

EL CASO DEL GALEÓN SAN JOSÉ EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

The case of the galleon “San José” in the framework of international law

Jorge Pallares Bossa³⁴

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 21 de mayo de 2018

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Las Obligaciones de Colombia en la convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1989 y la Convención sobre Patrimonio de 1972; 3. Las convenciones sobre Derecho del Mar de 1982 y sobre Patrimonio Cultural Subacuático y la postura conceptual colombiana; 4. El pecio del Galeón “San José” frente al Derecho Internacional; 5. La Posición de Colombia respecto de la Convención de 2001 sobre Patrimonio Cultural Subacuático; 6. El anuncio del hallazgo del Galeón “San José” por el presidente Santos y el respaldo del Concejo de Estado; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía

³⁴ Profesor de planta de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, Vicedecano Curricular del Programa de Derecho, Coinvestigador del Grupo de Investigación Teoría del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos Categorizado por Colciencias. <https://orcid.org/0000-0002-6743-7210>. E-Mail: jorgepallares24@yahoo.com

COMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (APA 6)

Pallares Bossa, Jorge (2018). El caso del Galeón San José en el marco del Derecho Internacional. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, Vol. X, Nº. 20, pág. 50-66

RESUMEN

El presente ensayo intenta hacer un apretado resumen del caso del galeón "San José" y de sus muchas veces aplazado rescate del fondo de mar. En ese orden de ideas, se revisa la posición conceptual que el gobierno colombiano ha adoptado a lo largo de los años en desarrollo de su legislación interna y su política exterior y de conformidad, con su derecho interno y con el derecho internacional.

Palabras Claves

Galeón "San José", convención sobre protección de patrimonio cultural subacuático, convención de las naciones unidas sobre derecho del mar, convención sobre la protección del patrimonio cultural y natural.

ABSTRACT

The present essay tries to make a tight summary of the case of the galleon "San José" and of its many times postponed rescue of the bottom of the sea. In that order of ideas, the conceptual position that the Colombian government has adopted over the years in the development of its domestic legislation and foreign policy and in accordance with its domestic law and international law is reviewed.

Key Words

Galleon "San José", convention on the protection of the underwater cultural heritage, united nations convention on the law of the sea, convention on the protection of the cultural and natural heritage.

1. INTRODUCCIÓN

El reciente hallazgo de un buque mercante griego, de 2.400 años de antigüedad, hundido en aguas búlgaras del Mar Negro, a una profundidad cercana a los dos kilómetros, ha vuelto a poner de moda a nivel mundial el tema de los naufragios y en el contexto iberoamericano al galeón “San José”, cuyos restos fueron identificados en el mar cercano a Cartagena de Indias, según informara el ex – Presidente Juan Manuel Santos hace más de tres años. De nuevo, se han conocido declaraciones del canciller español Josep Borrell acerca de un eventual principio de acuerdo con Colombia y la réplica inmediata de la Vicepresidenta Martha Lucia Ramírez, desmintiendo, no se hicieron esperar.

Y es que no podía ser de otra manera, tratándose de un asunto al que se le ha gastado mucha tinta en el ámbito editorial y generado intervenciones en los medios jurisdiccionales tanto de Colombia como de otros países de los cuales son originarios quienes aspiran a quedarse con el supuesto tesoro que en su estructura reposa en el fondo del mar. Y en un contexto más ligero, tratándose del “San José”, de uno de los “galeones del rey”, que debía presumiblemente transportar no solo valores preciosos, sino mercancías y elementos de toda naturaleza, dados los registros que se llevaban en Cartagena respecto de embarcaciones similares, por más que en 1702 se vivía un momento de crisis económica en España debido a la Guerra de Sucesión Española y que la piloteaba un capitán inexperto. Tan importante ha sido la leyenda del “San José”, que llegó a activar la imaginación del célebre García Márquez, que en su novela “El amor en los tiempos del cólera”, el personaje Florentino Ariza dice en una carta a su amada Fermina Daza que “estaba empeñado en rescatar para ella el tesoro del galeón sumergido”.

Sin embargo, la leyenda del galeón “San José”, es ciertamente la más importante pero no la única en la historia de Cartagena de Indias, ya que según informes documentados en las aguas de la bahía y en mar afuera en las inmediaciones de la ciudad han podido identificarse más de dos centenares de naufragios, que están a la espera del rescate y que el fondo marino plagado de diapirismo (volcanes de lodo) ha ocultado e impedido actuar. Evidentemente, poco, esa elocuente pero reducida cifra, a juzgar por lo que nos dice la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) que estima a nivel mundial una existencia cercana a los tres millones de naufragios, pertenecientes a todas las épocas de la humanidad y distribuidas en los distintos espacios marítimos del planeta. Por esa razón, y por las innovaciones tecnológicas de protección que barren el fondo marítimo y que permiten revisarlo minuciosamente, los hallazgos se han incrementado y se multiplican generando un verdadero “boom” acerca de tan importante temática.

