

## ESPAÑA

### LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO

#### Introducción

La controversia entre el Gobierno español y la compañía Odyssey Marine Exploration derivada del hallazgo y exportación por parte de ésta a Estados Unidos de un tesoro compuesto por escudos y reales españoles, ha puesto de actualidad y generado un agrio debate en torno a la suficiencia o insuficiencia de la regulación existente para la protección del patrimonio cultural subacuático. Este tipo de disputas no son nuevas. Conocidos son los antecedentes de los galeones «Santa Margarita» y «Nuestra Señora de Atocha», o de las fragatas «Juno» y «La Galga», que motivaron disputas judiciales que se siguieron ante Tribunales norteamericanos entre el Reino de España y los caza-tesoros que reclamaban que se les reconocieran derechos sobre los tesoros hundidos. Argumentos de toda índole fueron esgrimidos por estas empresas para defender sus derechos sobre los pecios hallados y sus tesoros: si habían sido abandonados y, por tanto, pasaban a ser propiedad del Estado Federal en que se habían sido hallados, si les resultaban de aplicación determinados Convenios o Tratados suscritos en los Siglos XVIII y XIX, incluso remontándose a una época en que los Estados Unidos de América no eran más que las Trece Colonias pertenecientes a su Graciosa Majestad Británica. En fin, no faltaron todo tipo de argumentos en estas disputas judiciales que, en general, se saldaron desfavorablemente para los intereses españoles.

En el caso que comentamos, y que ha saltado en los últimos meses a las páginas de los periódicos, la novedad estriba en que hablamos de pecios hundidos frente a nuestras costas, y donde las principales discusiones se centran no sólo en el pabellón del pecio, sino también en su localización física, si está hundido en aguas donde España ejerce derechos soberanos. Recordemos brevemente los hechos.

El 18 de mayo de 2007 la empresa estadounidense Odyssey Marine Exploration anunció el hallazgo de un tesoro, que había sido enviado previamente a Estados Unidos, procedente de una nave colonial hundida, según informó la propia empresa, en un lugar indeterminado del Océano Atlántico. Sin embargo, desde un primer momento el Gobierno

español sospechó que el pecio del que fue extraído el tesoro era de pabellón español y no se encontraba hundido en un lugar cualquiera del Océano Atlántico, sino en el estrecho de Gibraltar, por lo que inició una revisión de todos los movimientos realizados por los buques de la compañía en los días anteriores al hallazgo e interpuso una demanda ante un tribunal del Estado de Florida en Estados Unidos para exigir cualquier derecho sobre los hallazgos.

Paralelamente, un Juzgado de la Línea de la Concepción dictó una orden de apresamiento contra otros dos buques de la compañía que se encontraban atracados en Gibraltar para verificar su carga y determinar si la compañía estadounidense podía estar llevando a cabo expolio del patrimonio histórico español. El 12 de julio de 2007, el buque «Ocean Alert» al salir del Puerto de Gibraltar fue apresado por la Guardia Civil y conducido al Puerto de Algeciras para su registro.

La mediatización de este apresamiento, avivada por la propia compañía estadounidense, que invitó a periodistas a bordo del buque, ha sido el germen del debate en torno a la insuficiencia de protección de nuestro patrimonio cultural subacuático. Esta protección no ha sido una de las preocupaciones fundamentales del legislador, por lo que, como se verá, ni la normativa nacional ni la internacional resuelven adecuadamente la cuestión. Sin embargo, el avance de la técnica y, con él, la mayor proliferación de empresas dedicadas a la búsqueda de pecios hundidos han incrementado la inquietud de los Estados que históricamente han estado más volcados en la navegación marítima por proteger los buques hundidos de su pabellón. Y es al hilo de este caso donde se plantean dos cuestiones fundamentales: (i) sobre qué aguas tiene jurisdicción España para proteger el patrimonio cultural sumergido, y (ii) fuera de nuestras aguas jurisdiccionales, ¿qué derechos le asisten a España en relación con los pecios o restos de buques hundidos de pabellón español? Para tratar de responder a tales cuestiones habremos de analizar tanto la normativa nacional como la de origen internacional que, ya sea directamente o de manera tangencial, regulan estas cuestiones.

