la cuarta amenaza la que representa un mayor peligro, y esta viene dada por el intenso pillaje de los sitios arqueológicos marinos por parte de buscadores de

³⁰ *Ibid.*, pp. 3-4.

³¹ Véase www.unesco.org/lima/n122001.htm

³² Se trata de un método de pesca destructivo, practicado por buques arrastreros que lanzan sus redes equipadas con grandes placas de acero y pesados rodillos que arrasan con todo lo que encuentran a su paso, no solo peces, sino también especies no deseadas, especies en zonas de cría, flora marina, montes submarinos, monumentos o restos arqueológicos, etc. Véase <http://oceans.greenpeace.org/es/our-oceans/bottom-trawling>

³³ Sin embargo, es justo reconocer que el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Nódulos Polimetálicos en la zona, aprobado por la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos de la Convención del Mar, el 13 de julio del 2000, establece que el prospector deberá notificar inmediatamente al Secretario General el hallazgo de cualquier objeto de carácter arqueológico o histórico y su emplazamiento, a efectos de que esa autoridad lo trasmita al Director General de la UNESCO (art. 8).

³⁴ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, pp. 38-39, 41-42, 47-48.

tesoros. Esto sucedió por ejemplo con *El Titanic* que fue saqueado en 1987, vendiéndose 1,800 objetos que fueron extraídos de él; con el *Geldermalsen*, que fue saqueado en Indonesia en 1986, vendiéndose los 126 lingotes de oro y 160,000 piezas de porcelana que contenía; con el *Tek Sing*, que fue saqueado en el mar de la China Meridional en 1999, conteniendo más de 300 mil piezas de porcelana; entre muchos otros casos.³⁵

En síntesis, la ausencia de instrumentos internacionales que regulen la protección y conservación del patrimonio cultural subacuático, sumado al valor arqueológico, histórico y económico de este patrimonio, y a las amenazas que actualmente soporta, justifican holgadamente la regulación de esta materia por el Derecho Internacional. En este sentido, la Convención de la UNESCO sobre Patrimonio Cultural Subacuático del 2001 constituye un primer paso fundamental hacia el cumplimiento de este objetivo.

4. El Régimen Jurídico de la Convención de la UNESCO de 2001

4.1 Origen y Antecedentes

La toma de consciencia por parte de la Comunidad Internacional en relación a las amenazas y peligros que enfrenta el patrimonio cultural subacuático, motivó un gran movimiento a nivel de la doctrina y de ciertos países como Italia, a favor de establecer un régimen jurídico internacional de protección de este patrimonio.

Fue así como la International Law Association (ILA) presentó ante la UNESCO, un proyecto de convención en 1994 sobre patrimonio cultural subacuático que había venido trabajando desde 1988, a efectos de que este organismo lo utilizara como insumo en su propósito de regular esta materia. La UNESCO a su vez, decidió constituir un Grupo de Expertos que tendría como misión analizar esta temática tomando en cuenta proyectos como el del ILA de 1994. Luego de varias reuniones y sesiones de trabajo se elaboró un primer proyecto en abril de 1999, el mismo que fue revisado y modificado en julio de ese año. Sin embargo, el presidente de la Conferencia General de la UNESCO, consciente de la ausencia de consenso, presentó el 1° de marzo de 2001 un proyecto alternativo propio, el mismo que tenía como base el proyecto de julio de 1999 y asimismo otros instrumentos regionales, como la Carta Internacional para la Protección y Gestión del Patrimonio Cultural Subacuático (Carta de Sofía) de octubre de 1996 y la Declaración de Siracusa sobre Patrimonio Cultural Submarino del Mar Mediterráneo del 10 de marzo del 2001. Fue precisamente este proyecto, con algunas modificaciones, el que terminó siendo aprobado por el

³⁵ UNESCO. *Ob. cit.*, pp. 3-8.

pleno de la XXXI Conferencia General de la UNESCO celebrada en París, el 2 de noviembre de 2001, por 87 votos a favor, 4 en contra³⁶ y 15 abstenciones.³⁷

Esta Convención, conforme a lo dispuesto en su artículo 27, ha entrado en vigor el 2 de enero de 2009, sin embargo el número de Estados Miembros es todavía muy limitado.³⁸

4.2. Principios Generales

La Convención de la UNESCO consagra ciertos principios generales que constituyen sin duda, uno de los aportes más importantes de la misma. Estos principios tienen como base la práctica internacional desarrollada hasta ese entonces, la doctrina mayoritaria de los publicistas y la jurisprudencia interna de muchos Estados.

³⁶ Los países que votaron en contra fueron la Federación de Rusia, Noruega, Turquía y Venezuela. A ellos habría que agregar a los Estados Unidos que como Estado observador no tiene derecho a voto. Su oposición fundamentalmente se debió a que consideraban que la Convención de la UNESCO no resultaba del todo compatible con la Convención del Mar de 1982, pero también por su desacuerdo con el sistema de solución de controversias pactado. Este último, prevé tres niveles de actuación: a) ante una controversia las Partes deben iniciar negociaciones directas de buena fe o elegir otro medio de solución de controversias, b) si en un plazo razonable, no llegan a un acuerdo, las Partes deben someter la controversia a la mediación de la UNESCO, c) si fracasa el mecanismo anterior se aplicará la parte XV de la Convención del Mar. (Artículo 25 de la Convención de la UNESCO).

³⁷ En las abstenciones tenemos el caso de Grecia, que consideraba insuficiente el régimen de protección previsto en la Convención del mar. Los otros países que se abstuvieron fueron: Alemania, Brasil, Colombia, Francia, Guinea-Bissau, Islandia, Israel, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido, República Checa, Suecia y Suiza. Véase GARABELLO, Roberta. "The Negotiating History of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage". En: GARABELLO Roberta y Tullio SCOVAZZI. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage. Before and after the 2001 UNESCO Convention*. Leyden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 89-93.

³⁸ A la fecha son sólo 22 los países miembros. Este es el caso de Panamá (20/05/2003), Bulgaria (06/10/2003), Croacia (01/12/2004), España (06/06/2005), Jamahiriya Árabe Libia (23/06/2005), Nigeria (21/10/2005), Lituania (12/06/2006), México (05/07/2006), Paraguay (07/09/2006), Portugal (21/09/2006), Ecuador (01/12/2006), Ucrania (27/12/2006), Líbano (08/01/2007), Santa Lucía (01/02/2007), Rumania (31/07/2007), Camboya (24/11/2007), Cuba (26/05/2008), Montenegro (18/07/2008), Eslovenia (18/09/2008), Barbados (02/10/2008), Túnez (15/01/2009), Granada (15/01/2009). Un elemento importante a tener en cuenta al momento de la ratificación de este instrumento es que el mismo no admite reservas (artículo 30 de la Convención de la UNESCO) aunque sí permite declarar al momento de la ratificación o adhesión que la Convención no se aplicará a determinadas partes de su territorio, aguas interiores, aguas archipelágicas o mar territorial (art. 29 de la Convención de la UNESCO), debiendo indicarse las razones que motivan la declaración.

PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO

Un primer principio consiste en consagrar como obligación jurídica de los Estados Partes el conservar y preservar el patrimonio cultural subacuático en beneficio de la humanidad,³⁹ debiendo cada uno de ellos imponer sanciones internas suficientemente severas contra los infractores de la misma.