Sin embargo, no solo en el caso del galeón “San José”, sino en otros asuntos que tocan con los espacios marítimos, nuestro país parece haber perdido la coherencia, que caracterizó por mucho

tiempo a la práctica diplomática de distintos gobiernos nacionales. Con frecuencia se ha venido ahora vacilando en la adopción de decisiones sin analizar más allá de lo inmediato y por supuesto, sin apuntar hacia eventos futuros que pudieren resultar afectados por la decisión. Para, no ir más lejos, así nos ha pasado con Venezuela y Nicaragua, cuando decidimos no suscribir la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar de 1982 convocada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y con la Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuático de 2001, más recientemente, sin tener en cuenta que ambas estaban condicionadas por tratados anteriores, y sin disponer de un mecanismo tan eficaz como la reserva, que condiciona la aplicación de una parte del articulado del tratado y que hubiera explicado su proceder a la comunidad internacional.

Con el caso del galeón “San José”, pudiera suceder algo similar, si se escuchan las voces de sirena de algunos Estados influyentes que no siempre recomiendan lo mejor para nuestros intereses, sino que lo hacen pensando en los propios que no siempre coinciden con los nuestros. Tampoco, confiando a alguna de nuestras Altas Cortes la formulación de los mejores argumentos en defensa de la titularidad de los derechos sobre el famoso galeón, porque a todas les ha faltado la claridad en el análisis. Afortunadamente, todavía no hay compromisos de fondo con nadie y de esa manera, resulta oportuno recomendar una mesurada y sensata reflexión acerca del tema.

Ese es el propósito de este trabajo académico, cuyas aspiraciones no van más allá de recordar los compromisos que en distintas épocas hemos contraído por la vía de los tratados con la comunidad internacional y con la propia España, con la cual después del reconocimiento de nuestra independencia en el Tratado de Paz y Amistad de 1881, mantenemos unas relaciones cordiales. Sobre esas bases, se analiza el caso del galeón “San José”, con la mayor objetividad posible, y especialmente destacando las actuales tendencias del derecho internacional en relación con los yacimientos arqueológicos, y particularmente en el caso del hallazgo y rescate de embarcaciones que reposan en el fondo del mar, antes que atendiera posiciones supuestamente nacionalistas que no contribuyen a la solución del problema.

2. Las obligaciones de Colombia en la convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1989 y la convención sobre patrimonio de 1972.

La Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ratificada en Colombia por la Ley 32 de 1985, dice en su artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Y en el artículo 27 agrega: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)”³⁵. En ambas disposiciones, está claramente enunciado el principio de “Pacta Sunt Servanda”, que significa

³⁵ CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969 SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS. Artículos 26 y 27

literalmente “lo pactado obliga”, es decir que los tratados se firman para cumplirse y su fundamento jurídico radica en la paz, la seguridad y la convivencia internacional. Tiene tal importancia este principio, que se ha incorporado al preámbulo de la Carta de la ONU, en el artículo 17 de la Carta de la OEA y en el Pacto para la Unidad Africana (OUA). Pero, además el principio de “Pacta Sunt Servanda”, es tan esencial que si no estuviera incluido como tal sería obligatorio en su carácter de norma consuetudinaria que rige desde siempre las relaciones y el derecho internacional. Es decir, se trata de un principio de “lege lata”, universalmente reconocido junto a la buena fe y el libre consentimiento³⁶. El principio de “Pacta Sunt Servanda”, como todos los principios generales de los tratados admite excepciones no tan explícitas pero a la luz de las cuales pueden terminarse los tratados³⁷.

Pero, el principio del “Pacta Sunt Servanda”, lo presenta la Convención de Viena, estrechamente vinculado y articulado con otro principio de la mayor importancia el de la “buena fe” (bona fides), según el cual los tratados deben celebrarse siempre con buenas intenciones. Es más, la jurisprudencia internacional estima que la buena fe, hace parte, del “Pacta Sunt Servanda”, especialmente en el caso de los “laudos” arbitrales. En muchas de esas providencias se considera que la buena fe es fundamentalmente derecho internacional y principio básico, que en su versión objetiva forma parte de la interpretación de los tratados³⁸. En ese sentido, no es claro, al menos en el nivel internacional que los jueces pudieran justificar el incumplimiento de un tratado por más que se arguyan distintas razones.

De otro lado, la Convención sobre Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, organizada por la Unesco en París, tiene como uno de los Estados participantes a Colombia en calidad de Estado adherente y no de signatario original en la medida en que la Ley 45 de Diciembre de 1983, autorizó al gobierno nacional de la época para adherir a la misma, dado que se encontraron motivos suficientes para incorporarse a tan importante tratado. El primer resultado tangible y fructífero de dicha decisión, fue la declaración de Cartagena de Indias, como Patrimonio Histórico y Cultural de la Humanidad en 1984. Ese instrumento internacional dice en su artículo 4: “Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y

³⁶ PALLARES BOSSA, Jorge. Derecho Internacional Público. P.100

³⁷ Las tres excepciones al principio del “Pacta Sunt Servanda”: a) Imposibilidad física, cuando el objeto de cumplimiento del tratado no es posible conseguirla porque se ha destruido o desaparecido, b) Imposibilidad moral o carga excesiva, cuando con su cumplimiento se ocasiona peligro la existencia misma del Estado, c) Inconvenientes sociales o políticos, que da lugar a la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, cuando su cumplimiento se vuelve excesivamente oneroso.

³⁸ El principio de la buena fe debe aplicarse de oficio por los jueces y es imperativo en el sentido de que las partes no pueden excluirlo lo que no quiere decir que sus normas sean necesariamente imperativas, sino que pudieren ser declarativas. Ahora bien, el ámbito de aplicar la buena fe, y por ende, del “Pacta Sunt Servanda”, incluye a todo el ordenamiento jurídico, incluida la Constitución. Además, como se sabe es de dos clases: a) buena fe subjetiva, que es la creencia o convicción de actuar bien y, b) buena fe objetiva, que es el comportamiento que está acorde con la buena fe, y que se manifiesta a todo lo largo del negocio jurídico.

natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico”³⁹. Y el artículo 6 del referido tratado es todavía más puntual respecto del comportamiento estatal cuando dispone: “1. Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar. 2. Los Estados Partes se obligan, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, a prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural de que trata el artículo 11, párrafos 2 y 4, si lo pide el Estado en cuyo territorio esté situado. 3. Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural de que tratan los artículos 1 y 2 situado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención”⁴⁰.

Desde entonces, los distintos gobiernos nacionales, asumieron la responsabilidad de defender y proteger el patrimonio cultural de la nación, expidiendo una serie de disposiciones legales que completaron y especificaron las leyes, como la Ley 163 de 1959, que dictaba medidas para la protección y conservación de patrimonio histórico, así como de los monumentos públicos. En ese propósito, la Constitución de 1991 hizo referencia al patrimonio en distintas normas, pero especialmente en el artículo 72, que a la letra dice: “El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”⁴¹.

Y la Ley 397 de 1997, que desarrolla la letra constitucional dice en su artículo 4: “El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje

³⁹ CONVENCION SOBRE PATRIMONIO MUNDIAL, CULTURAL Y NATURAL DE 1972. Artículo 4.

⁴⁰ Ibid. Artículo 6

⁴¹ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991. Artículo 72

cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico”⁴².

La misma ley, en el artículo 11 numeral 1, establece el régimen a que están sometidos los bienes de interés cultural, públicos y privados y ordena que se organice un Plan Especial de Manejo y Protección, mejor conocido como PEMP, y dice que: “(...) El PEMP es el instrumento de gestión del patrimonio cultural por medio del cual se establecen las acciones necesarias para garantizar su protección y sostenibilidad en el tiempo. (...)”⁴³.

3. Las convenciones sobre derecho del mar de 1982 y sobre patrimonio cultural subacuático y la postura conceptual colombiana.

En 1982, se suscribió en Jamaica la Convención sobre Derecho del Mar, que sustituía a la Convención de Ginebra de 1958. Sin embargo, después de participar activamente en las negociaciones, nuestro país decidió, en la línea estadounidense pero, tal vez pensando en el diferendo con Venezuela, no ratificar el tratado. Con ello, se abrió una posibilidad jurídica a Nicaragua, que ni corta ni perezosa, bien asesorada por un experto español ratificó la convención.

La situación en que ha quedado el país, es que si bien nuestra Constitución habla en el artículo 101 de “zona económica exclusiva”⁴⁴, de este concepto marítimo nuevo no se hablaba en Ginebra de 1958, y por tanto, a nivel internacional solo sería aplicable como norma consuetudinaria, que como es obvio, no tiene la misma fuerza vinculante de un tratado, que es un instrumento escrito. Otra consecuencia de la falta de ratificación que no le corresponde al Tribunal Internacional del Mar, que para los conflictos sobre espacios marítimos creó la Convención jamaíquina. Por tanto, para todos los efectos, quedamos en manos de la Corte de La Haya, cuyos magistrados no son especialistas en derecho del mar.

En ese sentido, Colombia no tiene claridad acerca de cómo proceder en materia del derecho del mar y ello incide en la percepción que se tiene sobre la convención de patrimonio cultural subacuático que trata una materia específica de esa importante rama jurídica. Y decimos esto, porque si no se tiene claridad sobre los conceptos de áreas marinas y submarinas que establece Jamaica y si ellas se aplican o no al régimen de derecho internacional de nuestro

⁴² LEY 397. Artículo 4

⁴³ Ibid. Artículo 11#1

⁴⁴ CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 101

país, definitivamente no es posible establecer a qué clase de compromisos está sujeta Colombia ⁴⁵

Por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de patrimonio subacuático dice en referencia con la zona económica exclusiva: “Artículo 10 - Protección del patrimonio cultural subacuático en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental. 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. 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. (...)”⁴⁶.

A continuación, el citado artículo 10 concede unas autorizaciones al Estado coordinador y en el artículo 11 es explícito cuando dispone que todos los Estados partes tienen la

45 La Convención de Jamaica de 1982, dejó bien en claro que en el derecho del mar, hay áreas marinas y áreas submarinas, y ellas son: a) áreas marinas; Altamar, Zona Contigua, Mar Territorial y Aguas Interiores del Estado y Arenas Submarinas; Plataforma Continental, Talud Continental, Emersión Continental y Fosas Abisales u Oceánicas. A estas ocho, que eran las mismas de la vieja Convención de Ginebra añadió una novena: la zona Económica Exclusiva, que es un área híbrida porque midiéndose superficialmente se aplica al interés del mar (pesquería y minería) y teniendo 200 millas náuticas 188 de ellas se miden en el Altamar.