#### La protección actual del patrimonio cultural subacuático español: normativa estatal y autonómica

El patrimonio cultural subacuático español está protegido, junto con la diversa normativa autonómica

existente, fundamentalmente por medio de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español («LPHE»). Conforme a la ella, se entienden comprendidos dentro del «Patrimonio Histórico Español» los «inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico» (artículo 1.2). Aunque, de una primera lectura de esta definición parece desprenderse que el patrimonio cultural subacuático no estaría incluido dentro del ámbito de protección de la LPHE, las dudas desaparecen con la lectura de su artículo 40, que incluye dentro de los bienes arqueológicos integrantes del Patrimonio Histórico Español aquellos «muebles o inmuebles con carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido extraídos o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental».

Se observa que la LPHE utiliza para la delimitación del patrimonio cultural subacuático que tiene la consideración de Patrimonio Histórico Español dos conceptos propios del Derecho Internacional Público Marítimo, como son los de «*mar territorial*» y «*plataforma continental*». Según la LPHE, aquellos bienes arqueológicos que se encuentren dentro del mar territorial o de la plataforma continental que le corresponde a España tendrán la consideración de Patrimonio Histórico Español. En sentido contrario, y si nos atenemos a la dicción del artículo citado, si esos bienes son hallados fuera de nuestro mar territorial o de nuestra plataforma continental no tendrían tal consideración ni la protección que otorga la LPHE. Esta regulación puede ser adecuada para la protección de la mayoría de bienes muebles o inmuebles, pero no lo es en absoluto en el caso de los buques dado que se deja fuera del ámbito de cobertura de la norma aquellos pecios que pese a no encontrarse dentro del mar territorial o de la plataforma continental española enarbolaban pabellón español en el momento de su hundimiento. Más adelante nos referiremos a si dicha regulación entra en conflicto o no con los Convenios internacionales ratificados por España.

Y es en el ámbito de la protección del patrimonio histórico español, y concretamente de su patrimonio cultural sumergido, donde no se puede olvidar el reparto competencial existente entre la Administración Central del Estado y las Comunidades Autónomas. Así, la LPHE distribuye las competencias en la materia, reservando a las Comunidades Autónomas importantes materias como la declaración de un bien como de interés cultural o el otorgamiento de autorizaciones administrativas para excavaciones o prospecciones, incluidas las que afecten al patrimonio

cultural sumergido. Ello no obstante, la Administración Central sigue reteniendo importantes competencias que son ejercidas desde distintos Ministerios, pasando por el Ministerio de Cultura hasta llegar a los Ministerios de Interior, Defensa o Fomento, en el ámbito de sus respectivas competencias.

### **La protección actual del patrimonio cultural subacuático en los Convenios Internacionales**

El Derecho del Mar y la delimitación de los derechos de soberanía y jurisdicción de los que pueden gozar los distintos Estados se regulan en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 («Montego Bay»), y que fue ratificado por España el 20 de diciembre de 1996»). Entre los distintos espacios regulados en Montego Bay, y a los efectos que nos interesan en este comentario, nos centraremos en los conceptos de «*mar territorial*» y «*plataforma continental*» (antes citados al hablar de la LPHE), así como en los de «*zona contigua*» y la llamada «*Zona*».

Sobre el «*mar territorial*», entendido como la franja de mar adyacente al territorio del Estado ribereño, y cuya anchura no puede exceder de 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base determinadas de conformidad con Montego Bay, se reconoce la plena soberanía del Estado ribereño, tanto respecto del subsuelo y lecho marino, como sobre la columna de agua y el espacio aéreo suprayacente. Esa plena soberanía permitiría al Estado ribereño regular y proteger el patrimonio cultural subacuático que fuera hallado en dicha área.

Fuera del mar territorial, Montego Bay reconoce a través de la remisión que su artículo 303 («Objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar») hace al artículo 33 («Zona contigua») el derecho del Estado ribereño a fiscalizar y sancionar la remoción de objetos arqueológicos o históricos efectuada en la zona contigua sin autorización. Ahora bien, junto a esos derechos del Estado ribereño el propio artículo 303 dispone que nada de lo previsto en él afectará a «*los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales*». Y por último, viene a proclamar que nada de lo allí dispuesto afectará a la regulación convencional internacional específica en materia de protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico.