Para lograr este objetivo de preservación del patrimonio cultural subacuático la Convención prioriza la conservación *in situ* de dicho patrimonio, es decir, su mantenimiento en el lecho marino, antes de autorizar o emprender otras actividades. Y es que se encuentra científicamente demostrado que la mejor manera de conservar el patrimonio subacuático es bajo el agua, gracias a una tasa de deterioro baja y a la escasez de oxígeno. Como lo señala Bolt:

Un objeto que se saca del fondo del mar luego de haber permanecido sumergido durante largo tiempo en agua salada, corre el riesgo de deteriorarse rápidamente si se lo pone en contacto con el aire antes de someterlo a un tratamiento adecuado. En 1840, cuando se vendieron en subasta privada los objetos recuperados del famoso pecio del *Mary Rose*, se observó por primera vez que las balas de cañón de hierro, que pesaban 32 libras cuando se las descubrió, habían conservado sólo 19 libras tras haber estado expuestas al aire durante cierto tiempo, y se habían calentado y oxidado. Además, la sal del agua del mar en la que habían estado sumergidas se había cristalizado al secarse, destruyendo aún más la estructura del metal. Se descubrió que esto ocurría no sólo con el metal, sino también con la cerámica y la madera.⁴⁰

Con el principio de la conservación *in situ* entonces, se subraya la importancia del interés histórico, arqueológico y cultural de estos bienes, por encima de su valor económico;⁴¹ en otras palabras, a partir de la Convención de la UNESCO, los Estados no serán libres de ignorar el interés de la Comunidad Internacional de preservar este patrimonio.⁴²

En todo caso, si bien la Convención con esta norma no pretende prohibir con carácter absoluto la extracción de este patrimonio, sí exige que en tal caso, la extracción se haga acorde con las técnicas que aseguren su mantenimiento y conservación, en beneficio de toda la humanidad. No obstante, insiste en que la mejor manera de alcanzar este objetivo es mediante la conservación *in situ* de este patrimonio.

Un segundo principio, complementario del anterior, consiste en prohibir la explotación comercial, con fines de lucro o meramente especulativos, del

³⁹ Véase el artículo 2, incisos 3, 4 y 5 de la Convención de la UNESCO de 2001.

⁴⁰ BOLT, Jean-Yves. *L'histoire engloutie ou l'archéologie sous-marine*. París, 1995, p. 104.

⁴¹ UNESCO. *Ob. cit.*, p. 10.

⁴² FRANCONI, Francesco. "The Role of International Law in the Protection of Cultural Heritage". En: CAMARDA, Guido y Tullio SCOVAZZI. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage*. Milán: Giuffrè Editore, 2002, pp. 3-4.

patrimonio cultural subacuático.⁴³ Esta prohibición pretende evitar la realización de transacciones, operaciones de compra, venta o trueque como bien comercial de tales bienes así como los actos de pillaje y piratería, con la consecuente dispersión de los elementos que forman parte del patrimonio. Se trata en consecuencia, de prohibir la aplicación del principio vigente hasta la aprobación de la Convención de la UNESCO en el 2001 consistente en que “el primero que llega, es el primero que se sirve”.⁴⁴

Un tercer principio, establece un deber de cooperación y colaboración entre todos los Estados involucrados con el patrimonio cultural subacuático,⁴⁵ es decir, entre el Estado Territorial o ribereño, el Estado del pabellón, el Estado de origen del patrimonio y otros Estados vinculados, a efectos de evitar o atenuar cualquier posible repercusión negativa de actividades bajo su jurisdicción que afecten de manera gratuita este patrimonio. En este sentido, la Convención dispone la posibilidad de suscribir acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales a efectos de que la protección del patrimonio cultural subacuático sea consistente e integral.⁴⁶ Por último, este principio incluye también el deber de los Estados de intercambiar información.

Un cuarto y último principio impone a los Estados el deber de sensibilizar, capacitar y formar a sus funcionarios y a la población en general sobre la importancia de preservar este patrimonio y particularmente en aspectos vinculados a la arqueología subacuática. Esta labor de sensibilización implica el acceso responsable y no perjudicial del público al patrimonio cultural subacuático *in situ*, con fines de observación o documentación, así como la suscripción de convenios de colaboración entre los Estados Partes.⁴⁷

Estos cuatro principios generales, de base fundamentalmente consuetudinaria, son complementados por un conjunto de disposiciones específicas, muchas de las cuales han implicado una toma de posición sobre temas hasta ese momento polémicos y controvertidos. A estos preceptos nos referimos, en el siguiente punto.

4.3. Disposiciones Específicas de la Convención

La Convención de la UNESCO de 2001 consagra un conjunto de derechos y obligaciones para las partes interesadas en la protección del patrimonio cultural subacuático. Para tal efecto, la Convención establece reglas específicas en cada una de las zonas marítimas consagradas en la Convención de las Naciones Unidas

⁴³ Artículo 2, inciso 7 de la Convención de la UNESCO.

⁴⁴ SCOVAZZI, Tullio. *Ob. cit.*, 2002, p. 131.

⁴⁵ Véase el artículo 2, inciso 2 de la Convención de la UNESCO.

⁴⁶ SCOVAZZI, Tullio. *Ob. cit.*, 2002, pp. 127-128.

⁴⁷ Artículo 2, inciso 10 de la Convención de la UNESCO.

sobre el Derecho del Mar, señalando en cada caso, los derechos y deberes del Estado ribereño así como de los demás Estados vinculados.

4.3.1. Aguas Interiores, Archipelágicas y Mar Territorial

La primera zona regulada por la Convención de la UNESCO es aquella compuesta por la aguas interiores, archipelágicas y el mar territorial.⁴⁸ Si bien la UNESCO puso en claro que no tenía como meta regular las actividades desarrolladas bajo la soberanía de los Estados Partes, se trataba en realidad de ordenar y aplicar criterios comunes entre éstos, que usualmente poseen una regulación diversa y heterogénea en relación a la protección del patrimonio cultural.⁴⁹ Precisamente, por esa razón, se establece la obligación de los Estados Partes de velar por la aplicación en su mar territorial, aguas interiores y archipelágicas de las normas contenidas en el anexo.⁵⁰ Entonces, en modo alguno, se busca restringir la soberanía de los Estados. Esto queda evidenciado en el artículo 7 de dicha Convención, el mismo que establece:

1. En el ejercicio de su soberanía, los Estados Partes tienen el derecho exclusivo de reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en sus aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial.
2. Sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y normas de derecho internacional aplicables a la protección del patrimonio cultural subacuático, los Estados Partes exigirán que las Normas se apliquen a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático situado en sus aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial.

De la lectura y análisis del artículo transcrito, se pueden extraer tres conclusiones básicas. En primer lugar que, siguiendo lo dispuesto por la costumbre internacional, la Convención de la UNESCO parte por afirmar la soberanía del Estado ribereño sobre sus aguas interiores, mar territorial y aguas

⁴⁸ De acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, las *aguas interiores* son las aguas situadas al interior de la línea de base del mar territorial de un Estado (artículo 8, párrafo 1); el *mar territorial* es la franja de mar adyacente a las costas de un Estado ribereño no mayor de 12 millas marinas sobre la que éste ejerce su soberanía (artículo 3); mientras que las *aguas archipelágicas* son aquellas aguas encerradas por las líneas de base archipelágicas trazadas de conformidad con el artículo 47 de la Convención (artículo 49). Para tal efecto se entiende por *archipiélago* un grupo de islas, incluidas las aguas que las conectan y otros elementos naturales relacionados.

⁴⁹ GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2003, p. 133.

⁵⁰ CARDUCCI, Guido. "The expanding protection of the underwater cultural heritage: The new UNESCO Convention versus existing international law". En: CAMARDA, Guido y Tullio SCOVAZZI. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage*. Milán: Giuffré Editore, 2002, p. 188.

archipelágicas.⁵¹ Por esta razón, le otorga el derecho exclusivo y excluyente de reglamentar y autorizar en dichas zonas cualquier actividad sobre el patrimonio cultural subacuático;⁵² con lo cual, terceros Estados carecen de competencia para entrometerse en las decisiones adoptadas por el Estado ribereño.

En segundo lugar y teniendo nuevamente en cuenta la soberanía del Estado ribereño sobre las tres zonas antes mencionadas, se establece la capacidad discrecional de éste para informar al Estado del Pabellón y a los demás Estados interesados sobre hallazgos ocurridos en su mar territorial y aguas archipelágicas, con exclusión por supuesto, de las aguas interiores. En otras palabras, aquí no existe deber de información por parte del Estado ribereño, sino más bien se trata de un acto voluntario del Estado, conforme se deriva del modo condicional con el que se redacta el artículo (“debería informar”). Esta facultad discrecional no ha estado exenta de críticas, pues muchos consideran que excede los poderes que los Estados ribereños ejercen en la práctica;⁵³ sin embargo, la mayoría de los Estados participantes en la Conferencia de la UNESCO optó por consagrar una fórmula que resguardara a toda costa la soberanía del Estado sobre las tres zonas marítimas señaladas.

En tercer lugar, si bien queda claro que el patrimonio cultural subacuático encontrado en estas zonas pertenece al Estado ribereño o territorial, con excepción obviamente de las naves o aeronaves de Estado, el artículo 7 transcrito mantiene silencio en relación a los hallazgos que en estas zonas puedan llevar a cabo terceros Estados. Esta omisión podría entenderse por el hecho de que los buques de terceros Estados no estarían en condición de llevar a cabo ningún hallazgo, en tanto el Derecho Internacional solo les concede el derecho de paso inocente, es decir, la posibilidad de atravesar rápida e ininterrumpidamente por dicho territorio.⁵⁴ En todo caso, el artículo 18, inciso 1 de la Convención de la UNESCO llena este vacío, al permitir que el Estado ribereño detenga el buque e incaute los elementos del patrimonio cultural subacuático situado en su territorio, que hubieran sido recuperados por otros Estados de manera no conforme a dicha Convención.⁵⁵

En síntesis, como afirma Garabello, el Estado ribereño en relación al patrimonio cultural subacuático, goza de tres poderes en su mar territorial, en sus aguas interiores y archipelágicas: el poder de legislar, el poder de recuperar el

⁵¹ GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2003, p. 136.

⁵² AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 241.

⁵³ GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2003, p. 135.

⁵⁴ PARDO, Fernando. “Los casos del Mar Territorial, Zona Contigua, Plataforma Continental y Zona Económica Exclusiva”. En: NAMIHAS, Sandra (editora). *Derecho del Mar. Análisis de la Convención de 1982*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Sociedad Peruana de Derecho Internacional / Instituto de Estudios Histórico-Marítimos, 2001, pp. 111-116.

⁵⁵ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, pp. 246-247.

patrimonio cultural indebidamente extraído de su territorio y el poder de decidir si informa de los hallazgos ocurridos en dichas zonas.⁵⁶

Sin embargo, paralelamente, el Estado ribereño tiene el deber de no utilizar su territorio, incluidos sus puertos marítimos e islas artificiales, instalaciones y estructuras bajo su jurisdicción, en apoyo de cualquier actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático que no esté de conformidad con la presente Convención.⁵⁷ Con lo cual, se logra un perfecto balance y armonía entre los derechos y obligaciones del Estado ribereño, al mantener intacta su soberanía en estas tres zonas pero, a la vez, exigirle un comportamiento acorde con los intereses de la Comunidad Internacional, plasmados en los principios y demás normas contempladas en la Convención.

4.3.2. Zona Contigua

Desde un inicio, existió un gran debate entre los delegados que asistieron a la Conferencia de la UNESCO en relación a qué hacer con la zona contigua, que va de la milla 12 a la 24. Algunos consideraban que la zona contigua debía regirse por las mismas reglas contempladas para el mar territorial, la aguas interiores y archipelágicas; sin embargo, otro sector, siguiendo el proyecto ILA de 1994, entendía que la zona contigua debía mas bien regirse por las mismas reglas contempladas para la zona económica exclusiva.⁵⁸ Tras un largo debate, finalmente se arribó a una fórmula de consenso bastante escueta, que despierta algunos problemas de interpretación aunque también permite encontrar soluciones. El artículo 8 de la Convención señala lo siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 y con carácter adicional a lo dispuesto en los mismos y de conformidad con el párrafo 2 del artículo 303 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los Estados Partes podrán reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su zona contigua. Al hacerlo, exigirán que se apliquen las Normas.⁵⁹

El artículo en cuestión —por insistencia de las delegaciones del Perú, Japón, Grecia, España, entre otras—⁶⁰ parte por referirse a la Convención del Mar de 1982, la misma que en su artículo 303, inciso 2 establece la presunción legal, según la cual, la remoción de objetos arqueológicos e históricos de la zona contigua sin la autorización del Estado ribereño, constituye una infracción del

⁵⁶ GARABELLO, Roberta. *La Convenzione UNESCO Sulla Protezione del Patrimonio Culturale Subacqueo*. Milán: Giuffré Editore, 2004, p. 149.

⁵⁷ Artículo 15 de la Convención de la UNESCO.

⁵⁸ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 250.

⁵⁹ Cuando la Convención de la UNESCO de 2001 hace referencia a las “Normas”, está aludiendo a las disposiciones contenidas en ella, incluyendo sus anexos.

⁶⁰ GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2003, p. 137.

Derecho Internacional.⁶¹ Esta norma a su vez se complementa con el artículo 8 antes transcrito, al reconocerse al Estado ribereño el poder de reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su zona contigua.⁶²

En otras palabras, se consagra prácticamente el mismo régimen que en el mar territorial, las aguas interiores y archipelágicas, incluyendo lo relativo a la titularidad de estos bienes culturales (art. 8).⁶³ La única diferencia estaría dada por el hecho de que en la zona contigua la reglamentación por parte del Estado ribereño es potestativa de éste, mientras que en el mar territorial, el Estado ribereño tiene este derecho en forma exclusiva y excluyente.

Lo que no queda claro sin embargo, es esa extraña referencia a que lo dispuesto en el artículo 8, no perjudica lo señalado en los artículos 9 y 10, relativos a la zona económica exclusiva y a la plataforma continental. Esta referencia ha dado pie a que un sector de la doctrina cuestione la identidad de regímenes entre la zona contigua y el mar territorial, señalando más bien que la identidad estaría dada entre la zona contigua y la zona económica exclusiva.⁶⁴ Incluso, esta referencia fue una de las causas por las cuales Grecia se abstuvo de votar a favor de la Convención, considerando que se abría peligrosamente la posibilidad de aplicar a la zona contigua el régimen imperante en la zona económica exclusiva.⁶⁵

No obstante, si bien creemos que esta referencia era innecesaria y como vemos, inconveniente, entendemos al igual que el resto de la doctrina, confirmada

⁶¹ STRATI, Anastasia. *The protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objecting of the Contemporary Law of the Sea*. La Haya, 1995.

⁶² Es interesante señalar que un sector de la doctrina considera que el poder del Estado ribereño de regular y autorizar actividades en la zona contigua sobre el patrimonio cultural subacuático si bien, no constituye aún una costumbre, si implica la cristalización de una norma general emergente (efecto cristalizador). En otras palabras, el artículo 8 de la Convención de la UNESCO habría transformado una regla de *lege ferenda* en una de *lege lata*. En este sentido véase GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2004, p. 174.

⁶³ *Ibid.*, p. 173.

⁶⁴ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 256. Véase también BOESTEN, E. *Archaeological and/or Historical Shipwrecks in International Water: Public International Law and What it offers*. La Haya, 2002, p. 161.

⁶⁵ El 29 de octubre del 2001, Grecia emitió la siguiente declaración: “Greece fails to understand the appearance in article 8 (“underwater cultural heritage in the contiguous zone”) of the reference to articles 9 and 10 concerning protection of UCH on the continental shelf and in the exclusive economic zone (EEZ). [...] the introduction of the aforementioned system of consultations in the protective scheme adopted for the contiguous zone is unfortunate. The reference in article 8 to articles 9 and 10 should be deleted as it diminishes the rights, which the coastal State already enjoys in the area under article 3003(2) of the LOS Convention”.

por la práctica estatal, que se trata de un reenvío meramente formal, infeliz y sin mayor contenido.⁶⁶

4.3.3. Zona Económica Exclusiva y Plataforma Continental

El gran vacío legal existente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con el patrimonio cultural subacuático, fue la ausencia de regulación entre el límite exterior de las 24 millas náuticas y la zona de altamar.⁶⁷ En ese espacio, donde se encuentra una gran parte del patrimonio cultural subacuático, los derechos y obligaciones de los Estados no venían resueltos claramente por el derecho en vigor.⁶⁸

Precisamente, la Convención de la UNESCO pretende llenar este vacío, estableciendo un conjunto de disposiciones comunes para la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Al respecto, nos refiere De Yturriaga:

En el curso de la negociación se pusieron de manifiesto 3 posturas básicas: a) maximalista: plena competencia del Estado ribereño (G.77, Canadá, Australia, Grecia, Irlanda); b) minimalista: negación de competencia al Estado ribereño y libertad de acción del Estado del pabellón (mayoría de Estados “afines”); c) intermedia: reconocimiento de un estatuto preferente al Estado ribereño y necesidad de consultas entre los Estados interesados (Italia, Japón, España).⁶⁹

Fue precisamente, esta última postura, la que logró imponerse en la Conferencia. En efecto, los artículos 9 y 10 de la Convención de la UNESCO parten por señalar la obligación de todos los Estados de proteger el patrimonio cultural subacuático que se encuentra en ambas zonas marítimas, luego de lo cual consagra tres principios rectores:

En primer lugar, se faculta al Estado ribereño a prohibir o a autorizar cualquier actividad dirigida al patrimonio ubicado en su zona económica exclusiva o plataforma continental, a efectos de impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o de jurisdicción en dichas zonas.⁷⁰ Esta primera norma,

⁶⁶ GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2004, pp. 173 y 179.

⁶⁷ DE YTURRIAGA BARBERAN, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 457.

⁶⁸ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 249.

⁶⁹ DE YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 458.

⁷⁰ Artículo 10 de la Convención de la UNESCO: “1. No se concederá autorización alguna para una actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático situado en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental, salvo lo dispuesto en el presente artículo.

2. Un Estado Parte en cuya zona económica exclusiva o en cuya plataforma continental esté situado el patrimonio cultural subacuático tiene derecho a prohibir o a autorizar cualquier actividad dirigida a este patrimonio para impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o su jurisdicción reconocidos por el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

que tiene su origen en la costumbre internacional, pretende entonces resguardar los derechos soberanos y de jurisdicción de los cuales goza el Estado ribereño en su zona económica exclusiva y plataforma continental, conforme lo establece la Convención del Mar de 1982,⁷¹ aunque ello no implique otorgarle a éste la

3. Cuando tenga lugar un descubrimiento de patrimonio cultural subacuático situado en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental de un Estado Parte, o se tenga la intención de efectuar una actividad dirigida a dicho patrimonio cultural subacuático, ese Estado Parte:

- (a) consultará a todos los demás Estados Partes que hayan declarado un interés en virtud del párrafo 5 del Artículo 9 sobre la mejor manera de proteger el patrimonio cultural subacuático;
- (b) coordinará esas consultas como “Estado Coordinador”, a menos que declare expresamente que no desea hacerlo, caso en el cual los Estados Partes que hayan declarado un interés en virtud del párrafo 5 del Artículo 9 designarán a un Estado Coordinador.

4. Sin perjuicio de la obligación de todos los Estados Partes de proteger el patrimonio cultural subacuático mediante la adopción de todas las medidas viables conformes al derecho internacional, con el fin de impedir todo peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, incluido el saqueo, el Estado Coordinador podrá adoptar todas las medidas viables y/o conceder cualquier autorización que resulte necesaria de conformidad con la presente Convención y, de ser necesario, con anterioridad a las consultas, con el fin de impedir cualquier peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, ya sea ocasionado por la actividad humana o por cualquier otra causa, incluido el saqueo. Al adoptar tales medidas se podrá solicitar la asistencia de otros Estados Partes.

5. El Estado Coordinador:

- (a) pondrá en práctica las medidas de protección que hayan sido acordadas por los Estados que participen en la consulta, que incluyen al Estado Coordinador, a menos que los Estados que participen en la consulta, que incluyen al Estado Coordinador, acuerden que otro Estado Parte pondrá en práctica esas medidas;
- (b) expedirá todas las autorizaciones necesarias con respecto a las medidas así acordadas de conformidad con las Normas, a menos que los Estados que participen en la consulta, que incluyen al Estado Coordinador, acuerden que otro Estado Parte expedirá esas autorizaciones;
- (c) podrá realizar toda investigación preliminar que resulte necesaria en el patrimonio cultural subacuático y expedirá todas las autorizaciones necesarias a tal fin, y transmitirá sin demora los resultados de tal investigación al Director General quien, a su vez, comunicará esas informaciones sin demora a los demás Estados Partes.

6. Al coordinar las consultas, adoptar medidas, realizar una investigación preliminar y/o expedir autorizaciones en virtud del presente artículo, el Estado Coordinador actuará en nombre de los Estados Partes en su conjunto y no en su interés propio. Esta acción en sí no podrá ser invocada para reivindicar derecho preferente o jurisdiccional alguno que no esté reconocido por el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

7. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 del presente artículo, no se efectuará ninguna actividad dirigida a un buque o aeronave de Estado sin el acuerdo del Estado del pabellón y la colaboración del Estado Coordinador”.

⁷¹ GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2004, p. 252.

titularidad sobre el patrimonio cultural subacuático localizado en estas zonas (arts. 9 y 10). Sin embargo, no es la única disposición.

En efecto, en segundo lugar, la Convención de la UNESCO establece que en caso de peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, el Estado pueda adoptar todas las medidas viables que resulten necesarias para proteger dicho patrimonio. Este sistema de *medidas provisionales* que fuera propuesto por Italia, no solo logra una vez más resguardar los derechos del Estado ribereño sino también ubicar la protección urgente del patrimonio cultural subacuático por encima de cualquier otra obligación, incluyendo el deber de consultas impuesto por la Convención, al que nos referiremos más adelante.⁷²

En relación a estos dos preceptos habría que señalar que, si bien es cierto, existía en muchos países asistentes a la Conferencia de la UNESCO, el temor de reconocer en la zona económica exclusiva derechos adicionales a favor del Estado ribereño, de los ya reconocidos por la Convención del Mar de 1982 —cosa que no sucedió— el compromiso final —como puede observarse— terminó por aceptar un rol preponderante del Estado ribereño.⁷³ Sin embargo, al mismo tiempo y a partir de ello, los derechos del Estado ribereño sobre el patrimonio cultural hallado en su zona económica exclusiva o en su plataforma continental se “colectivizan”.⁷⁴

Efectivamente, la Convención de la UNESCO establece un complejo sistema de notificaciones y consultas, en virtud del cual, cada Estado Parte debe exigir que sus nacionales o buques que descubran patrimonio cultural subacuático en su zona económica exclusiva o en su plataforma continental, se lo notifiquen, a efectos de que éste también cumpla con notificar al resto de Estados Partes —a través del Director General de la UNESCO— los hallazgos producidos, de forma tal de asegurar que todos los Estados vinculados cultural, histórica o arqueológicamente con el hallazgo, participen de manera conjunta en la protección efectiva de ese patrimonio.⁷⁵ Para tal efecto, la Convención prevé la posibilidad de que los Estados Partes nombren un Estado Coordinador.⁷⁶

⁷² FORREST, C. “A new international regime for the protection of underwater cultural heritage”. En: *ICLQ*, N° 51, 2002, p. 544.

⁷³ Al respecto señala SCOVAZZI, Tullio. *Ob. cit.*, 2002, p. 123: “Una minoría de Estados asumió que la extensión de la jurisdicción de los Estados costeros habría alterado el delicado balance de derechos y obligaciones señalado en la Convención frente a otros Estados más allá del límite territorial, demostrándose que la negociación tenía problemas”.

⁷⁴ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 261.

⁷⁵ Artículo 9 de la Convención de la UNESCO: “1. Todos los Estados Partes tienen la responsabilidad de proteger el patrimonio cultural subacuático en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental de conformidad con la presente Convención.

En consecuencia:

(a) Un Estado Parte exigirá que cuando uno de sus nacionales o un buque que enarbore su pabellón descubra patrimonio cultural subacuático situado en su zona económica

En relación a este último precepto, Aznar Gómez considera que el sistema adoptado es innecesariamente complejo,

[...] fruto del *horror jurisdictionis* de determinados Estados a reconocer un papel preponderante al Estado ribereño. Éste, por su localización geográfica, aparece como el mejor capacitado para proceder a adoptar *cooperativamente* todas las medidas encaminadas a proteger el patrimonio cultural subacuático hallado en su zona económica exclusiva o plataforma continental, respetándose tanto sus derechos sobre los recursos de dichas zonas como los derechos soberanos de otros Estados, particularmente sobre sus buques y aeronaves de Estado. Sin embargo, a través de un complejo sistema de notificaciones, el procedimiento se complica cuando, en demasiadas ocasiones, lo que se requiere es una acción urgente [...].⁷⁷

Sin embargo, contrariamente a lo señalado por Aznar Gómez, nosotros creemos que:

exclusiva o en su plataforma continental o tenga la intención de efectuar una actividad dirigida a dicho patrimonio, el nacional o el capitán del buque le informe de ese descubrimiento o actividad.

- (b) En la zona económica exclusiva o en la plataforma continental de otro Estado Parte:
- (i) los Estados Partes exigirán que el nacional o el capitán del buque les informe e informe al otro Estado Parte de ese descubrimiento o actividad;
 - (ii) alternativamente un Estado Parte exigirá que el nacional o el capitán del buque le informe de ese descubrimiento o actividad y asegurará la transmisión rápida y eficaz de esa información a todos los demás Estados Partes.
2. Al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, un Estado Parte declarará la forma en que transmitirá la información prevista en el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.
3. Un Estado Parte notificará al Director General los descubrimientos o actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático que sean puestos en su conocimiento en virtud del párrafo 1 del presente artículo.
4. El Director General comunicará sin demora a todos los Estados Partes cualquier información que le sea notificada en virtud del párrafo 3 del presente artículo.
5. Todo Estado Parte podrá declarar al Estado Parte en cuya zona económica exclusiva o en cuya plataforma continental esté situado el patrimonio cultural subacuático, su interés en ser consultado sobre cómo asegurar la protección efectiva de ese patrimonio. Esa declaración deberá fundarse en un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, con el patrimonio cultural subacuático de que se trate”.

⁷⁶ Sobre este último punto, algunos países plantearon que el Estado Coordinador debía ser siempre el Estado ribereño, sin embargo, la oposición inicial de Alemania y España, y luego de Noruega, Estados Unidos y Gran Bretaña, impidieron que se consagrara esta propuesta, impuesta por la lógica geográfica, científica y técnica. Finalmente, se consagró una fórmula por la cual el Estado ribereño actúa como coordinador, salvo que expresamente renuncie a ello. Véase AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 261; DE YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 460.

⁷⁷ AZNAR, GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, pp. 263-264.

PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO

La fórmula prevista para la jurisdicción en la ZEE y la plataforma continental supone un compromiso razonable entre quienes pretendían establecer la jurisdicción plena del Estado ribereño y quienes negaban a éste cualquier competencia específica en materia de protección del patrimonio cultural subacuático.⁷⁸

Por lo demás, es esta misma fórmula transaccional la que se estableció con éxito en la Convención del Mar en lo referente a la zona económica exclusiva, compatibilizando los intereses del Estado ribereño con los de terceros Estados.

4.3.4. Zona Internacional de los Fondos Marinos

A diferencia de lo que ocurrió con la zona económica exclusiva y la plataforma continental, en la zona internacional de los fondos marinos no existió mayor discusión en relación a lo que sería su regulación.

En efecto, la Convención de la UNESCO partiría del principio sentado en el artículo 149 de la Convención del Mar, según el cual, “todos los objetos de carácter arqueológico o histórico hallados en la zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad”.⁷⁹ Se trataría en este caso, no de una simple obligación convencional de carácter bilateral o multilateral, sino de una verdadera obligación *erga omnes* contraída con toda la comunidad internacional,⁸⁰ según la cual los bienes culturales subacuáticos localizados en la zona pertenecen y deben ser aprovechados en beneficio de la humanidad en su conjunto.

A partir de este principio base, se establecería —a partir de una propuesta de Gran Bretaña y Canadá—⁸¹ un sistema de información y comunicación semejante al consagrado para la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

El artículo 11 de la Convención de la UNESCO señala, efectivamente, la obligación de los Estados Partes de exigir a sus nacionales o buques que le comuniquen cualquier hallazgo hecho en la zona, a efectos de transmitir esta información al Director General de la UNESCO y al Secretario General de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y, a través del primero de éstos, a los demás Estados Partes. Con esta comunicación se busca asegurar la protección efectiva del patrimonio cultural subacuático en la zona con la participación de todos los Estados vinculados al mismo. De igual forma, el involucramiento de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, creada a partir de la Convención del Mar de 1982, no sólo pone una vez más en evidencia el carácter de instrumento complementario que posee la Convención de la UNESCO en relación a la Convemar, sino que también añade una nueva competencia a la Autoridad

⁷⁸ DE YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 466.

⁷⁹ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 265.

⁸⁰ CARDUCCI, Guido. *Ob. cit.*, p. 204.

⁸¹ DE YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 461.

Internacional; esto es, a su deber de vicaria de los recursos en la zona, se le agrega el velar por el patrimonio arqueológico o histórico subacuático existente en beneficio de toda la humanidad, lo cual resulta altamente positivo, en tanto permitirá conjugar en el futuro la explotación de los fondos marinos, con la conservación y preservación del patrimonio cultural subacuático.

Existe, sin embargo, una referencia en el artículo 11 de la Convención al hecho de no olvidar los “derechos preferentes” de los Estados de origen cultural, histórico o arqueológico. No obstante, no se aclara en qué consisten esos derechos preferentes. Al respecto, la doctrina entiende que estos derechos preferentes podrían traducirse en la elección de dichos Estados como Estados coordinadores o, darles prelación a la hora de formular consultas, adoptar medidas y expedir autorizaciones en relación al patrimonio hallado.⁸²

4.4. El Caso de los Buques y Aeronaves de Estado

El tema de los buques y aeronaves de Estado fue uno de los más controvertidos de la reunión que dio lugar a la aprobación de la Convención de la UNESCO. Se suscitó al interior una gran oposición entre las antiguas y nuevas potencias navales (España, Francia, Gran Bretaña, Rusia y Estados Unidos) sobre las prerrogativas que debían atribuirse al Estado ribereño y al Estado de pabellón respecto de estos bienes. No obstante, finalmente se arribó a ciertos consensos.

En primer lugar, no obstante la inicial oposición del Grupo de los 77, se llegó a un acuerdo para comprender en la Convención no sólo a las naves y aeronaves de guerra sino en general a las naves y aeronaves de Estado. Se entiende por buques y aeronaves de Estado los buques y aeronaves de guerra pero también otros navíos o aeronaves pertenecientes a un Estado o utilizados por él y que, en el momento de su hundimiento, fueron utilizados únicamente para un servicio público no comercial, correspondiendo a la definición de patrimonio cultural subacuático.⁸³

Si bien esta definición no está exenta de problemas,⁸⁴ lo cierto es que en términos generales corresponde a la definición impuesta por la práctica internacional.

⁸² AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ibid.*, p. 269; GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2004, p. 296.

⁸³ Artículo 1, inciso 8 de la Convención de la UNESCO.

⁸⁴ Por ejemplo, al referirse al hecho de que el buque debe haber prestado un servicio público no comercial, se está excluyendo a los *privateers* y a los diversos buques comerciales que a lo largo de la historia se artillaban para su propia defensa. Asimismo, al señalar que los buques o aeronaves de Estado sean identificados como tales, resulta difícil que ello ocurra en el caso de un *trirreme* romano, de un *drakkar* vikingo, o de una *carabela* castellana. Véase al respecto AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 279.

Por otro lado, luego de establecida la definición, la Convención de la UNESCO consagra una cláusula de salvaguarda, en el sentido de que sus disposiciones no modifican lo dispuesto por el Derecho Internacional General y la práctica de los Estados en relación a la inmunidad soberana y derechos de los que goza el Estado del pabellón respecto de sus buques o aeronaves de Estado.⁸⁵

Como se sabe, la práctica general observada por los Estados nos dice que el Estado del pabellón es el propietario de sus buques y aeronaves aún hundidos. Así, basados en este principio, Estados Unidos conservó su título sobre el *Alabama*, Francia sobre *La Belle*, España sobre el *Juno* y la *Galga*, Gran Bretaña sobre el *Binkerhead*, el *Erebus*, el *Terror* o la *Sussex*, Rusia perdió su título sobre el *Almirante Nakhimov*, entre otros.⁸⁶ En igual sentido tenemos la jurisprudencia interna de diversos Estados, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del 20 de febrero de 2001 sobre la fragata española *La Galga de Andalucía*, hundida en las costas de Virginia.⁸⁷ Por tanto, la Convención de la UNESCO no altera lo dispuesto por el Derecho Internacional General en relación a la soberanía de los Estados sobre sus buques o aeronaves, aun después de hundidos. Incluso, esta inmunidad se extiende a los hallazgos efectuados por estos buques. Por esta razón, la Convención de la UNESCO señala que los buques de guerra y otros buques gubernamentales o aeronaves militares que sean utilizados con fines no comerciales no estarán obligados a comunicar descubrimientos de patrimonio cultural subacuático en la zona económica exclusiva, en la plataforma continental o en la zona internacional de los fondos marinos.⁸⁸

Finalmente, en tercer lugar, la Convención de la UNESCO establece diversas disposiciones sobre los buques y aeronaves de Estado, según la zona marítima en que se encuentren. Así, en el mar territorial, aguas archipelágicas y aguas interiores, el Estado ribereño debería (en condicional) informar al Estado del pabellón y demás Estados vinculados el descubrimiento de buques y aeronaves de Estado en dichas zonas.⁸⁹ En la zona económica exclusiva y en la plataforma continental se señala la prohibición de efectuar alguna actividad dirigida a un buque o aeronave de Estado que no cuente con el acuerdo del Estado del pabellón y la colaboración del Estado coordinador.⁹⁰ Finalmente, en la zona internacional de los fondos marinos se establece una disposición similar a la anterior.⁹¹ En consecuencia, la obligación de informar el hallazgo de un buque o aeronave de Estado y de contar con el consentimiento del Estado del pabellón para realizar cualquier actividad sobre éste, opera tan sólo a partir del límite exterior del mar territorial, pues al interior de éste la obligación se transforma en mera cortesía.

⁸⁵ Artículo 2, inciso 8 de la Convención de la UNESCO.

⁸⁶ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 281.

⁸⁷ DE YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 467.

⁸⁸ Artículo 13 de la Convención de la UNESCO.

⁸⁹ Artículo 7, inciso 3 de la Convención de la UNESCO.

⁹⁰ Artículo 10, inciso 7 de la Convención de la UNESCO.

⁹¹ Artículo 12, inciso 7 de la Convención de la UNESCO.