46 CONVENCION SOBRE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUATICO. Artículo 10

responsabilidad de proteger en la zona económica exclusiva el patrimonio subacuático, lo cual es lógico sobre la base de que la mayoría de ella son Altamar o Aguas Internacionales.

4. El pecio del galeón “San José” frente al derecho internacional

El caso del galeón “San José”, es, sin duda, uno de los más emblemáticos de la historia marítima colonial española. El carácter que tenía la embarcación de nave capitana y por tanto guardada por otros navíos acompañantes, el hecho de que el episodio ocurriera en el contexto de la Guerra de Sucesión Española (1701 – 1713) y la ubicación porque navegaba en aguas cercanas a Cartagena de Indias, dieron a este suceso un despliegue en el momento en que ocurrió y en los posteriores años un relieve que no se repetiría en los años subsiguientes⁴⁷ y que la convertiría en leyenda.

El “boom” de los “caza tesoros” por el rescate de naufragios comenzó con el asunto del galeón “Nuestra Señora de Atocha”, en el Estrecho de la Florida en 1970. En ese entonces, ya el “San José” figuraba destacado en una ilustre lista de galeones sepultados en el fondo del Mar Caribe. Fue así, como la Dirección General Marítima y Portuaria (Dimar), mediante la Resolución 2848 de 29 de enero de 1980, concedió a la empresa norteamericana “Glocca Morra Company”, licencia para adelantar las investigaciones durante dos años, en exploraciones submarinas en busca de antigüedades náufragas en espacios marítimos cercanos a Cartagena. Y el 29 de mayo, la Dimar,

47 El galeón “San José”, zarpó de Cádiz el 10 de marzo de 1706, después de una espera de 7 años, bajo la conducción del General José Fernández de Santillán, Conde de Casa Alegre, quien hacía su primer viaje al continente americano. La partida se hizo acompañada de otra nave capitana el San Joaquín y otros 26 barcos de los cuales 15 eran mercantes en dirección a Cartagena de Indias, de donde la flota española seguiría a Portobelo, en el actual Panamá. El viaje se hizo corriendo riesgos en las mismas costas españolas porque en ese momento se desarrollaba la Guerra de Sucesión en las costas ibéricas. Sin embargo, al atracar en Cartagena de Indias, se encontraron con la circunstancia de que la feria de Portobelo estaba suspendida a la espera de que el Virreinato de Perú enviara a los comerciantes a Portobelo y así transcurrieron 2 años de espera con las embarcaciones varadas en la Bahía de Cartagena de Indias. Finalmente, el 2 de febrero de 1708, el general Fernández de Santillán resolvió partir con el San José y el San Joaquín a la cabeza y así llegan a Portobelo. La mercancía más importante que desde allí se transportaba en los galeones de la Carrera de Indias era la plata, que provenía del Perú y de Bolivia y en menor medida artículos como añil, cacao o el cuero. La plata derivada en calidad de impuesto para la hacienda real y por su parte, los comerciantes acudían a la feria para comprar productos que venían de la metrópoli, a fin de venderlos en el mercado americano. La feria de Portobelo era presidida por una junta conformada por un Almirante Jefe de la Flota de Galeones, una representación del rey, uno del Consejo de Estado, el gobernador y el capitán general de Castilla de Oro, el Presidente de la Real Audiencia de Panamá, el jefe de la plaza y representante de los comerciantes.

La feria de Portobelo, que demoraba varios días, sirvió al “San José” para aprovisionarse de mercancías con 200 toneladas de lingotes, monedas de oro y plata además de mercancías, de todo orden, incluyendo documentos oficiales y privadas de acuerdo a los manifiestos de embarque, que reposan en el Archivo de Indias en Sevilla.

La partida de Portobelo fue también discutida, porque se decía que no era seguro el viaje, dado el hecho de que corsarios ingleses, merodeaban en aguas vecinas a Cartagena. No obstante, el capitán Fernández de Santillán, decidió hacerlo porque el general francés Jean Baptiste Ducasse, le ofreció desde La Habana ayuda. Fue así, como zarpó hacia Cartagena de Indias, el 28 de mayo acompañado por 16 buques, entre los que estaban el “San José”, dotado como el San Joaquín de 64 cañones. Del lado inglés, el capitán Charles Wager se trasladó a Cartagena y se ubicó en el espacio que hay entre las Islas del Rosario y el Bajo de Sal Medina a la espera de la flota española bien informado por buques espías. Wager solo contaba con 4 buques corsarios, pero uno de ellos el “Expedition” era más grande que el “San José”. La travesía zigzagueante por razón de los vientos y las corrientes desde Portobelo hasta Cartagena de Indias, tomó 11 días hasta el momento mismo del ataque a unas 30 millas de Cartagena de Indias.- El navío “Kingston” dotado de 60 cañones abrió fuego contra el “San Joaquín”, y el “Expedition” comandado por Wager arremetió contra el “San José” en un combate naval que demoró una hora y media, al final de la cual debido a una explosión, al parecer, por un impacto en la “Santabárbara”, el San José se hundió.

autorizó a la “Morning Watch” para iniciar tareas exploratorias en áreas concedidas a la “Glocca Morra”, tarea que culminó en agosto de 1980. Luego, en marzo de 1982, la “Glocca Morra”, entregó a la Dimar un informe en el cual denunciaba que los registros de sonar habían localizado un naufragio de rastros de madera e hizo relación de las coordenadas en un área de aproximadamente 0.5 millas cuadradas.

La Secretaría Jurídica, del gobierno de Belisario Betancur, en un concepto dijo que lo que podría encontrarse en el fondo del mar era un tesoro y que por tanto, eran susceptibles de apropiación “ipso jure”, sin necesidad de declaración judicial del dueño del territorio y que debían repartirse en partes iguales entre el descubridor y el dueño y siempre que estuviera dentro del Mar territorial colombiano o en sus Aguas Interiores.

Debidamente autorizada por la Dimar, la “Glocca Morra Company”, alegando problemas financieros, le cedió los derechos para efectuar operaciones submarinas a la sociedad Sea- Search Armada, una empresa norteamericana pero con domicilio legal en las Islas Cayman de las Antillas Británicas Occidentales y el 8 de septiembre mencionó un “blanco principal”, cuyas coordenadas no coincidieron con las que habría reportado la “Glocca Morra Co.”. Frente a esa alternativa, que el gobierno nacional no acepto decidió perfeccionar las investigaciones con mejores equipos tecnológicos.

Posteriormente, el gobierno expide el 10 de enero de 1984 el Decreto 29 que creó la Comisión de Antigüedades Náufragas, que recogió en su seno a individuos formados en distintas disciplinas que se encargaran de asesorar a este sobre la materia. El Decreto 29, reglamentó los artículos 710 del Código Civil y 110 y 111 del Decreto Extraordinario 2349 de 1971. Dijo el referido decreto que: antigüedades náufragas son las naves y su dotación, así como los bienes muebles que hubieran sido parte de ellas, ya sean que estuvieran dentro de las mismas o diseminadas en el fondo del mar, hayan sido o no elaboradas por el hombre, sea cualquiera la naturaleza de los bienes y cualquiera la causa y la época del hundimiento”⁴⁸.

En enero de 1984 la “Sea – Search Armada Co”, concluyó las tareas complementarias a que estaba autorizada en las cinco áreas concedidas. Por su parte, el gobierno nacional expidió el Decreto 1436 de 13 de junio, que establece las líneas de base rectas desde las cuales se mide el mar territorial colombiano, tanto en el Mar Caribe como en el Océano Pacífico, que reglamentó de forma parecida la Ley 10 de 1978. En efecto, frente a la necesidad imperiosa de una nueva convención sobre derecho del mar, que se desarrollaba y después se materializó en 1982, en Colombia al igual que en otros países se anticipó esa ley, que define así el espacio marítimo

⁴⁸ DECRETO 29 DE 10 DE ENERO DE 1984

territorial: “El Mar Territorial de la nación colombiana, sobre el cual ejerce plena soberanía, se extiende más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o de 22 kilómetros y 224 metros. La soberanía nacional se extiende igualmente al espacio situado sobre el mar territorial, así como el lecho y al subsuelo de este mar”⁴⁹.

El resultado de la composición multidisciplinaria fue que se incorporaron en la reglamentación lo arqueológico y lo estrictamente cultural, porque se habrá dado un predominio excesivo al aspecto comercial. En esa medida, el gobierno comenzó a escuchar ofertas de otros países interesados, como pasó con Francia, Italia y especialmente Suecia, que ofreció una participación amplia en la que ambos Estados resultaran beneficiados mientras que apoyada por miembros del Congreso de E.E.U.U., la Sea Search – Armada Co, demandó en enero de 1989, en un juzgado de Barranquilla a la Nación colombiana y en concreto a la Dimar. En ese caso, el apoderado de la empresa prefirió un sitio neutral como Barranquilla, buscando obviar las presiones que pudieran darse en Bogotá o Cartagena. La Nación, como era apenas lógico, se opuso a la demanda, negando el invocado “derecho de preferencia”, que argüía la demandante. Casi simuladamente, ya al final del gobierno Barco, la Embajada de Suecia, informó que desistía de la empresa con Colombia debido a la privatización del Banco Sueco de Inversiones, que iba a ser el responsable financiero del proyecto. La administración Gaviria resolvió solicitar a la “Ocean Science Research Institute (Osril)”, un informe que evaluara el procedimiento exploratorio de la “Glocca Morra” y la Sea Search Armada Co, y se sugirieron las técnicas aplicables para la localización del pecio del “San José”, teniendo en cuenta las consideraciones arqueológicas que pudiera incidir en el proceso. La Osril, dijo en su informe en el que fueron emplearon las más modernas técnicas batimétricas de posicionamiento, que no se advertían en el trabajo de las empresas comprometidas y que en ese orden de ideas, las coordenadas del supuesto lugar del naufragio tenían que volverse a determinar. De conformidad, con las recomendaciones del informe acogidas por el gobierno nacional, el 21 de octubre de 1993 se firmó el contrato entre la Nación y el Consorcio Ávila Garabito, la Colombos Exploration Limited Parshersnio y la Colombus America Discovery and Group, que tenía una bien ganada fama porque ella rescató un barco de vapor el “Central América” hundido por una duración el huracán el 16 de septiembre de 1857 cerca de las costas de Carolina del Sur y cuyo pecio estaba localizado a 2800 metros de profundidad. El informe determinó que no había certeza alguna en la información entregada el gobierno por “Glocca Morra y Sea – Research Armada Co” y por tanto esta última no tenía nada que reclamar y en consecuencia, la demanda instaurada debía terminar por falta de materia, aunque judicialmente no fue así, y por el contrario la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla le reconoció derechos y condenó a la Nación al pago de las costas procesales.

⁴⁹ LEY 10 DE 1978. Artículo 1

El fallo subió en casación hasta la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia de 5 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil decidió que el patrimonio cultural es de todos los colombianos y, por tanto, pertenece a la Nación pero modificó el fallo de primera instancia en el entendido que la propiedad allí reconocida, por partes iguales, para la Nación y la del demandante, está referida única y exclusivamente a los bienes que, de un lado por sus características y rasgos propios, conforme a las circunstancias y a las directrices señaladas con esta providencia, sean aún susceptibles de calificarse como tesoro, en los términos del artículo 14 de la Ley 163 de 1959, entre otras disposiciones legales aplicables (...), es decir a los que los que se encuentren en las coordenadas referidas en el Reporte Confidencial sobre Exploración Submarina efectuada por la compañía Glocca Morra, en el Mar Caribe, Colombia, Febrero 26 de 1982, página 13, no. 49195, Belita Translaction Service, Sin incluir por lo tanto, espacios, zonas o áreas diversas⁵⁰.

5. La posición de Colombia respecto de la convención de 2001 sobre patrimonio cultural subacuático

El origen de la Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 de la Unesco, se puede rastrear en un foro que hizo la “International Law Association” en 1988, que decidió conformar un comité para que trabajara sobre el derecho del patrimonio cultural subacuático y que, en una nueva reunión, un año más tarde nombró a los profesores Patrick O’Keefe y James Nafaiger, para que fungieran como presidente y relator del comité, que debía elaborar un proyecto de tratado.

El proyecto, se puso en consideración de la Unesco, que estaba muy preocupado por el curso de unos acontecimientos que los “buscatesoros”, apoyados por la tecnología de punta desarrollaban, en una actividad frenética de expolio y saqueo. Hubo desde el momento de la reunión un acuerdo el sentido de que había que proteger todo el patrimonio cultural porque pertenecía a la humanidad entera.

Sin embargo, uno de los antecedentes inmediatos más importante a lo Convencional de la Unesco de 2001, fue la “Carta internacional sobre protección y gestión del patrimonio cultural subacuático” de 1996 de Sofía (Bulgaria), que fue el resultado del apoyo que la Unesco brindo una organización no- gubernamental denominado Icomos, pero el instrumento carecía de fuerza vinculante. Al respecto, dice Rengifo Lozano:

“La Carta de Sofía, empieza por definir al patrimonio cultural subacuático como un recurso internacional resultado del intercambio y las comunicaciones internacionales en la que los navíos y su contenido se perdieron lejos de sus lugares de origen o destino, reconociendo a la arqueología como una actividad pública, pues la carta deja claramente

⁵⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia de 5 de julio de 2017, Sala de Casación Civil

establecido que cualquier acción tendiente a restringir el derecho al conocimiento de ese patrimonio es una violación a la autonomía personal⁵¹.

Uno de los puntos que quedarían claramente definidos en la Convención de patrimonio subacuático, fueron los principios por los que se rige, resumidos en 4 de la siguiente manera: a) obligación de preservar el patrimonio cultural subacuático. Allí se dijo, que no solo el patrimonio subacuático de mares, lagos y ríos, habrá que preservarlo, sino también que intentar con el mayor respeto la recuperación de los restos humanos que allí estuvieran; b) la preservación “in situ” como opción prioritaria. Es decir, la Convención, pensando en términos primordialmente humanitarios, adoptó una política conservacionista, haciendo énfasis en lo cultural, por encima de lo comercial y que esto debía convenirse antes de ejercer la actividad dirigida al patrimonio; c) la no explotación comercial del sitio. En el sentido, de no convertir los pecios en lugares habituales de comercio y; d) la formación e intercambio de formación. Esto entre Estados partes interesados con el fin de acopiar la mayor cantidad posible de información⁵².

La Convención sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, reafirma en el texto, algunos conceptos establecidos en la Convención sobre Patrimonio que ratificó Colombia y profundizó en otros, como en el caso de los “buques de Estado”, o sea, de embarcaciones que primordialmente se construyen para defender militarmente los intereses del Estado cuyo pabellón enarbola. Ello, le atribuye una inmunidad soberana, que los demás Estados partes en el tratado, están en la obligación de respetar. Esta circunstancia, mirada desde la perspectiva del galeón “San José”, un buque de Estado por más que se desee sustraer tal calidad, fue la que llevó a Colombia a sustraerse, en nuestro criterio, de firmar y ratificar dicho instrumento internacional⁵³.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de 2007, había revelado desde una perspectiva civil, que si bien el Estado era el dueño del patrimonio, la Sea – Search Armada Co, tenía derechos sobre el tesoro que reposaba en el fondo del mar, siempre que fuera en el área marítima en el que se habían identificado unas coordenadas, sin especificar que fueran o no del galeón “San José”.

⁵¹ RENGIGO LOZANO, Antonio José. Las objeciones de Colombia a la Convención internacional de la Unesco sobre protección del patrimonio cultural subacuático. P. 123

⁵² “El tema de los restos humanos en contextos arqueológicos, como en el galeón San José lo trata actualmente la bioarqueología, que es hoy un área de investigación muy prolífica que trabajan disciplinas como la ética y el derecho y que por la vía del ADN conduce a estudios como el de las enfermedades en el pasado (paleopatologías) y su influencia en otras patologías de momento actual”

⁵³ La “Carrera de Indias”, emprendida por los españoles con América y el contexto internacional en que se desarrolló ese proceso, condujo a que esta se desarrollara primordialmente en galeones, un tipo de embarcación típicamente española de gran volumen y capacidad de desplazamiento, dotada de cañones, que la convertía en un buque de guerra, pero que permitían el uso de estos a los particulares viajes al nuevo mundo o retornar de estos, convirtiendo la embarcación en una nave mixta, es decir de guerra y mercante. En desarrollo de esa facultad cada individuo compraba su “derecho de pasaje” o remitía mercancías de naturaleza privada, mientras que la Corona Española, enviaba adicionalmente correos y documentos oficiales y privados, que quedaban bajo el control de La Casa de la Contratación que tuvo su sede en Sevilla, y después en Cádiz.

Sobre esa base, por iniciativa del gobierno, se adoptó la Ley 1675 de 2013, que desarrollaba los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de 1991 y que se refería al patrimonio cultural sumergido, pero que en el fondo era una respuesta del derecho interno al derecho internacional, contenido en la Convención sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001. Con ello, aparentemente se contrariaban estándares internacionales no solo establecidos, sino consolidados dentro de la dinámica extraordinaria del derecho internacional actual, en la que la sociedad civil, como en el caso de Icomos tiene, una activa participación. Curiosamente, la Ley 1675 de 2013, no hace referencia alguna a la Convención sobre Patrimonio Cultural y Natural, del cual es Estado parte nuestro país siendo que allí se establecen unos compromisos de obligatorio cumplimiento, entre ellos uno muy concreto con la declaratoria de Cartagena de Indias como patrimonio histórico y cultural de la humanidad.

Adicionalmente, dicha ley formaliza la participación en el régimen de contratación en cualquiera de sus fases, de las llamadas Alianzas Públicas Privadas (APPs), previamente autorizadas por la Ley 1508 de 2012.

6. El anuncio del hallazgo del galeón “San José” por el presidente Santos y el respaldo del consejo de estado

Estando en Cartagena de Indias, el Presidente Juan Manuel Santos anuncia el día 5 de diciembre de 2015, el hallazgo de los restos del galeón “San José”, en aguas cercanas a la ciudad, por una expedición científica en la cual participaron representantes del gobierno. Para tal efecto, acompañó varios videos y fotografías del fondo del mar, en las que nítidamente se advertían cañones y material propio de un galeón español de la época como el “San José”, pero advirtió que las coordenadas en que fueron localizadas eran “top secret” (máximo secreto) del Estado colombiano.

Al mismo tiempo, señaló que el pecio del galeón “San José” era patrimonio cultural del Estado colombiano y que sobre esas bases, estaba dispuesto a acometer la tarea del rescate. Con ello, el gobierno asumía una postura que contraría la tendencia actual en esta materia que como dice el tratado sobre el tema, prioriza la preservación “in situ”. Como consecuencia de ello, la respuesta española no se hizo esperar por boca del entonces Canciller, José Manuel García Margallo, diciendo que el galeón “San José”, era un buque de Estado y que por tanto, le pertenece a España y agregó que dicha embarcación gozaba al momento de su hundimiento de “inmunidad soberana”. De inmediato, de uno y otro lado, se oyeron voces discordantes en favor o en contra de las posiciones del Presidente colombiano y el Ministro de Relaciones Exteriores español. Pero, dentro de las opiniones más sensatas que se leyeron estuvo la del prestigioso diario español “El País, que dijo por ejemplo, en un editorial: “Al margen de que el gobierno de Colombia, como ya ha recordado alguno de sus portavoces, no haya firmado esta Convención, lo que no es un

argumento jurídico menor, ¿cuál era el origen del “San José”? Desde luego, no el Estado nación español tal como hoy lo entendemos, sino una estructura política desaparecida, la monarquía católica de la que formaban parte tanto los reinos americanos como los europeos. Tan súbditos del rey católico eran los habitantes de Cartagena de Indias como los de Cádiz y no resulta fácil argumentar por que los descendientes de estos tienen más derechos que los de aquellos sobre un galeón construido con los impuestos de los antepasados de unos y de otros⁵⁴.

El gobierno de Colombia, tenía ahora la ventaja de una nueva ley que hacía referencia al patrimonio cultural sumergido que daba vía libre a la contratación con el sector privado, dueño de una alta tecnología marítima, a fin de conformar las alianzas público - privadas (APPS), pero que olvidaba la normatividad internacional a la que el país “quiera o no quiera” está obligado con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención sobre el Protección del Patrimonio Cultural y Natural de 1980. Tenía además, un Fallo de la Corte Suprema de Justicia de 2017 que dejaba muchas dudas porque seguía reconociendo derechos a la empresa extranjera Sea Search Armada Co.

En esas estaba, cuando el Consejo de Estado atendiendo una acción popular del ciudadano Antonio José Rengifo en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional, la Dimar, la Sea Search Armada Co y su abogado, en su condición de apoderado se falló una sentencia de unificación de jurisprudencia en 2018. En la acción popular se decía que la Dimar al momento de expedir la resolución de 1982 como denunciante de especies naufragas a la “Glocca Morra” había vulnerado los derechos de la Nación. El accionante solicitaba además, que se declarara la nulidad del acto administrativo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en 2011 había negado dichas pretensiones. El Consejo de Estado, en Sala Plena, concluyó que el patrimonio quedó blindado por la sentencia que había proferido la Corte Suprema de Justicia de 5 de julio de 2007. Con ello el Consejo de Estado no agregó nada nuevo, sino que mantuvo la vigencia de una sentencia a la que le faltaba claridad contra la opinión de los expertos tecnológicos, de los cuales no se ocupó el fallo.

De nuevo, el desconocimiento del Derecho Internacional por parte de una alta Corte fue evidente, porque si se quería decir que el galeón “San José” era patrimonio cultural del país, resultaba muy fácil sustentar esa tesis, basándose en el Tratado de Paz y Amistad, firmado en 1881 en París entre Colombia y España, que reconoció la independencia de nuestro país, en vez de hacer referencia a episodios de nuestro conflicto por obtener la autonomía absoluta. Sobre esa base político – jurídica, no restaba, sino acudir a la figura de los medios de adquirir el territorio y seleccionar la que se denomina “Sucesión de Estados” en la modalidad de “Sucesión por Emancipación”, que es

⁵⁴ EL PAIS. Renunciar al San José. Editorial – 12 de octubre de 2015

según Pallares: “la liberación de una colonia de la dependencia directa de la metrópoli como ocurrió con las distintas republicas americanas al momento de la independencia de la Corona española”⁵⁵.

7. CONCLUSIONES

- a) El gobierno de Colombia debe, adoptar una política pública de rescate del galeón “San José”, que se ajuste a los estándares internacionales sobre la materia, obligado como está por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención sobre Patrimonio Cultural y Natural de París de 1980.
- b) Colombia debe negociar un acuerdo honorable con España para el rescate del galeón “San José”, que se base en la preservación “in situ” de la mayor parte del pecio y del que puedan sustraerse ciertos elementos artísticos o arqueológicos.
- c) Colombia debe preveer el tratamiento que la bioarqueología da en la actualidad a los restos humanos, dado que según las crónicas de la época perecieron en ese naufragio cerca de quinientas personas.
- d) El Gobierno de Colombia debe consultar directamente a las Altas Cortes a fin que de conformidad con el Derecho Internacional profieran un fallo coherente que contribuya a definir los intereses del país.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ Carreno, J. ¿Quiénes reclamaran el tesoro del Galeón San José? Las dos Orillas.

ANDALUZ, Horacio. El derecho de la sucesión de Estados. Elche Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche volumen 1, marzo de 2007, pp. 258-293.

BENDECK Olivella, Jorge. El Galeón perdido, ¿Dónde está el San José? Bogotá, Villegas Editores, 2005.

CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969 SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS.

CONVENCIÓN SOBRE DERECHO DEL MAR DE JAMAICA DE 1982.

CONVENCIÓN SOBRE PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO.

CONVENCIÓN SOBRE PATRIMONIO DE LA UNESCO DE 1974.

⁵⁵ Op.cit. p. 321

EL PAIS – Editorial: Renunciar al San José. El País, 12 de octubre de 2018.

LEY 397 DE 1997.

MIRANDA Goncaves, Rebeca. La protección del patrimonio cultural subacuático en la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001. Medellín, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, No 24, 2017.

NEME Villarreal, Martha Lucia. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva- equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de roles conceptuales.

NUÑEZ, Pilar Trinidad. El proceso de las relaciones en el ordenamiento internacional entre Colombia y España como dos Estados soberanos; una mirada dese España. Madrid. Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 4, numeral 1, 2010

ORCA – OBSERVA TURLO DEL PATRIMONIO CULTURAL Y ARQUEOLOGICO- Universidad de Los Andes. Patrimonios Cultural Subacuático más allá de la historia de piratas, corsarios y naufragios. Bogotá, Boletín 13, Dic. 2017

PALLARES Bossa, Jorge. Derecho Internacional Público, Bogotá, Editorial Leyer, 2009.

PALLARES Bossa, Jorge. La Negociación Internacional Pública, entre los conflictos y los tratados de libre comercio. Cartagena, Ediciones Universidad Libre 2014.

PORTELA Vazquez, Esther. La Convención de la Unesco sobre la protección del patrimonio subacuático, principios generales. Madrid, cuadernos de derecho transnacional (octubre 2015), volumen 3, No, 2mpp 317 -337.

RENGIFO Lozano, Antonio José. Las objeciones de Colombia a la Convención Internacional de la Unesco sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Bogotá, Derecho y Política en la era de la sostenibilidad, 2009.