Por lo que respecta a la «*plataforma continental*», Montego Bay sólo le reconoce al Estado ribereño el

ejercicio de derechos de soberanía «a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales» (artículo 77). Esto es, no se le reconocerían derechos sobre el patrimonio cultural subacuático que fuera hallado en la llamada plataforma continental, a diferencia de nuestra LPHE, que va más allá de los límites previstos en Montego Bay.

Dicho lo anterior, y habida cuenta de los estrechos límites geográficos sobre los que un Estado ribereño puede ejercitar derechos ya sean soberanos, jurisdiccionales o algún control sobre el patrimonio cultural subacuático, básicamente la franja de mar adyacente a su territorio que no exceda de 24 millas marinas, nos podemos preguntar de qué protección goza el patrimonio cultural subacuático fuera de esas aguas y qué soluciones ofrece el Derecho Internacional. A este respecto, al regular la que es definida como «la Zona», esto es, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, Montego Bay dispone en su artículo 149 que los objetos arqueológicos o históricos que sean 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 o arqueológico*». Nótese que se establecen dos principios: (i) de conservación o disposición de dichos objetos en beneficio de toda la humanidad, y (ii) la consideración de los derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico o arqueológico.

Pese a la bondad de la declaración establecida en el citado artículo 149, este precepto no puede sino considerarse como una mera declaración de intenciones ya que no otorga facultad adicional alguna a los Estados para, por ejemplo, la protección de los buques de su pabellón que se encuentren situados en fondos marinos u oceánicos fuera de los límites de su jurisdicción nacional. Nada más dispone Montego Bay, y ello a pesar de la extensión de su texto (320 artículos más 9 Anexos). En resumen, y enlazando con las dos cuestiones que planteábamos al inicio, Montego Bay, por un lado, limitaría los derechos de España como Estado ribereño a su mar territorial y a la zona contigua (24 millas marinas), y todo ello con las salvedades antes comentadas, y, por otro, respecto al patrimonio cultural subacuático español que yaciera en los fondos marinos situados fuera de esas 24 millas marinas, apenas recibiría mayor protección que esa declaración general a «tener en cuenta» sus derechos preferentes.

Pues bien, precisamente la delimitación del lugar donde se encuentra situado el pecio del que se extrajo el tesoro hallado por Odyssey y el origen español o no del pecio son las cuestiones que han originado la controversia de esta sociedad con el Gobierno español. La compañía estadounidense sostiene que el pecio se encuentra en un lugar del Océano Atlántico que no ha precisado pero que correspondería a aguas internacionales y, por tanto, podía extraer el tesoro sin necesidad de autorización alguna. Sin embargo, el Gobierno español entiende que el buque se encontraría dentro del mar territorial español, por lo que Odyssey debería haber solicitado la correspondiente autorización para la realización de actividades de prospección arqueológica y entregado el tesoro hallado y no haber procedido a su exportación ilegal.

En caso de que el pecio se encontrase dentro del mar territorial español la controversia debería ser resuelta a favor del Estado español. Sin embargo, no ocurriría lo mismo si esto no fuera así pese a que, como parecen señalar todos los indicios, el buque sea de pabellón español.

Es evidente, pues, que existen lagunas en la regulación del patrimonio cultural subacuático situado en la Zona que posibilitan la proliferación de empresas «cazatesoros» dedicadas a extraer objetos arqueológicos o históricos y obtener beneficios económicos con ello. Y tampoco está adecuadamente resuelta la cuestión de los derechos del Estado del pabellón en el caso de buques hallados en aguas de terceros países.

### Soluciones de futuro

La patente insuficiencia de esta regulación y la inquietud de los Estados tradicionalmente volcados al mar y, sobre todo, la inquietud de aquellos que históricamente han tenido un pasado colonial, originó que el día 2 de noviembre de 2001, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura aprobara, en su trigésimo primera reunión, la Convención de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, Convención ratificada por España, pero que todavía no está en vigor.

El objetivo principal de la Convención es garantizar y fortalecer la protección del patrimonio cultural subacuático incorporando para ello como principio fundamental la cooperación entre los Estados Parte.