4.5. El Salvamento Marítimo

Otro importante tema regulado por la Convención de la UNESCO de 2001, es el del salvamento marítimo. Como se sabe, la institución del salvamento marítimo es recogida por algunos países pertenecientes al *common law*, quienes consideran que se trata en realidad de un viejo principio del Derecho Internacional. Contrariamente, la mayoría de países que pertenecen al sistema romano-germánico, desconocen esta institución o, al menos, entienden que se trata de un precepto recogido única y exclusivamente por el derecho interno de algunos Estados.⁹²

La Convención de la UNESCO, siguiendo esta última tendencia y respaldada por la gran mayoría de los países participantes en la negociación del referido instrumento internacional, establece como principio general, la exclusión del salvamento marítimo respecto del patrimonio cultural subacuático. En efecto, en su artículo 4, la Convención señala que “ninguna actividad relacionada con el patrimonio cultural subacuático ... estará sujeta a las normas sobre salvamentos y hallazgos”.⁹³

No obstante la cerrada defensa que la delegación de los Estados Unidos hizo en dicha oportunidad respecto del *salvage law* —en atención a las distintas empresas norteamericanas buscadoras de tesoros— lo cierto es que la mayoría de países como el Perú,⁹⁴ lograron imponerse, pues se entendía que las normas del salvamento marítimo no resultan compatibles ni favorables a la protección del patrimonio cultural subacuático.

Así, no debe perderse de vista que el objetivo principal del salvamento marítimo es *recuperar* el patrimonio y no preservarlo *in situ*, que es precisamente el fin que persigue la Convención de la UNESCO. Adicionalmente, el salvamento marítimo opera respecto de un *patrimonio en peligro*, lo que tampoco se presenta en este caso, pues los restos ya hundidos no están en peligro; por el contrario, su permanencia en el fondo del mar garantiza su conservación y mantenimiento.⁹⁵ De igual forma, el salvamento marítimo implica la obtención de una *recompensa*

⁹² GARABELLO, Roberta. *Ob. cit.*, 2003, p. 123.

⁹³ BEDERMAN, D. J. “The UNESCO Draft Convention on Underwater Cultural Heritage: A Critique and Counter-Proposal”. En: *Journal of Maritime Law and Commerce*. N° 30, 1999, pp. 341-345. En el mismo sentido se pronunció el Proyecto ILA de 1994: “Underwater cultural heritage to which this Convention applies shall not be subject to the law of salvage”. En el caso del salvamento marítimo, este se aplica a naves en peligro, mientras que las normas sobre hallazgos se aplican a naves abandonadas o hundidas. Véase CARDUCCI, Guido. “The Crucial compromise on salvage law and the law of finds”. En: GARABELLO Roberta y Tullio SCOVAZZI. *The Protection of the Underwater Cultural Heritage. Before and after the 2001 UNESCO Convention*. Leyden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 193.

⁹⁴ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 288. Véase también SCOVAZZI, Tullio. *Ob. cit.*, 2002, p. 121.

⁹⁵ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 290.

que suele oscilar entre el 10 y el 20% del valor de la propiedad salvada, mientras que en la Convención de la UNESCO, la voluntad de acceder a los restos no es otra que la de analizarlos, evaluarlos histórica, cultural y arqueológicamente, y preservarlos, sin ningún afán comercial.⁹⁶ Asimismo, los *salvors*, difieren de los arqueólogos en su metodología, pues adoptan criterios de eficiencia económica, evitando utilizar procedimientos que consuman excesivo tiempo, lo que muchas veces determina la dispersión o deterioro de los objetos rescatados del mar.⁹⁷ Por si esto fuera poco, también debe señalarse que las normas del salvamento marítimo no han sido recogidas por el Derecho Internacional General; incluso, a nivel interno, las legislaciones nacionales que lo contemplan difieren entre sí, más allá de los infructuosos intentos de la doctrina⁹⁸ y jurisprudencia norteamericanas,⁹⁹ por señalar lo contrario. Todo lo cual nos indica que la inaplicación de las reglas de salvamento marítimo al patrimonio cultural subacuático resulta a todas luces acertada y conveniente.

En todo caso, este principio general admite una excepción que está constituida por tres requisitos que deben estar presentes de manera conjunta, antes, durante y después de la operación de salvamento:¹⁰⁰ a) que las operaciones de salvamento sean permitidas por las autoridades competentes, con lo cual desaparece uno de los componentes del acto de salvamento, cual es, la espontaneidad del mismo; b) que las operaciones sean compatibles con las disposiciones de la Convención de la UNESCO; y c) que las operaciones se realicen con la máxima protección de dicho patrimonio.¹⁰¹ De esto se concluye que las condiciones impuestas para que opere la excepción son más que suficientes para garantizar la conservación del patrimonio cultural subacuático.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 64, 65, 69 y 70.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 73-74.

⁹⁸ Véase por ejemplo BARROWMAN, E. “The Recovery of Shipwrecks in International Waters: A Multilateral Solution”. En: *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, N° 8, 1988, pp. 231 y ss.; FRY, J.P. “The Treasure Below: Jurisdiction over Salvaging Operations in International Waters”. En: *Columbia Law Review*, N° 88, 1988, pp. 863 y ss.

⁹⁹ Este es el caso de la Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de 1999, en el Asunto Titanic Inc. vs. Haver donde se dijo lo siguiente: “The body of admiralty law referred to in Article III (de la Constitución de los Estados Unidos) did not depend on any express or implied legislative action. Its, existence, rather, preceded the adoption of the Constitution. It was the well-known and well-developed “venerable law of the sea” which arose from the custom among “seafaring men” [...], and which enjoyed “international comity” [...] Nations have applied this body of maritime law for 3,000 years or more”. Véase AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 57.

¹⁰⁰ CARDUCCI, Guido. *Ob. cit.*, 2003, p. 195.

¹⁰¹ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, p. 288.

4.6. Obligaciones y Mecanismos para hacer efectiva la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático

La Convención de la UNESCO de 2001, contiene un conjunto de disposiciones destinadas a hacer realidad la protección del patrimonio cultural subacuático.

Así, en primer lugar, establece la obligación a cargo de los Estados Partes de tomar medidas para *impedir la entrada* en su territorio, así como *el comercio y la posesión* de patrimonio cultural subacuático, exportado ilícitamente y/o recuperado en forma contraria a la presente Convención.¹⁰²

En segundo lugar, habilita a los Estados a imponer *sanciones* a aquellos que infrinjan la referida Convención, las mismas que deben ser suficientemente severas, a efectos de lograr el cumplimiento de sus disposiciones y desalentar la comisión de infracciones, debiendo privarse además a los infractores de los beneficios derivados de sus actividades ilícitas.¹⁰³

En tercer lugar y sobre esto último, la Convención de la UNESCO establece que cada Estado Parte adoptará medidas destinadas a la *incautación* de elementos de patrimonio cultural subacuático, situados en su territorio, que hayan sido recuperados de manera incompatible con la presente Convención. Hecha la incautación, ésta debe ser notificada al Director General de la UNESCO y a cualquier otro Estado que tenga un vínculo verificable de índole cultural, histórico o arqueológico con el patrimonio objeto de la medida. Asimismo, el Estado que lleve adelante la incautación velará por su mantenimiento y conservación así como por la necesidad de reunir las colecciones dispersas.¹⁰⁴

Complementariamente a los mecanismos de sanción, incautación e impedimento de entrada, la Convención de la UNESCO considera la formación y sensibilización del público como un instrumento idóneo para alcanzar la aplicación efectiva de la misma. En tal sentido, dispone la obligación de cada Estado Parte de realizar campañas destinadas a que la opinión pública tome conciencia del valor y la relevancia del patrimonio cultural subacuático así como de la importancia que tiene su protección. También consagra la obligación de los Estados de capacitar a sus nacionales en arqueología subacuática, en técnicas de preservación del patrimonio cultural subacuático y en la transferencia de tecnología relativa a este tema.¹⁰⁵

Finalmente, como mecanismo efectivo de fiscalización interna, la Convención de la UNESCO dispone que antes de iniciarse cualquier actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático, se elaborará un proyecto correspondiente, cuyo

¹⁰² Véase el artículo 14 de la Convención de la UNESCO de 2001.

¹⁰³ Véase el artículo 17 de la Convención de la UNESCO de 2001.

¹⁰⁴ Véase el artículo 18 de la Convención de la UNESCO de 2001.

¹⁰⁵ Véase los artículos 20 y 21 de la Convención de la UNESCO de 2001.

plan se presentará a las autoridades internas competentes para su aprobación y autorización.¹⁰⁶

De esta manera, creemos, se dota a los Estados Partes de variados mecanismos para lograr el respeto y fiel cumplimiento de las disposiciones de la Convención.

4.7. Relación entre la Convención de la UNESCO y otras Convenciones sobre la materia

Resulta importante establecer las posibles relaciones que pueden presentarse entre la Convención de la UNESCO de 2001 y otras Convenciones bilaterales o multilaterales, regionales o universales que existen sobre la materia. En este sentido, son cuatro los niveles de relación regulados:

Una primera posibilidad está dada por la relación que puede darse entre la Convención de la UNESCO y las disposiciones del Derecho Internacional General relativas a este tema. Al respecto, se establece que nada de lo dispuesto en la Convención del 2001 menoscabará los derechos ni las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del Derecho Internacional General, y además que la interpretación y aplicación de aquella debe también guardar conformidad con lo dispuesto en este ordenamiento.¹⁰⁷

Una segunda posibilidad de relación puede darse entre la Convención de la UNESCO y las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. En este supuesto, se consagra la misma regulación señalada en el acápite anterior para el Derecho Internacional General.¹⁰⁸

Una tercera posibilidad estaría dada entre la Convención de la UNESCO y otros acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales concertados con anterioridad a ésta, como es el caso del Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación de 1976, del Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas del Mediterráneo de 1982 y revisado en 1995, o del Protocolo de Kingston de 1990. En este caso, se plantea que las disposiciones de la Convención de la UNESCO no modificarán los derechos ni las obligaciones consagradas en tales acuerdos.¹⁰⁹

Finalmente, una cuarta posibilidad alude a la relación entre la Convención de la UNESCO y acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales celebrados con posterioridad a ésta, en cuyo caso tales acuerdos deberán guardar conformidad

¹⁰⁶ Véase el anexo II. Este plan incluye, por ejemplo, los objetivos, las técnicas a ser empleadas, el plan de financiación, un programa de seguridad, una política relativa al medio ambiente, la composición del equipo, entre otros.

¹⁰⁷ Véase el artículo 3 de la Convención de la UNESCO.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Véase el artículo 6 de la Convención de la UNESCO.

con las disposiciones de dicha Convención, sin perjuicio de que en estos acuerdos se adopten normas y reglamentos que aseguren una mejor protección del patrimonio cultural subacuático que en la Convención del 2001.¹¹⁰ De esta manera, la Convención de la UNESCO llama al perfeccionamiento del sistema allí donde ya se está protegiendo este patrimonio y a la vez pretende motivar la conclusión de acuerdos en aquellas zonas en las que no se hayan adoptado medidas protectoras.¹¹¹

5. Perspectivas de la Convención y Futuros Desarrollos

A manera de conclusión, debemos insistir en la necesidad de tomar conciencia que:

Los mares y océanos de nuestro planeta esconden bajo sus aguas una parte importante del patrimonio histórico de la humanidad. Los restos que hoy empezamos a conocer ofrecen respuestas a nuestro pasado: ciudades enteras encontradas bajo el mar nos dibujan el modo de vida de antiguas civilizaciones, restos desperdigados por el lecho marino nos trazan antiguas rutas navales que unían social y comercialmente a pueblos lejanos entre sí, pecios semienterrados en los fondos marinos nos muestran los modelos de ingeniería naval de centurias pasadas, así como puertos, dársenas y artes de pesca milenarias se hallan aún hoy bajo las olas conservando, como *cápsulas del tiempo*, nuestro pasado cercano y remoto.¹¹²

Precisamente, la Convención de la UNESCO del 2001 representa sin duda un gran avance en la protección del patrimonio cultural subacuático, pues no sólo aclara o llena los vacíos dejados por la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 sino que también introduce un conjunto de nuevas reglas destinadas a preservar este patrimonio para la humanidad. Se trata por tanto, de un mínimo común denominador global, que no sólo admite sino que alienta a su perfeccionamiento a través de acuerdos regionales.¹¹³

Por lo demás, la aceptación de las normas contenidas en la Convención no solo se refleja en la abrumadora votación obtenida al momento de su aprobación,¹¹⁴ sino también en el proceso de ratificación que viene llevándose a

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, pp. 321-322.

¹¹² *Ibid.*, p. 21.

¹¹³ Artículo 6 de la Convención de la UNESCO: “1. Se alentará a los Estados Partes a celebrar acuerdos bilaterales, regionales u otros acuerdos multilaterales, o a perfeccionar los acuerdos existentes, con objeto de preservar el patrimonio cultural subacuático”.

¹¹⁴ DE YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 466.

cabo sobre todo y en múltiples acuerdos bilaterales que recogen sus principios, para dar solución a determinadas controversias.¹¹⁵

Este consenso alcanzado tiene una transcendencia particular si se toma en cuenta las diversas posiciones jurídicas existentes e intereses en juego en relación al patrimonio cultural subacuático: entre las antiguas potencias navales y los Estados nacidos de la descolonización, entre los Estados ribereños y los Estados del pabellón, entre los Estados exportadores de objetos culturales y aquellos que son típicamente importadores. A todos ellos habría que sumar los intereses de las empresas buscadoras de tesoros, de las compañías explotadoras de recursos minerales o pesqueros, de las sociedades arqueológicas o históricas, entre otros actores.¹¹⁶ Se trata entonces de un gran esfuerzo de negociación y de un buen punto de partida.

Todo lo expuesto nos permite concluir que nos encontramos frente a un documento de gran transcendencia que, no obstante sus limitaciones y desaciertos, está llamado a regular esta materia con carácter universal, protegiendo y preservando bienes de trascendencia histórica y arqueológica que finalmente forman parte de la historia de la humanidad.

¹¹⁵ AZNAR GÓMEZ, Mariano. *Ob. cit.*, pp. 323-324. Sobre esto último cabría referir por ejemplo, el acuerdo ya citado entre los Estados Unidos y Francia sobre el pecio de *La Belle*, en el cual se recogen los principios señalados en la Convención de la UNESCO, lo que evidencia la aceptación de este instrumento por Estados que aún no son parte del mismo.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 24.