Y es precisamente a través de ese principio de cooperación a partir del cual se introduce una cierta

protección del patrimonio cultural que se encuentra situado tanto en la plataforma continental de cualquier Estado parte como en la Zona, recogiendo expresamente, en este último caso, la declaración de intenciones contenida en el artículo 149 de Montego Bay, pero extendiendo la responsabilidad y los derechos del Estado ribereño a preservar y proteger el patrimonio cultural subacuático más allá del mar territorial y la zona contigua, abarcando también a la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Así, se faculta al Estado ribereño para prohibir o autorizar cualquier actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático que se halle en dichas aguas.

La protección, que parte del principio fundamental de no explotación comercial de los objetos hallados, se articula a través de la obligación de cualquier nacional de un Estado parte o buque que enarbole pabellón de un Estado parte de comunicar no sólo cualquier descubrimiento de patrimonio cultural subacuático que realicen en su plataforma continental o en la de terceros países o en la Zona, sino también de cualquier actividad que tengan intención de llevar a cabo y cuyo objeto primordial sea dicho patrimonio cultural subacuático, pudiendo, directa o indirectamente, alterarlo o causarle cualquier daño. A partir de esta notificación, la Convención exige la realización de una serie de notificaciones y consultas entre los Estados Parte que declaren su interés sobre los bienes hallados, así como la puesta en práctica de las medidas de protección y la expedición de las autorizaciones para la realización de actividades dirigidas cuyo objeto sea el patrimonio cultural subacuático que esos Estados hayan acordado conjuntamente.

La regulación de la Convención no reconoce a unos Estados parte frente a otros Estados derechos preferentes sobre el patrimonio cultural subacuático por razón del pabellón del buque, sino que pretende la más estrecha colaboración entre todos los Estados parte con el objetivo final de lograr una mejor protección y preservación del patrimonio cultural subacuático por el beneficio de toda la humanidad, y sobre el respeto al principio angular antes comentado de la no explotación comercial del patrimonio cultural subacuático. Por el bien de ese patrimonio esperamos que esta Convención reúna cuanto antes el mayor número de países signatarios que permitan su entrada en vigor

### Conclusiones

Como se ha visto, la regulación actual de esta cuestión presenta numerosas lagunas que son aprove-

chadas por algunas compañías que se dedican profesionalmente, con fines exclusivamente lucrativos o comerciales, al hallazgo y extracción de estos bienes de indudable valor histórico y cultural, muchas veces actuando con total impunidad.

Atendidas las carencias de Montego Bay, la Convención de la UNESCO para la protección del patrimonio cultural subacuático intenta no sólo desterrar la posibilidad de actuación de estas compañías cazate-soros sino también involucrar a los Estados del pabellón de los pecios hundidos en su protección dondequiera que éstos se hallen.

No obstante, el bajo número de ratificaciones de la Convención<sup>4</sup> demuestra su falta de acogida entre los Estados y, por tanto, la necesidad de que los Estados sigan trabajando para lograr una eficaz protección del patrimonio cultural subacuático, ya sea por medio de acuerdos multilaterales distintos de la Convención de la UNESCO o por medio de acuerdos bilaterales con otros Estados.

Finalmente, y por lo que respecta a nuestras aguas, habremos de reflexionar sobre los riesgos que pueden generar la dispersión de competencias y la falta, en ocasiones, de la adecuada y deseable coordinación entre Administraciones o, incluso, entre Departamentos de una misma Administración, circunstancias de las que no dudemos se aprovechan algunas compañías.

TOMÁS FERNÁNDEZ-QUIRÓS y  
VICTORIA ANDRÉS CABRERA (\*)

### EL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL SOBRE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS PUESTOS A DISPOSICIÓN DEL TRABAJADOR. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2007

El control empresarial de la utilización por parte de los empleados de los medios informáticos puestos a su disposición había sido una cuestión analizada por un número significativo de resoluciones judiciales en distintas instancias, pero sin que se hubiera conseguido alcanzar una conclusión totalmente clara y segura acerca del contenido y límites de dicho control empresarial ni sobre la forma en que tal control debía llevarse a cabo desde un punto de vista práctico.

(\*) Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona).