

Universidad La Salle

Escuela Profesional de Derecho



Tesis de Pre Grado

Título:

Legitimidad del Estado Peruano en el reclamo sobre el patrimonio cultural subacuático del
galeón “San José”.

Para optar el título profesional de Abogado, que lo presenta el bachiller:

Julián Bruce Zavala Calloapaza

Asesor de Tesis:

Dr. Dennis José Almanza Torres

Arequipa, 2019

Dedicatoria

Dedicado a Dios, y mi familia.

Agradecimiento

“Agradecer es una forma de reivindicación que guarda el corazón”

Anónimo.

Quiero agradecer a mis padres por su apoyo.

A mis hermanos por su paciencia e inspiración.

A mis amigos que saben de impulsar y de lealtades, a los que están cerca, lejos y cruzando el charco.

A los Hnos. de la Congregación de las Escuelas Cristianas por hacerme testigo de su celo ardiente, desde las aulas y por el trabajo pastoral en sus obras.

A mis profesores del Colegio Nacional San Juan Bautista de la Salle, por valorar el esfuerzo y la dedicación; en especial a la profesora María U. y al profesor Oliver R.

A mi asesor por el tiempo dedicado, su exigencia y la paciencia recibida para culminar esta travesía.

Y de forma especial a la profesora Arista Zerga por el apoyo desinteresado que me ha brindado desde el inicio del trabajo hasta su finalización; por el seguimiento, la crítica y el consejo.

Gracias al profesor Iván Montes por su apoyo y preocupación, parte del tema es culpa suya.

A los trabajadores del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, de la Biblioteca Nacional del Perú, y de la Marina de Guerra del Perú por las facilidades y la comprensión para el acceso a las fuentes documentales.

Y a todos aquellos que de alguna forma manifestaron interés y apoyo en este proyecto.

Gracias

Al Hno. Jean, Dios te guarde amigo.

Índice General

| | |
|---|----|
| Índice de Abreviaturas y siglas | 6 |
| Índice de Anexos | 7 |
| Resumen | 8 |
| 1. Problemática | 10 |
| 1.1. Problema | 10 |
| 1.2. Objetivos | 11 |
| 1.2.1. Objetivo General | 11 |
| 1.2.2. Objetivos específicos | 11 |
| 2. Antecedentes | 12 |
| 3. Contexto histórico-jurídico | 17 |
| 3.1. El virreinato en el Perú | 17 |
| 3.2. El tráfico comercial y la Armada Española | 19 |
| 3.3. La Guerra de Sucesión española | 21 |
| 3.4. El Galeón “San José” | 23 |
| 3.5. La Controversia sobre el hallazgo del “San José” | 25 |
| 4. Alcances del Derecho Internacional Público | 29 |
| 4.1. Principios del derecho Internacional en ejercicio del caso | 29 |
| 4.2. La costumbre internacional | 31 |
| 4.3. Los Actos Unilaterales | 33 |
| 4.4. El Reconocimiento Internacional | 36 |
| 4.5. Legitimidad, en el marco del derecho internacional | 38 |
| 4.6. Teorías de legitimidad internacional | 44 |
| 4.6.1. Apuntes preliminares | 44 |
| 4.6.2. Teoría pura del derecho u objetiva | 45 |
| 4.6.3. Teoría de la responsabilidad | 46 |
| 4.6.4. Teoría del destinatario directo de derechos y/u obligaciones | 48 |
| 4.7. Alcances de la legitimidad | 53 |
| 4.7.1. Sobre los tratados | 53 |
| 4.7.2. Sobre los sujetos de derecho | 55 |
| 4.7.3. Sobre la calificación de bienes culturales | 58 |
| 4.7.4. Vías de solución de controversias | 61 |
| 4.8. Relación del Derecho Internacional y el Derecho Interno | 64 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 4.8.1. | Concordancia entre el Derecho interno y el Derecho internacional público | 64 |
| 4.8.2. | La Constitución Política del Perú y el Control Internacional | 67 |
| 5. | Patrimonio Cultural: alcances y conceptos | 70 |
| 5.1. | Alcances generales sobre el Patrimonio Cultural | 70 |
| 5.2. | Definición del Patrimonio cultural | 75 |
| 5.3. | Patrimonio Cultural Subacuático | 79 |
| 5.4. | La Convención de la UNESCO 2001 | 84 |
| 5.5. | Normativa Peruana, en materia del Patrimonio Cultural Material - Subacuático | 88 |
| 5.6. | Derecho de “Propiedad” o Titularidad sobre bienes culturales | 92 |
| 5.6.1. | Concepción y concepto | 93 |
| 5.6.2. | Bienes principales y accesorios | 98 |
| 5.6.3. | Validez del Acto jurídico | 99 |
| 5.7. | Jurisprudencia internacional | 102 |
| 5.7.1. | Apuntes iniciales | 102 |
| 5.7.2. | El caso “Juno y La Galga de Andalucía” | 102 |
| 5.7.3. | El caso “Cisne Negro” | 106 |
| 5.7.4. | El caso “Vajilla China” | 108 |
| 5.7.5. | Caso Tinoco, El laudo Taft | 111 |
| 6. | Análisis del Caso | 113 |
| 6.1. | Posiciones en controversia | 113 |
| 6.1.1. | Posición Colombiana | 113 |
| 6.1.2. | Posición Española | 116 |
| 6.1.3. | Posición de Sea Search Armada | 118 |
| 6.2. | Legitimidad de la posición peruana | 119 |
| 7. | Conclusiones | 128 |
| | Bibliografía | 131 |
| | Anexos | 139 |

Índice de Abreviaturas y siglas

| | |
|------------|---|
| APP: | Asociación público privada |
| CADH: | Convención Americana sobre los Derechos Humanos |
| CIADI: | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| CIJ: | Corte Internacional de Justicia |
| CNUDM: | Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar |
| CONVEMAR: | Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar |
| Corte IDH: | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| D.L.: | Decreto Legislativo |
| DIDH: | Derecho Internacional de los derechos humanos |
| DIP: | Derecho internacional público |
| ED: | Ministerio de Educación |
| GMC: | Glocca Mora Co. |
| ICCROM: | Centro Internacional de Estudios de los problemas técnicos de la Conservación y de la Restauración de los bienes culturales |
| ICOMOS: | Consejo Internacional de Museos y Sitios |
| INC: | Instituto Nacional de Cultura |
| MHS: | Malaysian Historical Salvors |
| ONU: | Organización de las Naciones Unidas |
| SSA: | Sea Search Armada Co. |
| UNESCO: | Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura |
| WHOI: | Woods Hole Oceanographic Institution |

Índice de Anexos

| | |
|---|-----|
| Anexo A - Solicitud de Información dirigida a la Marina de Guerra del Perú. | 139 |
| Anexo B - Respuesta de la Marina de Guerra del Perú, autorización de ingreso al Archivo Histórico de la Marina. | 140 |
| Anexo C - Respuesta de la Marina de Guerra del Perú, a la solicitud de información (<i>Ver Anexo A</i>). | 141 |
| Anexo D - Solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, acceso al fondo documental del Archivo Central del referido ministerio de Estado. | 142 |
| Anexo E - Carta de presentación emitida por la Universidad La Salle, dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores. | 143 |
| Anexo F - Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, autorización de acceso al fondo documental | 144 |
| Anexo G - Solicitud de información dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. | 145 |
| Anexo H - Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores, a la solicitud de la Información (<i>Anexo G</i>). | 146 |
| Anexo I - Carta de presentación emitida por la Universidad La Salle, dirigida a la Biblioteca Nacional del Perú. | 147 |
| Anexo J - Solicitud de información dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. | 148 |
| Anexo K - Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, a la solicitud de información (<i>Anexo J</i>). | 149 |
| Anexo L - Declaración del ingreso de mercancías a Lima, provenientes de España, Colombia y puertos del Océano Atlántico, (1706 a 1708). | 151 |
| Anexo M - Registro de ida del galeón "Señor San José", capitana de la Armada de Tierra Firme, su maestre, Luis Vélez de Guevara, que salió con la Flota de José Fernández de Santillán, conde de Casa Alegre, para Tierra Firme, Archivos Estatales (España). | 153 |
| Anexo N - Licencia de Embarque, del galeón "San José" en dirección a Portobelo - Panamá, Archivos Estatales (España). | 155 |
| Anexo O - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, las 200 millas como tema marítimo relevante entre Colombia y Ecuador (<i>Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú</i>). | 156 |
| Anexo P - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, se establece comisión colombiana de Oceanografía (<i>Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú</i>). | 157 |
| Anexo Q - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, publicación de la Ley 10 de 1978 o "Ley del Mar", a fin a la teoría de las 200 millas. (<i>Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú</i>). | 158 |
| Anexo R - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, Colombia establece su mar territorial y zona económica exclusiva (<i>Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú</i>). | 160 |
| Anexo S - Línea de tiempo, señala las fechas y los eventos con relevancia respecto del caso materia de estudio. | 161 |

Resumen

En el presente trabajo, se expondrá un análisis sobre las teorías de legitimidad de los Estados, en el ejercicio de su soberanía dentro de los alcances del derecho internacional público y sus fuentes, a favor del reclamo sobre bienes sumergidos, bajo el supuesto de tratarse de patrimonio cultural sub acuático. Dicho análisis busca establecer fundamentos sobre la legitimidad del Estado peruano respecto de los bienes que comprenden tanto al galeón “San José” como la carga que esta contiene, por tratarse de un yacimiento sub acuático.

Palabras Clave

Reivindicación, Legitimidad, Patrimonio cultural subacuático, reconocimiento internacional, titularidad, derecho internacional público, yacimiento subacuático.

Abstract

In the present work, an analysis will be exposed on the theories of legitimacy of the states, in the exercise of their sovereignty within the scope of public international law and its sources, in favor of the claim on submerged goods, under the assumption of being underwater cultural heritage. This analysis seeks to establish arguments about the legitimacy of the Peruvian State regarding the assets that comprise both the "San José" galleon and the cargo it contains, since it is a sub-aquatic deposit.

Keywords

Claiming, Legitimacy, Underwater cultural heritage, international recognition, ownership, public international law, sub-aquatic deposit.

Resumo

No presente trabalho, uma análise será exposta sobre as teorias de legitimidade dos Estados, no exercício de sua soberania no âmbito do direito internacional público e de suas fontes, em favor da reivindicação de bens submersos, sob o pressuposto de ser herança cultural subaquática. Esta análise busca estabelecer argumentos sobre a legitimidade do Estado peruano em relação aos ativos que compõem tanto o galeão "San José" quanto a carga que contém, já que é um depósito sub-aquático.

Palavras-chave

Alegação, Legitimidade, herança cultural subaquática, reconhecimento internacional, propriedade, direito internacional público, depósito sub-aquático.

Problemática

Analizar la legitimidad del Estado peruano ante la hipotética interposición de un reclamo sobre los restos y las mercancías del Galeón San José, navío hundido el 8 de junio de 1708 producto del enfrentamiento con navíos ingleses. En este sentido, la Convención de la UNESCO del 2001, artículo 1, numeral 1, define como patrimonio cultural subacuático lo siguiente:

[...] 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, [...].

La clasificación desarrollada en la referida Convención comprende a los buques y otros medios de transporte análogos. En este sentido, el galeón “San José” era considerado un barco dedicado al combate, con forma apta para navegar a gran velocidad, acondicionado para el transporte y el traslado de cargamento. Este navío era usado para recorrer rutas comerciales entre España y sus colonias sudamericanas. Debido a la ruta que recorrió la embarcación, existe una contraposición de teorías sobre la propiedad de la carga a bordo, la cual se hace manifiesta en las posiciones de los distintos Estados y de la propia empresa privada inmersa en el asunto. Así, los países inmersos en controversia son: Colombia, España y Perú.

Problema

La legitimidad representa el primer paso para acreditar y fundamentar el interés o arraigo de parte de un Estado sobre determinada pretensión. Respecto del caso, se centra sobre la propiedad del patrimonio cultural siendo el Estado susceptible de ejercer derechos de propiedad ante la comunidad internacional. Por lo que requiere de un análisis jurídico sobre la existencia del legítimo interés, en el entendido del *forum non conveniens* y el arraigo sobre el patrimonio subacuático, en el campo del derecho internacional público.

Objetivos

Objetivo General

Determinar la legitimidad del Estado peruano sobre su titularidad respecto de los restos y mercancías sumergidas con el Galeón San José.

Objetivos específicos

Determinar los principios que se ejercen sobre el galeón “San José” y las implicaciones respecto a la propiedad de la embarcación y la carga.

Analizar la naturaleza jurídica del patrimonio cultural sub acuático a partir de la legislación internacional de la materia.

Determinar las teorías que contemplan la legitimación de los Estados ante reclamos sobre patrimonio histórico.

Desarrollar argumentos jurídicos a favor de la legitimación del Estado de Perú.

Antecedentes

Para Moncano y otros, citados por Buis (2015), el derecho internacional público, en adelante DIP, es definido como un sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional. Sin embargo, Sorensen (1973) considera que la expresión “derecho internacional” se refiere en *prima facie* a la regulación de las relaciones entre los Estados. En este sentido, los actos de los sujetos de derecho se analizan dentro de un tiempo y de un contexto determinado como es el caso de las acciones de los Estados en su calidad de miembros de la comunidad internacional. Por lo tanto, ante una determinada situación, o hecho, se identifican los derechos reconocidos y sus ejercicios a partir de los instrumentos adoptados. Al respecto, la legitimidad de los Estados está ligada a la evolución de las fuentes de derecho en el tiempo.

En el marco del ejercicio de la soberanía¹, el Derecho Internacional Público reconoce a los Estados y otros entes la calidad de sujetos de derecho. Razón por la cual, el presente trabajo debe analizar aquellas fuentes de derecho con carácter internacional que otorgan tal reconocimiento y revisten de legitimidad las pretensiones de determinados sujetos respecto del patrimonio cultural sub acuático, término desarrollado por la Convención de la UNESCO del 2001.

Además, la evolución del derecho supone una reforma normativa en el tiempo dentro de las exigencias actuales debido a los eventos históricos producidos por el Estado y que tienen la potencia de generar un estado de legitimidad a favor de una causa o ejercicio de un derecho

¹ Abramovich (2017), cita a Krasner al referirse a la soberanía y sus cuatro formas: i) soberanía de la interdependencia, que es la capacidad de un Estado de controlar, de hecho, las actividades dentro de su frontera, y más allá de ellas, incluido el movimiento de bienes, capital, ideas y vectores epidemiológicos; ii) soberanía nacional, consistente en la organización de la autoridad en una comunidad política determinada; iii) soberanía westfaliana, concepto que remite a la exclusión de autoridades externas, es decir, al derecho de un Estado a ser independiente de las estructuras de autoridad externas; iv) soberanía legal internacional, que se refiere al reconocimiento de un Estado por parte de los otros; este reconocimiento está asociado a la inmunidad diplomática y al derecho a firmar tratados y asociarse a organizaciones internacionales.

ante una situación actual o futura, llámese legitimidad de acción; es decir, debe considerarse la adecuación de la norma a los eventos o acciones suscitadas con relevancia jurídica. Esta facultad puede generar un reconocimiento dentro de los alcances del ejercicio del derecho en cuestión, en el entendido de “arraigo” o afinidad. En la esfera internacional, esta se valora a partir de una facultad del derecho interno, y posterior examen de las fuentes de derecho internacional.

Enmarcados en estas ideas iniciales, la variación de un contexto normativo respecto de una situación determinada requiere el análisis de los elementos jurídicos para el ejercicio del derecho del Estado a fin de argumentar sobre su legitimidad, respecto de una determinada pretensión. Para el fin antes mencionado debemos remitirnos tanto a los principios generales del derecho como a los principios del derecho internacional público, como son: la igualdad, la buena fe, la soberanía y otros (Ramella, 1967).

Sobre el caso de estudio, el galeón “San José” fue un navío de guerra perteneciente a la Corona Española, considerada nave insignia para el siglo XVIII, formó parte de la denominada “Armada de Avería” o Armada de la Guarda de la Carrera de Indias. La embarcación en cuestión fue hundida en el combate de Barú, el 8 de junio de 1708, producto del enfrentamiento naval entre los barcos de la armada española y navíos de la armada inglesa.

Respecto de las tareas asignadas al “San José”, se reconoce el traslado de carga² desde las colonias americanas hacia la península ibérica debiendo ser realizada dentro de un contexto de conflicto y de inestabilidad en las relaciones diplomáticas entre Estados europeos, inmersos en la Guerra de Sucesión española. A fin de realizar dicho traslado, se requería de un acopio

² Según el Archivo General de Indias, en la contratación 4734 se contempla que los bienes estaban valorizados en 532.628 pesos, según moneda de la época, incluyendo objetos de culto religioso. En general, el origen de los bienes era a razón de pagos por impuestos, donaciones y carga particular.

en los distintos puertos del Océano Pacífico dentro del virreinato y su posterior desplazamiento de tales mercancías con destino al puerto Perico, en Panamá. Posteriormente, los bienes recopilados eran conducidos a través de la “Ruta de Cruces” hacia Portobelo - Panamá, ubicado a orillas del Océano Atlántico, para que finalmente fueran cargados al galeón “San José” y otros navíos lo cuales tendrían como destino los puertos de Galicia, en España.

El hundimiento del navío, en el mar colombiano, trajo consigo la controversia sobre la titularidad de los bienes, o derecho de propiedad, razón por la cual el tema ha sido objeto de revisión judicial tanto dentro del derecho interno colombiano, como norteamericano, y ha tenido la participación de dos partes con intereses directos. Al respecto, se declaró al Estado colombiano como propietario de estos y se estableció a favor del ente privado el reconocimiento tanto del derecho de compensación por el descubrimiento y el reconocimiento del derecho de propiedad sobre los bienes que no sean catalogados como patrimonio cultural³; en última instancia, sólo se reconoció este último derecho.

Sin embargo, en el año 2015, el Estado colombiano declaró el hallazgo del galeón “San José” dentro de unas coordenadas diferentes a las expuestas por la entidad privada, Sea Search Armada, contempladas en el caso judicial de 1989⁴. A razón de esto último, el Estado español ha manifestado mediante el Secretario de Relaciones Exteriores, y otros funcionarios, que de

³ El 23 de enero de 1989, la empresa Sea Search demandó al Estado colombiano ante el Órgano Jurisdiccional de Colombia. En julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia de Colombia falló confirmando la sentencia de instancia anterior, reconociendo como válido el arreglo de quedarse en propiedad del 50% de los bienes que no sean catalogados como patrimonio cultural; dicho proceso inicio en base a las coordenadas 76°00'20" W - 10°10'17" N. Asimismo, el 8 de abril de 2013 la Corte de Apelaciones de Washington falló a favor del Estado colombiano ratificando la sentencia anterior y negando reparación pecuniaria alguna a favor de Sea Search.

⁴ El 4 de diciembre de 2015, el Juan Manuel Santos en calidad de presidente de Colombia, vía Twitter, declara haber encontrado el galeón “San José” en coordenadas distintas a las reclamadas por Sea Search. En 2017, el Estado colombiano declara el inicio de rescate de la embarcación con participación de entidades privadas mediante la conformación de una Asociación Público Privada.

tratarse del galeón “San José” es parte del patrimonio español y se reservan el derecho de acción hasta realizarse una extracción material de los bienes que lo comprenden.

Respecto a los bienes que trasladaba la embarcación hundida, se ha tomado conocimiento del origen peruano de una parte de los mismos, razón por la cual, el Estado peruano, como sujeto de derecho internacional, tendría atribuciones para argüir respecto de la legitimidad de su derecho de propiedad sobre los bienes sumergidos en el galeón “San José”, en el entendido de la procedencia de las mercancías. Por otro lado, a razón del derecho consuetudinario internacional sobre el traslado de los bienes y la sucesión de bienes de los Estados, se advierte una vinculación con la calidad de la embarcación en la fecha de desarrollado del hecho generador.

Por lo tanto, el presente trabajo abarca el estudio de la legitimidad del Estado peruano a fin de reconocerse su titularidad sobre los bienes que comprende tanto el galeón “San José” como la carga con calidad de patrimonio cultural subacuático; es decir, su derecho de propiedad sobre bienes culturales.

El presente trabajo abarca siete capítulos dentro de los cuales se presentan: la exposición del contexto histórico-jurídico en que se desarrollan distintos eventos hasta el hecho generador de la controversia judicial, los alcances del derecho internacional público centrándose en la legitimidad como elemento central del trabajo y su concordancia con el derecho interno. De igual forma, el patrimonio cultural y los alcances de la propiedad o titularidad de los bienes que lo comprenden, bajo el supuesto de patrimonio subacuático. Finalmente, el análisis del caso respecto de la legitimidad del Estado peruano y las conclusiones alcanzadas.

Para mayor detalle, el tercer capítulo comprende el contexto histórico-jurídico del tema por lo que se analizan algunos hechos relevantes. Dichos eventos están comprendidos en los siguientes subcapítulos: el virreinato del Perú, el tráfico comercial y la armada española, la

guerra de sucesión española, el galeón “San José” y la controversia sobre el hallazgo de este último.

En el cuarto capítulo se abarcará los alcances del derecho internacional público, lo cual comprende subcapítulos que desarrollen los principios del derecho internacional, la costumbre internacional, la teoría de los actos unilaterales de los Estados y el reconocimiento internacional. Asimismo, la legitimidad como concepto en el marco del derecho internacional, abarcando las teorías que se desarrollan acerca de esta y sus alcances respecto del caso. Complementariamente, se establecerá la relación del derecho Internacional con el derecho interno a partir del control internacional y la Constitución Política del Perú.

Seguidamente, en el quinto capítulo se desarrollará el patrimonio cultural centrándose en lo referido a los bienes materiales. Por tanto, en los siguientes subcapítulos se justificará los alcances sobre el patrimonio cultural, la definición del mismo, el patrimonio cultural subacuático y la Convención de la UNESCO del 2001. Además, se procederá con el desarrollo del derecho de propiedad sobre bienes culturales abarcando la definición de la titularidad del derecho, la clasificación de los bienes y la validez del acto jurídico de disposición. Prosiguiendo, se expondrá ciertos casos, jurisprudencia pertinente para el caso de estudio.

Finalmente, en el sexto capítulo se desarrollará el análisis de las posiciones en controversia, los actos relevantes y vinculantes para del derecho internacional, centrándose en la legitimidad a partir del interés de las partes. Al respecto, se requerirá un subcapítulo para la exposición de los fundamentos de la legitimidad del Estado de Perú sobre la reivindicación de los bienes sumergidos bajo el supuesto de bienes culturales del galeón “San José” y su carga.

Contexto histórico-jurídico

El virreinato en el Perú

El Estado peruano, como refiere Halperín (1972), alcanzó su independencia el 28 de julio de 1821, y con ello su calidad de sujeto de derecho internacional, situación que se confirmó el 9 de diciembre de 1824 mediante la firma de la Capitulación de Ayacucho resultado de la batalla desarrollada en la localidad de Ayacucho-Perú⁵. El documento en mención fue firmado por los representantes de los Estados, Antonio José de Sucre por parte de Perú, y por España, el jefe del estado mayor español José de Canterac, este último en representación del virrey; hecho que mantuvo la discusión sobre la validez del documento.

Con antecedencia, la presencia de la Corona española en el Perú se manifestó desde 1532 a través de la expedición militar encabezada por Francisco Pizarro, legitimado por el reino español a través de la Capitulación de Toledo⁶. La expedición española inició acciones en Quito y luego se dirigieron a Piura, territorios del entonces reino del Tahuantinsuyo. Según Bejarano Almada (2016), la legitimidad de las acciones de Pizarro y el ejercicio de la mencionada Capitulación se encontraban bajo el amparo de las Bullas Papales⁷ expedidas en 1493.

⁵ El 9 de diciembre de 1824 se desarrolló la Batalla de Ayacucho entre las fuerzas españolas y el ejército libertador siendo el resultado la victoria de este último bando, al virrey La Serna fue herido y tomado prisionero. La Capitulación se firma entre el general José de Canterac y el general Antonio José de Sucre; Canterac realiza los actos en representación del convaleciente virrey.

⁶ La Capitulación de Toledo, real cédula española suscrita el 26 de julio de 1529 entre Pizarro y la reina consorte Isabel de Portugal, en representación del monarca español, concedida por Carlos I a favor de Francisco Pizarro para la conquista y población del Perú; en dicho documento se otorga una exoneración tributaria para la extracción de recursos, numeral 11.

⁷ Como precisa Carvajal (2004), debido al descubrimiento de América, el Papa Alejandro VI emite las denominadas Bulas Alejandrinas, siendo tres las que establecieron la jurisdicción tanto del Estado español como de Portugal respectivamente; "*Examiniae Devotions Sibceritas*", "*InterCatera Divinae Majestatis Beneplácita*" y "*Dudum Quidem Omnes et Singulas*"; siendo la cuarta una ratificación de la tercera emitida por Julio II, "*Examiniae Devotionis*". En teoría, estos documentos sirvieron como sustento legal para determinar la exclusividad de dominio del Reino de España, la política comercial de las colonias americanas y limitación de jurisdicción. Inicialmente, no se manifestó oposición de parte de las potencias de la época.

El 26 de noviembre de 1532, dentro de sus actos de conquista se produjo la captura del Inca Atahualpa, gobernante del Imperio Incaico, posteriormente ejecutado. Asimismo, las acciones militares prosiguieron con la ocupación de la ciudad del Cuzco, realizada el 15 de noviembre de 1533. Reyna (2010) sostiene que los eventos descritos han supuesto diversas versiones en cuanto a su real motivación.

Posteriormente, se realizó una expansión a lo largo de América del Sur y parte de Centroamérica conformándose una nueva colonia, denominada Nueva Castilla⁸. Debido al vasto territorio que la comprendía se requería el diseño de un modelo de gobierno eficiente para la administración de la colonia. Inicialmente, se remitió a lo expresado en la Capitulación de Toledo para luego ser modificado mediante la Real cédula de Barcelona⁹; por medio de esta última se estableció el Virreinato del Perú y la gobernación de Venezuela.

Entre el siglo XVI y XVIII el virreinato del Perú estaba comprendido por los territorios de los Estados de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Además, la organización administrativa se ejerció a partir de las “Reales Audiencias”, como fueron: Panamá, Santa Fe, Quito, Lima, Charcas o de la Plata y Chile. Además, Malamud (1995) refiere que se estableció una organización político-administrativa de intendencias y gobernaciones complementarias entre ellas, y a partir del año 1717 se llegaron a establecer nuevos virreinos.

En este sentido, el virreinato fue una forma de gobierno que permitía centralizar las funciones administrativas en una ciudad capital y mantener la representación de la “Corona Española”

⁸ Según la Capitulación de Toledo, en su numeral 1 se establece una extensión territorial comprendida en 200 millas, así como exoneraciones arancelarias hereditarias y otros beneficios tributarios. Se llegó a dividir el territorio en: Tierra Firme, Nueva Castilla, Nueva Andalucía y Nueva León.

⁹ El 20 de noviembre de 1542, Carlos I emitió la real cédula de Barcelona por la cual determinó una división geopolítica que comprendía el Virreinato del Perú y la gobernación de Venezuela, además de una estructura administrativa basada en intendencias, cabildos y otros; además se da un reconocimiento a los dominios portugueses al este y tierras no descubiertas.

en la figura del virrey dentro de esta jurisdicción. La centralización de funciones ha sido tan importante en la recaudación de impuestos, como en la extracción de recursos y en el tráfico comercial. Sobre esta última, se destacó el comercio de especies y de herramientas de metal¹⁰. Además, se estableció una sociedad estamental de clases basada en criterios de prelación como el lugar de nacimiento, grupo étnico y valor de bienes materiales.

El tráfico comercial y la Armada Española

Acerca del tráfico comercial, existieron rutas tanto por tierra como por mar, siendo estas últimas las de mayor importancia a razón de la distancia y los ingresos que suponían las cargas que trasladaban, por tratarse de impuestos. Además, las características respecto del volumen de los navíos, cargamento, y la disposición de los puertos eran condiciones necesarias de explotar. Al respecto, a partir de 1564¹¹ entre las colonias y España se dispuso la salida de las flotas anualmente, en abril y en agosto. Esto generó la conformación de flotas¹² por seguridad, y en conformidad a la ley implementada.

Como refiere Serrano Mangas (1991), las rutas comerciales o de transporte marítimo estaban fijadas y tenían como punto de partida los puertos andaluces, proseguían por costas africanas y pasaban por las Islas canarias. Posteriormente, el recorrido era: Pequeñas Antillas, Cabo de la Vela, Cartagena de Indias y finalmente Portobelo, también llamado “Nombre de Dios”.

¹⁰ Archivo General de la República, en el documento denominado “Libro Manual de Cuentas”, signado como TC-GO Nro. 2 Legajo 7, en el cual consta la declaración del ingreso Lima-Callao, provenientes de España, Colombia y puertos del Océano Atlántico; entre los años 1706 a 1708; en dicho documento se declara como mercancías: azúcar, salitre, ropa, lana, anís, esclavos y otros. Asimismo, se advierte que no hay declaración sobre ingresos de metales preciosos u orfebrería (Anexo L).

¹¹ Mira Caballos (2015), resalta que inicialmente la reforma del sistema naval se dio con cédula real del 16 de julio de 1561 que propuso la salida de puerto de dos flotas anuales que se preveían: una que partiría en enero y otra que lo haría en agosto. Posteriormente, mediante cédula real del 18 de octubre de 1564 sólo se modificó respecto de la primera, por lo cual zarparía en abril.

¹² Para Hevia (1797), el término “Flota” según la Ley de Partida española comprendía la conformación de un grupo de naves, mientras que un número pequeño suponía una “armada”. Asimismo, establece que comúnmente se le llamaba “flota” cuando las naves son de mercancía, y “armada” cuando son de guerra. Adicionalmente, según la Ordenanza real española de la navegación de Indias de 1591, se estableció que: “Ningún navío puede ir a las Indias, sino es en Flota”.

Es necesario mencionar que la hegemonía de la armada española en el Océano Atlántico y Pacífico durante los siglos XVI al XVIII se manifestó desde su organización, por lo que se infiere que el mar era una vía requerida e idónea para el transporte de mercancías. En este sentido, también representó un alto riesgo, por los costos de manutención y de seguridad para las embarcaciones. Esto último debido a la aparición de corsarios a sueldo, lo cual produjo enfrentamientos en alta mar y, por consiguiente, pérdidas económicas a partir del coste por extravío de las naves y de las cargas de estas. Estos hechos se presentaron también entre los siglos XVII y XVIII, como refiere Pérez Turrado (1992).

Sobre su organización, la armada¹³ española se encontraba dividida según su ubicación o jurisdicción, de la siguiente manera: de las costas atlánticas, del mar Caribe y de las costas de la mar del sur. Al respecto, Pérez Turrado (1992) sostiene que a partir del año 1718 se dispuso la unificación de las armadas españolas, en la que se conoció como la “Armada de Barlovento”. Sin embargo, la Armada de Avería fue la única excepción a la disposición dictada, situación que se mantuvo hasta el año 1748.

Respecto del comercio, Carmen Yuste (1987) sostiene que el origen de las mercancías era diverso, advirtiéndose la presencia de textiles asiáticos tanto en Panamá como en otros puertos, entre los siglos XVI y XVII. Posteriormente, las autoridades españolas promovieron la interposición de medidas restrictivas en la comercialización de dichos productos debido a la práctica del contrabando. Al respecto, en la declaración de mercancías en los puertos americanos se evidencia la existencia de productos no ibéricos, e incluso la comercialización de esclavos (ver Anexo L).

¹³ Según lo expuesto por Pérez Turrado (1992), la jurisdicción de la armada española respecto de las Costas Atlánticas comprendió el Golfo de México y Mar de la Plata (Río de la Plata). Sobre el denominado “Mar Caribe” abarcó: la Costa Firme (Panamá) y Cartagena. Asimismo, acerca de las “Costas de la Mar del Sur” se consideraba a las costas chilenas, las costas peruanas, las costas de Ecuador, Colombia y Panamá.

La Guerra de Sucesión española

Adicionalmente, a inicios del siglo XVIII, el reino español entró en una crisis por falta de sucesor a la corona y estalló la guerra de sucesión, por lo cual se conformaron dos bandos que sostenían la legitimidad de distintos aspirantes al trono. Además, los actos de administración se impartían por ambos lados, tanto dentro como fuera de la península ibérica, provocando demoras en la emisión de permisos o licenciamientos. En el caso del galeón “San José”, luego de 7 años, el 10 de marzo de 1706 se le otorga el licenciamiento de partida, o de salida de puerto, como parte de la Flota de Galeones de Tierra Firme.

En el siglo XVI, Francia cuestionó las Bulas papales de Alejandro emitidas por la Santa Sede a favor del reino español, para legitimar su ocupación y la conquista de los territorios de América. Esta posición fue compartida por las casas reales de Inglaterra y Holanda. Cabe señalar que en aquel momento se había suscitado la reforma protestante, y las principales potencias cuestionaban los argumentos utilizados para otorgar derechos reales sobre tierras y personas en América (Pérez Turrado, 1992).

En 1700, se originó la guerra de sucesión de España por el fallecimiento de su monarca, Carlos II¹⁴, miembro de la Casa de Habsburgo, quien no tuvo descendencia. Este evento provocó la generación de dos bandos beligerantes a fin de determinar el heredero al trono español; un bando representado por la casa borbónica cuyo miembro era Felipe de Ajou¹⁵, hijo de Luis XIV, apoyado por la Corona de Castilla; el cual pretendía instaurar un modelo de gobierno centralista monárquico, lo cual suponía una reforma administrativa y la reducción de facultades de las comunidades autónomas. En el otro bando, se encontraba la Casa de Austria

¹⁴ Jiménez Moreno (2007), resalta que Carlos II era descendiente de Isabel hija de Enrique IV, rey de Francia, y Felipe IV, rey de España y miembro de la casa de Habsburgo española, por tanto tenía lazo de consanguinidad tanto con la corona francesa como con la casa de Austria.

¹⁵ *Ibíd.*, Felipe duque de Anjou fue hijo menor de Teresa, hermana de Carlos, y Luis XVI, rey de Francia, y apegado a casa de los borbones de Francia.

y el Archiduque Carlos¹⁶, apoyados por la Corona de Aragón; para algunos historiadores españoles, este propugnaba mantener un modelo de gobierno federal de monarquía, mediante las llamadas comunidades autónomas.

Al respecto, Jiménez (2007) señala que previendo la situación de conflicto se buscó compensar las renunciaciones a los derechos sucesorios manifestados por los aspirantes a la corona y se propuso un Tratado a fin de ceder territorios y determinar la designación del sucesor, lo cual en su momento se aprobó. En 1698, se procedió a la firma del Tratado de Partición de Madrid mediante el cual se reconocía a José Fernando de Baviera¹⁷ como heredero al trono de España. Sin embargo, tras su muerte, se negocia y se procede a establecer un Segundo Tratado de Partición, por el cual se reconocía como heredero al trono al archiduque Carlos, realizándose varias concesiones a favor de Francia, lo que generó la insatisfacción manifiesta por parte de la casa de Austria que reclamó la totalidad de la herencia, y sin solución inmediata, en mayo de 1702 se declaró la guerra.

La Guerra de Sucesión de España concluyó en 1713, a pesar de subsistir pequeños grupos de resistencia en territorio español, firmándose el primer Tratado de Utrecht el 11 de abril entre la Monarquía de Gran Bretaña y sus aliados, con la Monarquía de Francia; como gran consecuencia, se optó por la partición de algunos territorios bajo dominio de la Monarquía española. Téngase en consideración que el lado vencedor fue la Casa de Borbón, lo que supuso una compensación a sus aliados por la campaña emprendida. Como resultado, los territorios comprendidos por los Países Bajos católicos, el reino de Nápoles, Cerdeña y el

¹⁶ *Ibíd.*, Archiduque Carlos perteneció a la casa de los Habsburgo austriaca y tenía lazo parental por parte de su madre con el fallecido rey; el Tratado de partición le dio derecho legal al trono español. Incluso bajo la alianza de Saboya, el 12 de septiembre de 1703 el emperador Leopoldo I proclamó formalmente al archiduque Carlos de Austria, su hijo, como "Rey Carlos III de España", renunciando al mismo tiempo en nombre suyo y de su primogénito a los derechos a la corona hispánica, lo que hizo posible que Inglaterra y Holanda reconocieran a Carlos III como rey de España. A partir de aquel momento había formalmente dos reyes de España, datos complementarios expuestos por Albareda (2010).

¹⁷ *Ibíd.*, José Fernando de Baviera fue el tercer candidato a la corona española, fue apoyado por Inglaterra y los Países Bajos, el 6 de febrero de 1699 murió a los 7 años.

ducado de Milán quedaron en manos del entonces emperador Carlos VI del Sacro Imperio Romano Germánico, mientras que el reino de Sicilia pasó a pertenecer al duque de Saboya.

Posteriormente, el 10 de julio del mismo año se firmó un segundo Tratado de Utrecht entre Gran Bretaña y España según el cual Menorca y Gibraltar pasaban a control de la primera, además de otras concesiones territoriales de Francia. Adicionalmente, Gran Bretaña obtuvo privilegios comerciales en el mercado de esclavos, evidenciados en los tributos comprendidos como el derecho de asiento, y el “navío de permiso” ejercidos en las Américas; como lo manifiesta Albareda (2010).

El Galeón “San José”

Al respecto, es necesario señalar que el galeón “San José” fue construido entre 1696 a 1699, a la par de su gemelo, el “San Joaquín”. La construcción estuvo a cargo de Pedro de Aróstegui¹⁸, siendo secundado por su hijo Francisco; para tal fin, se utilizaron las instalaciones del astillero Mápil, en España; la supervisión recayó en José Antonio de Gaztañeta e Iturrizabaga, Asimismo, según la descripción de Rafael Monleón¹⁹, el navío disponía de 64 cañones, tripulación de 550 hombres, y capacidad para desplazar 1037 toneladas. Tanto el “San José” como el “San Joaquín”, por la calidad de miembros de la Armada de la Guarda de la Carrera de Indias, también llamada “Armada de Avería”, realizaron acciones de escolta y de transporte de mercancías como de pasajeros provenientes de América del Sur. El 8 de junio de 1708, la armada en mención se ve inmersa en el combate de Barú, contra la flota inglesa, producto del enfrentamiento se hunde la embarcación.

¹⁸ Tanto el Gobierno de Colombia como historiadores españoles están de acuerdo en el origen de construcción y los datos de su capacidad de carga, esto se extrae por los datos referenciados en la comunicación publicada por el despacho de la Presidencia de Colombia, 5 de diciembre de 2015 (Gobierno de la República de Colombia, 2015).

¹⁹ Rafael Monleón, fue un pintor español, en calidad de restaurador y conservador del Museo Naval de España fue quien ilustró el detalle de varios navíos españoles respecto a su diseño, incluido el galeón “San José”, en 1895.

En este sentido, es necesario resaltar que el 10 de marzo de 1706²⁰ el navío zarpó de Cádiz como parte de la Armada de Tierra Firme, la cual se encontraba compuesta por 10 navíos mercantes con la escolta del “San José”, en calidad de la capitana, navío insignia del general José Fernández de Santillán conde de Casa Alegre, el “San Joaquín”, la almiranta, que estaba a cargo del almirante Miguel Agustín de Villanueva y el patache “Santa Cruz”. Hay que resaltar que la travesía a través del Atlántico se realizó junto a la Flota de Nueva España a cargo de Diego Fernández de Santillán; cuya capitana era el navío “Nuestra Señora de Guadalupe”, de la Armada de Barlovento, algunos datos al momento de su partida del navío materia de estudio corresponden a los descritos en la declaración de salida, contenida en el Anexo M.

El trayecto realizado por el navío “San José” inicia en el puerto de Cádiz, como se observa en el Anexo mencionado en párrafo anterior. Seguidamente, la Armada española se dirigió al puerto de Cartagena de Indias, Colombia, siendo su siguiente destino el puerto de Portobelo, Panamá. Finalmente, el retorno se desarrolló en un orden inverso al descrito hasta la salida del puerto de Cartagena de Indias el 7 de junio de 1708; dicho trayecto se realizó en el océano Atlántico.

Respecto a la carga del “San José”, no se dispone de documentación que detalle tanto la cantidad como su origen debido a que el registro se encontraba en el interior del navío, por lo tanto, los detalles se encuentran sujetos a conjetura, a partir de ciertos indicios. Según lo detallado por Rahn (2010), a partir de la declaración²¹ de carga del navío San Joaquín,

²⁰ Para Xavier Alberdi (Aiestaran, 2015), responsable del departamento de investigación de Albaola, considera que la demora en que se dispone del navío responde a permisos gubernamentales y ciertas disputas, dentro de un contexto de la guerra de sucesión. Además, Albaola es una entidad encargada de la puesta en valor y reconstrucción del ballenero San Juan, declarado patrimonio cultural subacuático en 2014, respecto del pecio rescatado.

²¹ Rahn (2010, pág. 301) en su libro recopiló parte del testimonio de José López Molero a razón de declaración jurada sobre la carga del navío San Joaquín, como consta en el Archivo General de las Indias, Contaduría, leg. 582, folios 625-667.

realizada en Portobelo y su posterior descarga en el puerto español de La Coruña, se puede tener un indicio acerca del origen de la carga. Al respecto, se describe como destino la administración española, por la información recogida, la cual era concerniente a salarios, pago por casa de aposentos, tributos, bienes de difuntos, donaciones para la cruzada y otros. Entonces, se puede sostener como uno de los lugares de origen el Perú.

Como se ha mencionado, el navío partió de Cartagena de Indias rumbo a La Habana, Cuba, siendo interceptado el 8 de junio de 1708. Previamente, la tripulación había participado de la feria de Portobelo habiendo realizado reparaciones en el punto de partida antes mencionado. La interceptación fue realizada por una flota británica comandada por el comodoro Charles Wager. Dicha acción desencadenó la mal denominada “Batalla de Baru”, entre la flota española pro-borbónica y los aliados a favor de la sucesión del archiduque Carlos; el incidente acabó con el hundimiento del galeón “San José”.

La Controversia sobre el hallazgo del “San José”

En principio resulta necesario resaltar lo señalado por Sea Search Armada y el Estado colombiano en el proceso judicial seguido por ambos, la misma que fue recogida en el fallo emitido por la Corte del Distrito Federal de Columbia Estados Unidos, donde el juez James E. Boasberg expone:

En 1980, la Dirección General Marítima, una agencia colombiana que regula la actividad marítima, autorizó a la empresa Glocca Mora Co. a explorar la plataforma continental colombiana en busca de naufragios. (...) ubicó lo que creía que era el San Jose en 1981, y GMC y Colombia acordaron posteriormente que GMC recibiría el 35% del tesoro recuperado del sitio. Luego, a Sea Search Armada se le asignaron los derechos de GMC bajo el acuerdo, (...) y en 1984, Colombia acordó que la SSA tendría derecho al 35% de la propiedad proveniente de San José. (...) Sin embargo,

Colombia se negó a firmar un contrato escrito con la SSA y le denegó el permiso a la SSA para realizar operaciones de rescate completas (...). Poco después, el Parlamento colombiano aprobó una ley que otorgaba a Colombia todos los derechos sobre el tesoro recuperado de San José, extinguiendo así cualquier derecho que SSA tuviera. De acuerdo con la nueva ley, la SSA solo tendría derecho a un 5% de tasa de búsqueda, que se gravaría a una tasa del 45%. (Sea Search Armada v. The Republic of Colombia, 2011).

Del párrafo anterior, se extrae que la controversia se sustenta en hechos que datan de 1980, con un acuerdo inicial que no se llegó a perfeccionar, entre la entidad privada y el Estado de Colombia; estos hechos generan el inicio de un litigio judicial. Asimismo, se advierte que los derechos demandados tenían como titular a la compañía Glocca More Co. la cual transfirió los mismos a favor de otra empresa Sea Search Armada. Cabe precisar que la controversia inició el 13 de enero de 1989 con la interposición de demanda ordinaria civil, según el ordenamiento jurídico colombiano. El 6 de julio de 1994, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla emitió sentencia de primera instancia determinando que los bienes que tengan la calidad de “tesoros” pertenecen por partes iguales (50%) al Estado de Colombia y a Sea Search Armada, entidad privada.

Complementariamente, se hace una aclaración sobre los bienes que abarca la sentencia:

[...] se encuentren **dentro de las coordenadas y áreas aledañas referidas en el ‘REPORTE CONFIDENCIAL SOBRE EXPLORACIÓN SUBMARINA’** en el Mar Caribe de Colombia presentado por la sociedad Glocca Morra Company, de fecha 16 de febrero de 1982 [...] (Sea Search Armada contra La Nación Colombiana, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Procuraduría General de la Nación, 2007, p. 5) (Resaltado nuestro)

Adicionalmente, la mencionada sentencia fue confirmada por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, que emitió su fallo el 7 de marzo de 1997. Sin embargo, a solicitud de las partes se interpuso un recurso de casación. Por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Civil emitió sentencia el 5 de julio de 2007 mediante el cual se confirma la sentencia apelada y se desarrolla un pronunciamiento sobre el segundo punto del fallo citado, que dice:

(...) se MODIFICA (...) **la propiedad allí reconocida, por partes iguales, para la Nación y la demandante, está referida única y exclusivamente a los bienes que, (...) sean aún susceptibles de calificarse jurídicamente como tesoro,** en los términos del artículo 700 del Código Civil y de la restricción o limitación que a él le impuso el artículo 14 de la Ley 163 de 1959, entre otras disposiciones legales aplicables y, de otro, a que alude la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, expedida por la Dirección General Marítima y Portuaria, (...) **sin incluir, por lo tanto, espacios, zonas o áreas diversas.** (Resaltado nuestro)

Sin embargo, se llevó a la par en vía administrativa algunos trámites que devinieron en la interposición de una demanda. Posteriormente, con el resultado del proceso contencioso administrativo se interpuso un recurso de revisión sobre la sentencia que emitiera el Juzgado Dieciséis Administrativo de Bogotá, la sentencia del primero de junio de 2009. En este sentido, el Consejo de Estado respecto de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo confirmó la misma.

Para finalizar el contexto histórico del caso, es preciso mencionar dos hechos relevantes.

Primero, la Dirección General Marítima del Estado reportó, en 1982, que:

(...) los objetivos principales, en grueso e interés se encuentran ligeramente al oeste del meridiano 76", y están apenas centrados alrededor del Objetivo A y sus partes

asistentes, que están localizadas en la vecindad inmediata de 76° 00' 20" W 10° 10' 19" N, (...)

Segundo, el 4 de diciembre de 2015, Juan Manuel Santos en calidad de presidente de Colombia publicó en su cuenta de twitter, lo siguiente: “Gran noticia: ¡Encontramos el Galeón San José! Mañana daré los detalles en rueda de prensa desde Cartagena”. - Juan Manuel Santos (@JuanManSantos) diciembre 4, 2015 (Elpaís.com.co, 2015). Al contraponer ambos hechos, se debe precisar que la declaración de Colombia establece como ubicación de los bienes sumergidos las siguientes coordenadas: 76° 00' 20" W 10° 13' 33" N, la cual difiere de la reportada en 1982 y ha sido sustento para desconocer el alcance del fallo respecto de la titularidad de los bienes sumergidos y los derechos comerciales sobre estos. Por lo tanto, el Estado nor-oriental postula un reclamo por hallazgo, del “San José”.

Respecto del hallazgo, el Estado colombiano informó que contó con el apoyo de Woods Hole Oceanographic Institution (WHOI), entidad privada. Dicho servicio se dio en el marco de la norma sobre Patrimonio cultural subacuático de Colombia²², mediante la cual se avala la conformación de una Asociación Público Privada (APP) con la finalidad de realizar el rescate de bienes sumergidos, y las tareas que esto conlleve. Por consiguiente, es razón suficiente para entender como reclamo la acción realizada por el Estado de Colombia.

Al respecto, el Estado Peruano²³ no ha realizado un reclamo formal respecto de la reivindicación sobre la titularidad de los bienes sumergidos del Galeón “San José”. Siendo necesaria una exposición de razones respecto de la legitimidad, sobre la titularidad de los bienes comprendidos, por parte del Perú.

²² Ley 1675 de 2013, centrándose en especial en los artículos de contratación comprendidos en su Capítulo III.

²³ El 4 de mayo de 2018 conforme a la Ley Nro. 1712 Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública del Estado de Colombia, se presentó una solicitud de información por medio electrónico, respuesta que fue recibida el 18 de junio de 2018, refiriendo que: “no se encontró documento alguno relacionado con una supuesta consulta al Estado peruano en el marco de hallazgo del Galeón San José”.

Alcances del Derecho Internacional Público

Principios del derecho Internacional en ejercicio del caso

Acerca de los principios en referencia, el primer acercamiento a una definición sobre estos se expresa en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual les hace alusión: “los principios generales de derecho reconocidas por las naciones civilizadas”, si bien la expresión citada hace referencia a los principios del derecho internacional, no deja de ser una idea general y ambigua. Por esta razón, como precisa Virally (1973), la búsqueda de los principios nace en el orden interno de los Estados y luego pasan a ser valorados mediante los tribunales internacionales a razón de ser “generalmente reconocidos”, ya sea mediante un tratado o por la costumbre.

Al respecto, Ramella²⁴ (1967) expone algunas ideas importantes acerca de los principios y la conformación de los organismos internacionales a lo largo de la historia, los cuales convergen en dos razones; primero, el derecho es el medio que permite la unidad de las naciones, y va de la mano tanto de la igualdad como de la unidad. Entonces, podemos inferir que las ideas de organización internacional²⁵ se fundaron bajo estas dos premisas, y maduraron con el tiempo. Por otro lado, se debe resaltar que a través del Tratado de Utrecht-Rastatt, de 1713, se instauro la doctrina del equilibrio (Ramella, 1967). Sobre el principio de equilibrio se puede inferir que su fundamento es evitar el ejercicio de un poder abusivo; dicho con otras palabras, el predominio de un Estado sobre otro dentro de una comunidad internacional.

²⁴ Pablo Ramella (1967) destaca como principios del DIP a la igualdad, soberanía, el arreglo pacífico de las controversias, la obligación de ayuda, la buena fe, la prohibición del abuso de derecho y la no intervención o de la “jurisdicción doméstica”. Adicionalmente, rescata los principios aprobados por el Comité de la Asamblea General que fueron: Igualdad soberana de los Estados, el Arreglo pacífico de las controversias.

²⁵ *Ibíd.*, (1967, pág. 67) destacó como ejemplos sobre intentos fallidos de organizaciones internacionales al Congreso de París de 1815 y el Congreso de Aquisgrán de 1818, los cuales buscaban el predominio de ciertos Estados sobre otros.

En este sentido, varios tratadistas destacan la importancia de los principios generales del derecho internacional exponiéndolos como aquellos puntos de convergencia entre los sistemas jurídicos de los Estados. Dentro del alcance del análisis del presente trabajo, la convergencia de principios se manifiesta mediante tratados, dentro del ejercicio de soberanía, y su posterior implementación y adecuación en el derecho interno. Dicha afirmación se manifiesta por el ejercicio del control de convencionalidad²⁶, y lo expresado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Para Barberis (1982), Sorensen (1973) y otros, los principios del derecho internacional se infieren de los tratados y de la costumbre internacional, por lo que su aplicación e interpretación evoluciona en el tiempo dada la naturaleza de la disciplina. Por lo tanto, se debe considerar como fuentes del derecho a los tratados, a la costumbre internacional, a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina; enmarcados en la manifestación de voluntad y la buena fe. Como señala Novak Talavera (2013), ambos principios son históricos y reconocidos mediante el *pacta sunt servanda* y la intencionalidad de los actos de los Estados, prohibición explícita del abuso del Derecho.

Por otro lado, si bien se ha referido a las fuentes formales se debe tener en cuenta que tanto la manifestación de voluntad, en *prima facie*, como el ejercicio de soberanía son fuentes de derecho internacional. Asimismo, la teoría de los actos unilaterales de los Estados ha tomado mayor importancia debido a que varios tratadistas están de acuerdo sobre los alcances jurídicos que desarrolla en la generación de obligaciones internacionales. Además, el reconocimiento de un Estado lo constituye a este como una nación civilizada y pasible de responsabilidad internacional.

²⁶ Para el ordenamiento jurídico peruano, “el control de convencionalidad” se puede entender en el marco de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el ejercicio de confrontación entre los actos domésticos y las disposiciones convencionales, a fin de apreciar la compatibilidad de la normativa disponiendo reforma, abrogación o inaplicación (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013).

La costumbre internacional

Al respecto, la costumbre internacional es considerada como una fuente primordial del DIP propio del proceso de evolución y madurez de esta área del conocimiento. Asimismo, la definición o las consideraciones conceptuales que esta abarca son discutibles con ciertos puntos convergentes, al respecto varios especialistas consideran que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁷, o CIJ, manifiesta un correcto acercamiento a una definición en el sentido de considerarla como una “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”; términos contenidos en su artículo 38.

Por su parte, para García-Corrochano & Novak Talavera (2005) consideran que la costumbre tiene ciertos elementos constitutivos, llámense material o histórico, y psicológico o subjetivo, mediante estos se otorga legitimidad a los actos jurídicos de los sujetos de derecho y, por consiguiente, se reconoce su titularidad sobre los mismos. Queda claro que la costumbre se establece de forma posterior a una conducta y sumado a los antecedentes desarrollados respecto de esta.

Por lo tanto, el ejercicio de conformación de la costumbre internacional parte de la concepción del “uso inmemorial”, entendido como la publicidad de los actos y su continuidad en el tiempo ante la comunidad internacional. Como bien resaltan los autores previamente citados, se puede considerar el transcurso del tiempo como un requisito para otorgar la condición de acto repetitivo y alcanzar la calidad de costumbre, pero este no necesariamente es un valor fijo, como resalta Jiménez de Aréchaga en el “Asunto Wimbledon”, de 1923, del cual se extrae que: “El hecho que no haya transcurrido más que un breve tiempo no constituye

²⁷ El Estatuto de Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, en el artículo 38 establece que las fuentes de derecho en el DIP “(...) deberá aplicar: a. las convenciones internacionales (...). b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho c. Los principios generales del derecho (...) d. Las decisiones judiciales y la doctrina (...)”.

necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional Consuetudinario surgida de una norma de origen convencional”²⁸.

Ahora, al referirse a la continuidad en el tiempo de un acto se hace referencia esencialmente a la normalidad de la conducta, cabe decir un trato o respuesta uniforme a distintas situaciones aun dentro de las diferencias entre estas. Además, la jurisprudencia también ha sostenido la necesidad de la “generalidad en el espacio”, denotándose que para su validez dicha acción o acto jurídico tenga una participación mayoritaria de los Estados, es decir, que su práctica o uso del acto sea común. En otras palabras, dichos actos sean realizados por otros Estados y sean aceptados, y carezcan de cuestionamientos en el fondo. Asimismo, sostenemos que la expresión “generalidad en el espacio” tiene un alcance jurisdiccional de un sistema o criterio jurídico, ya sea de cercanía o vecindad entre los Estados, como es el caso de la Unión europea.

A partir del fallo sobre el caso “Asunto de derecho de paso por territorio Indio”, García Corrochano y Novak Talavera (2005) consideran que una costumbre internacional local se origina cuando en el hecho participan dos Estados vecinos y se generan derechos y obligaciones entre ellos; en otras palabras, el acto jurídico entre dos sujetos de derecho puede generar una costumbre local si hay un criterio de vecindad o cercanía entre las partes, además que el acto o conducta sea continua en el tiempo.

De igual manera, el elemento psicológico o espiritual abarca dentro del derecho tanto a la conciencia como al grado de conocimiento sobre la realización de una conducta y por consiguiente la trascendencia de esta. Algunos juristas la denominan como “necesidad del derecho” entre Estados, para otros la describen como la “conciencia de la necesidad”. En este

²⁸ Según García-Corrochano & Novak Talavera (2005), dicha aseveración ha sido confirmada reiteradamente en otros casos, Asunto del derecho de Asilo y el Asunto del derecho de paso en territorio indio (1950) y Asunto Plataforma Continental del Mar del Norte (1969).

sentido, se le debe entender como el reconocimiento de los efectos de un acto jurídico dentro del ejercicio de la soberanía del Estado; es decir, “*Inveterata Consuetudo et Opinio Iuris Seu Necessitatis*”²⁹.

Por lo tanto, la costumbre internacional es un acto jurídico de consenso entre, al menos, dos Estados, a través del tiempo, mediante el cual se ejercen derechos como: el derecho a la soberanía de un Estado, la autodeterminación y otros. Cabe indicar que estos se encuentran dentro del marco del equilibrio de la comunidad internacional, a fin de generar una relación de derechos y obligaciones en el tiempo, para dotar de reconocimiento internacional a una determinada situación pasible de sanción.

Los Actos Unilaterales

En el informe sobre Actos Unilaterales de los Estados³⁰ elaborado por las Naciones Unidas, se manifiesta que:

(...) La doctrina concluye que los actos unilaterales no constituyen una fuente del derecho. Ello no quiere decir, sin embargo, que un Estado no pueda crear derecho internacional por sus actos unilaterales. Algunos de estos actos pueden dar nacimiento a derechos, obligaciones o relaciones jurídicas, pero no constituyen por ello una fuente de derecho internacional. Los actos unilaterales son fuentes de obligaciones internacionales (Rodríguez Cedeño, 1998, p. 353).

En este sentido, Novak Talavera (1994) recoge la definición desarrollada por Jiménez de Aréchaga, sobre los actos unilaterales, que dice: “[El acto unilateral es] la **declaración de**

²⁹ Definición romana de la Costumbre, determina como elementos esenciales: la repetición continua de una acción a lo largo del tiempo y la conciencia de la necesidad del cumplimiento de la regla.

³⁰ El Documento A/CN.4/486, hace referencia al primer informe sobre Actos Unilaterales de los Estados fue elaborado por el Comité de Derecho Internacional de Naciones Unidas emitido el 5 de marzo de 1998, cuyo relator fue Víctor Rodríguez Cedeño.

voluntad de un único sujeto de Derecho Internacional que tiene por objeto dar origen a vínculos jurídicos internacionales, cuyos efectos previstos o autorizados por el Derecho Internacional”. De forma complementaria, Novak apunta una definición realizada por Guillermo Moncayo al respecto, señalando que: “**Se considera actos unilaterales de los Estados** a aquellas manifestaciones de voluntad emanadas del Estado y que tienden a producir ciertos efectos jurídicos” (Resaltado nuestro).

En igual sentido, Rodríguez Cedeño (1998) considera que la existencia de los actos unilaterales, como expresión de voluntad de un Estado, se legitiman dentro de las relaciones convencionales, e incluso va más allá al expresar que la fuente principal de las obligaciones en el DIP son los actos jurídicos, infiriéndose un ejercicio de interpretación en el amplio sentido de la soberanía.

Acerca de lo señalado en párrafos anteriores, se desprende que el acto unilateral de los Estados se genera a partir de la manifestación de voluntad de un solo Estado y por tanto no requiere de un acto posterior de parte del mismo u otro Estado para su validez³¹, pero sí para su eficacia. Además, el acto está revestido de legitimidad si guarda concordancia con el Derecho Internacional; algunos tratadistas como Novak Talavera (1994, pp. 150-151) lo definen dentro de los elementos constitutivos³².

La contraposición a los actos unilaterales como fuente de derecho en el DIP se fundamenta en el carácter de la validez del acto y la necesidad de un acto posterior para la producción de efectos jurídicos o de ejercicio. Sobre este punto, se debe considerar que en el DIP se ejercen los derechos a partir de los principios fundamentales y estos como fuente de derecho

³¹ Dentro del derecho interno peruano, Marcial Rubio (2005, pág. 9) establece que la validez de una norma o acto jurídico depende de la concordancia de esta última con las normas de superior jerarquía dentro de un sistema jurídico.

³² Para Novak Talavera (1994), los elementos constitutivos se refieren a: la realización de una declaración, el carácter unilateral de esta, la producción de efectos jurídicos, la validez del acto, y la legitimidad del mismo.

reconocen a la soberanía, y al ejercicio de esta, cabe señalar el derecho de autodeterminación.

Por tanto, se dota de validez a los actos unilaterales de un Estado ante la Comunidad Internacional, siempre y cuando no contravengan el Derecho Internacional.

Complementariamente, si un acto, en general, involucra directamente a otro sujeto de derecho, Estado, genera un efecto que llamaremos compromiso internacional en potencia.

Según Novak Talavera (1994) y Martínez Puñal (2011), para la doctrina del derecho internacional las modalidades comprendidas como actos unilaterales son:

1. La notificación cuya finalidad es dotar de información de carácter oficial a un sujeto de DIP; para algunos juristas, es una condición de forma y por sí sola no representa la manifestación de voluntad del Estado.
2. La renuncia es un acto de abandono voluntario de un derecho, reconociéndose dos modalidades: la explícita y la implícita. Sobre esta última, algunos juristas consideran que no existe la pérdida del derecho.
3. El reconocimiento³³ es un acto de adhesión a una situación generada sin participación, tiene carácter declarativo, y se presenta en dos modalidades expreso o tácito, por la formalidad del acto. Por tanto, se otorga legitimidad a la existencia del hecho, situación o pretensión. En contrario sensu, este acto puede ser negativo.
4. La promesa es un acto de compromiso que obliga al Estado a sostener o desarrollar una conducta ante cierta circunstancia, por lo tanto, genera efectos jurídicos a favor de un tercero; no requiere de aceptación porque es un acto unilateral puro.
5. La protesta es la declaración de objeción u oposición ante un hecho o acto, o regla de Derecho Internacional; está supeditada a ser expresa.

³³ Como rescata Novak Talavera (1994, pág. 154), Juan Charpentier define el reconocimiento con un acto de carácter discrecional sobre actos de terceros, es decir: "(...) *la manifestación de voluntad por la cual el Estado se adhiere a la modificación de una situación efectuada sin su participación*". Por tanto, es congruente creer que efectos los fija quien genera el acto.

6. La reserva es un acto expreso por el cual se conserva un derecho para ejercerlo en situación posterior distinta. Para Novak no se debe considerar un acto unilateral porque no se asume ninguna obligación jurídica.

El Reconocimiento Internacional

El reconocimiento internacional es un acto expreso o tácito mediante el cual se confirma la existencia histórica de un hecho o situación que genera efectos jurídicos ante la comunidad internacional. Según la doctrina, las situaciones posibles de alcanzar tal calidad son³⁴: la conformación de un Estado, la toma de poder de un Gobierno legítimo, la toma de poder de un gobierno de facto, la existencia de movimientos beligerantes, y de la misma forma, los comités de liberación nacional.

Las modalidades de reconocimiento se manifiestan a través de sucesos históricos y se formalizan en *prima facie* mediante determinados actos como los tratados. Sin embargo, están sujetos a los actos de reserva o de oposición, en consecuencia, pueden ser perfeccionados en el futuro, de forma expresa o tácita. Algunos tratadistas consideran que el inicio de actividades diplomáticas entre dos Estados es una modalidad de reconocimiento tácito recíproco, sin el requerimiento de un acuerdo previo.

En el caso del Perú, su independencia se produce con la proclamación del 28 de julio de 1821, confirmada mediante la capitulación de Ayacucho. Por lo tanto, su reconocimiento como Estado se confirma mediante la participación de los representantes de distintos Estados en el mencionado hecho. No obstante, los actos de reconocimiento hacia los Estados americanos

³⁴ A partir de la bibliografía revisada, los actos unilaterales reconocen supuestos; es decir, un Estado se manifiesta sobre una situación con determinados elementos que cumplen determinados presupuestos acordados con el derecho internacional. Por tanto, en ese sentido se expresa lo extraído de los trabajos de Corrochano y Novak T. (2005) & Rojas A. (2010).

por parte de Estados no vecinos son convalidados³⁵, o formalizados, posteriormente; en este sentido, los hechos descritos son válidos por tanto producen efectos jurídicos ante miembros de la comunidad internacional. Por otro lado, es necesario resaltar que el Estado español no realizó un reconocimiento formal a favor del Estado peruano hasta 1865³⁶.

Para Rojas (2010), la figura del reconocimiento de un Estado se da mediante la manifestación de voluntad de otro Estado, o varios, acerca de la soberanía del primero; razón suficiente para interpretar la generación de efectos jurídicos. Por lo tanto, este acto confirma la existencia de un Estado a razón de la convergencia de tres elementos esenciales en sentido estricto: territorio, nación y gobierno.

Al respecto, en el presente trabajo no se extenderá en el desarrollo de cada uno de los elementos, pero sí en definir su carácter esencial. Es pertinente señalar que para la doctrina es variable el *nomen iuris* de cada uno de los elementos, sin embargo, hay cierto consenso respecto de los alcances y conceptos que comprenden.

Los tratadistas denominan al tercer elemento como: “poder”, “soberanía” o “gobierno”; y todas guardan concordancia, debido a que se considera al gobierno como la manifestación de poder interno bajo un Estado constituido. De igual forma, la soberanía³⁷ es entendida como la

³⁵ Según lo desarrollado por Rojas (2010, pág. 62), se puede inferir que el reconocimiento de iure no requiere de formalización, más sí requiere de una manifestación pública y expresa; lo cual guarda concordancia con lo desarrollado por otros autores.

³⁶ El Estado español considera que el reconocimiento formal otorgado al Perú se dio el 27 de enero de 1865 a través de la firma del Tratado Vivanco-Pareja, como describe Jorge Basadre (2014, pág. 239). Complementariamente, hay que advertir que el 21 de junio de 1864, el ministro de Estado español Joaquín Francisco Pacheco realiza dos declaraciones relevantes ante el Senado español, y con carácter público. Primero, reconoció la independencia y soberanía de todos los Estados constituidos en América, así no existiese pacto de por medio. Adicionalmente, desaprobó la doctrina reivindicadora manifestada por Pareja con la toma de las islas de Chíncha (Basadre Grohmann, 2014, pág. 217).

³⁷ Para Méndez & Gómez-Robledo (1983, pág. 31) la soberanía comprende tres facultades: la independencia ante el exterior, el dominio pleno en lo interno y el sometimiento de las personas y cosas dentro de su territorio. Lo cual tiene relación con lo mencionado a la manifestación del “poder”.

capacidad de ejercicio de un Estado desde la autodeterminación, cooperación y legitimidad ante la comunidad internacional.

Respecto del territorio, es un elemento material, íntegro y determinado, de tal forma, comprende una extensión de tierra, mar, subsuelo y aire, cuyo dominio sea ejercido en exclusividad, razón por la cual, está delimitado por las fronteras con otros Estados, dentro de las reglas del DIP.

Según la Teoría General del Estado, la nación, también llamada “población”, describe al elemento humano considerada como una comunidad organizada bajo el amparo de un orden propuesto por el poder constituyente, es decir, que se encuentra sujeta a un orden interno. Al respecto, la idea de la exclusividad al sometimiento a la norma interna ha evolucionado por la creación de la figura de la responsabilidad internacional de los Estados, al concebir a la persona natural como sujeto de derecho dentro de la doctrina de la responsabilidad³⁸.

Entonces, se puede asumir que un Estado reconocido por miembros de la comunidad internacional tiene derecho y capacidad de ejercicio ante otros Estados y dentro de los organismos internacionales, siempre y cuando, se reconozca su soberanía. Razón por la cual, su legitimidad se manifiesta por el reconocimiento mediante la manifestación de voluntad, los instrumentos adscritos y por el consenso de los Estados como miembros de la comunidad internacional.

Legitimidad, en el marco del derecho internacional

Para Bodansky (2012), la legitimidad tiene diferentes cuestiones que deben alcanzar una respuesta desde el interés del sujeto de derecho. Al respecto, las cuestiones discurren desde un

³⁸ Cancado Trindade (2007, págs. 276-278), ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que los seres humanos ocupan el eje central de las relaciones internacionales, por lo tanto, el Estado no puede pretender exigir una obediencia absoluta, sino aquello imprescindible dentro del derecho. Quedando para el individuo el ejercicio pleno del derecho de petición individual internacional.

sentido conceptual, uno normativo, uno descriptivo y otro de causalidad. Desde lo conceptual, la legitimidad implica una connotación de idóneo, justo o “conforme a derecho”³⁹. En el plano normativo, se hace referencia al respaldo del derecho en el sistema y la forma de valoración. Sobre lo descriptivo, comprende la naturaleza jurídica de la pretensión, a partir de las normas que se utilizan. Respecto de la causalidad, se establece el efecto jurídico y la consecuencia que genera en el caso concreto.

La legitimidad es un término que abarca una discusión desde dos perspectivas. Primero, se encuentra la legitimidad del propio Derecho Internacional como regulador de las relaciones entre sujetos de Derecho internacional, luego, la legitimidad de los Estados para el desarrollo de actos jurídicos. De tal forma que, Thomas (2013) considera que la legitimidad se debe entender como un modo de justificación extendida, más allá de la noción tradicional del consentimiento.

Al respecto, la afirmación que rescata Kumm (2004) sobre el DIP y los Estados, permite advertir sobre un riesgo en la soberanía de estos, mencionando que: “(...) sus obligaciones ya no están firmemente basadas en el estricto consentimiento de los Estados y su interpretación y aplicación ya no se deja principalmente a los Estados (...)” (p. 907). Por lo tanto, la legitimidad incide sobre aquello que puede ser exigido y limita en cierto sentido al sujeto si se condiciona por el reconocimiento de la comunidad internacional.

En este sentido, se interpreta que las obligaciones de los Estados no son generadas sólo desde el consentimiento, o consenso, sino que dicha facultad se trasladó a los organismos internacionales o Estados agrupados. Lo cual, podría considerarse como una forma de mellar en el ejercicio de soberanía de estos. Asimismo, Kumm (2004) considera que algunos principios resuelven la legitimidad de la rama, los cuales son: el principio de legalidad

³⁹ Voz latina *legitimus* significa: “conforme a derecho”.

internacional, el principio jurisdiccional de subsidiariedad, el principio procesal de adecuada participación y rendición de cuentas, así como el principio sustantivo de lograr resultados que no violan los derechos fundamentales y son razonables; razón adicional para creer que dichos principios se vean reflejados tanto en el ordenamiento jurídico nacional como dentro de los procedimientos de los órganos supranacionales.

Entonces, la legitimidad es un carácter propio del Derecho Internacional, y para desarrollarlo debemos abarcar parte de la Teoría general del Estado. A consideración de Lafer (1989) la legitimidad se presenta dentro de la dicotomía entre política y derecho, puesto que se halla tanto el carácter subjetivo, que aportan los Estados desde sus ordenamientos internos, como el carácter objetivo de la comunidad internacional. Además, considera que la legitimidad es resultado de las relaciones propias de Estados soberanos, desde la óptica de Hobbes. Puesto que el ejercicio de poder de una nación manifestada en el gobierno supone a la ley, en *prima facie*, como límite de la libertad, por tanto, requeriría la actuación acorde a esta para la legitimidad de sus actos. Entonces, la comunidad internacional se comporta dentro de una anarquía, sin estabilidad, razón para establecer como fines la paz y la seguridad. Por lo tanto, uno de los medios para alcanzar dichos objetivos se sustenta en obedecer al órgano supranacional conformado; cabe decir, la fuerza social que considera cada Estado como individuo de la comunidad internacional.

Según Hobbes (citado por Lafer, 1989), la legitimización o justificación de una conducta tiene un punto de inicio en la política, como programa de acción, enmarcada en la aplicación de la norma; lo cual queda muy relacionado a lo antes mencionado pero que refiere una línea de acción del Estado dentro de su jurisdicción, denominándose política pública. Ahora, si bien del positivismo jurídico y del realismo político descrito se generan tanto las causas de la guerra como las propias condiciones de paz, también lo son en la búsqueda de la seguridad de

los Estados. Por lo que, estas aportan en la calificación jurídica de las situaciones que se producen en el tiempo, por la acción o manifestación de voluntad de un Estado.

Acerca de la falta de legitimidad del DIP, si bien el argumento se centra en la Teoría de los Estados y en probar la existencia de una limitación al ejercicio de los derechos de los ciudadanos⁴⁰, la limitación no es absoluta. Debido a que el Estado es el sujeto que contribuye a la constitución de su ordenamiento, objeto cognoscible, y a la participación de los miembros de este, la nación; lo cual se manifiesta en aquellos Estados con gobiernos de representación. Por lo tanto, hay una valoración del ejercicio y aplicación del principio jurisdiccional de subsidiariedad y el respeto de los derechos fundamentales dentro de los alcances del propio ordenamiento⁴¹.

Por otro lado, Martin Wright (también citado por Lafer, 1989), define a la legitimidad del Estado como “un juicio colectivo de la sociedad internacional con respecto a cómo la soberanía de un estado puede ser afirmada o transferida, y como se regula la sucesión y la secesión de los Estados”. Por tanto, los derechos se actualizan por medio de voluntades particulares; es decir, el carácter de autodeterminación se limita a un reconocimiento y conformación de un orden constitucional superior, al margen del propio, ajeno a la soberanía. La idea se funda en el ejercicio de soberanía puro de Hegel. En ese sentido, Lafer (1989, pp. 565-568) cita a Paul Kennedy, refiriéndose al término de “*la voluntad universal*” comprendida como una manifestación de poderío y hegemonía de una civilización, en un

⁴⁰ La ciudadanía es una calidad de la persona humana sobre el ejercicio de sus derechos civiles y políticos dentro de una jurisdicción determinada. Aláez Corral (2005, pág. 35) sobre la ciudadanía dice: “*se concibe primero como un vínculo filosófico-espiritual y después legal de pertenencia a una determinada cultura política, propia de una comunidad humana*”.

⁴¹ La Constitución Política del Perú en su artículo 55 establece que: “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*”. Cabe mencionar que la propia Carta Magna establece el control de convencionalidad respecto de lo consentido por Estado, asimismo establece los mecanismos para su validez; artículos 56 y 57.

determinado momento de la historia, que para hoy ha sido desplazado por el principio de igualdad de los Estados.

Entonces, la legitimidad de un Estado como tal yace en su reconocimiento por la Comunidad Internacional, a favor de uno. Y la legitimidad de sus actos se funda en el arraigo, o conocido como *locus standi*. Sobre este último término hay diferentes acepciones, históricamente se presentó como un criterio dinástico que otorgaba el derecho y la capacidad al Estado a partir del reconocimiento por parte del Estado hegemónico o potencia; luego, este fue sustituido por un criterio “popular” o global del principio de las nacionalidades, la autodeterminación de los pueblos e igualdad de los Estados, reiterándose esta última. Al respecto, la competencia originaria tenía por fin la calificación jurídica de una determinada situación en el plano mundial, tomándose a colación las Bulas papales emitidas por Alejandro VI, advirtiendo un criterio de histórico, con su posterior denuncia, criterio de igualdad.

En el plano jurídico, el *locus standi* comprende el derecho de acción ante un tribunal lo que comprende la convergencia de la capacidad del sujeto y del interés para ejecutar una acción ante un fuero, en el sentido del derecho civil por la acción jurisdiccional y la tutela jurisdiccional efectiva. Por tanto, podremos considerar que el arraigo dota al sujeto de derecho de la facultad de -ser escuchado- ante un tribunal o dirigirse a la Corte sobre un asunto que requiera ser dilucidado por controversia o *litis*. En otras palabras, el *locus standi* es la capacidad de una parte para demostrar a la Corte la conexión y el daño suficiente de la ley o la acción impugnada para respaldar la participación de esta en el caso.

Entonces, la legitimidad no es un reconocimiento unilateral a una condición o derecho, responde a un interés particular respecto de una causa que requiere del reconocimiento de la comunidad internacional sobre la calidad de la pretensión. Sobre este punto, es pertinente la descripción de Raymond Polin, quien señala: “legitimidad es un valor a ser entendido en el

contexto de la civilización que lo engendra” (Lafer, 1989, p. 568). Es decir, responderá tanto dentro de un contexto y como de los principios alcanzados.

Al respecto, Hobbes y Hegel (citados por Zapata, 2006), sostienen que es innegable que el reconocimiento desde un grupo a favor de un individuo, o la pretensión de este, es un ejercicio de poder. Complementariamente, Arendt dice que: “El poder nunca es propiedad del individuo, pertenece a un grupo y sigue existiendo mientras este grupo mantenga unido” (citada por Zapata S.J., 2006, p. 511). Es decir, el poder se ejerce como una acción concertada. En el plano internacional, se evidencia el interés y de cierta forma limita la autodeterminación de un Estado.

Por lo sostenido por Lafer y Arendt, se puede inferir que las dicotomías⁴² expuestas en distintos grados manifiestan ejemplos del ejercicio de poder a fin de otorgar legitimidad sobre determinados actos dentro del derecho internacional. En el plano interno, la soberanía termina considerándose un punto de inicio para validar o sostener la legitimidad de una causa. Por lo tanto, se requiere el desarrollo normativo que avale la conducta del Estado a favor de la pretensión o guarde concordancia con esta; cabe precisar, como política de Estado.

Respecto de las ideas de Arendt, Zapata (2006) interpreta que “el verdadero poder es siempre consecuencia de una acción conjunta y compartida dentro del espacio y el tiempo determinados por todos los hombres que se sienten a la vez distintos, pero iguales” (p. 507). En el plano internacional, se puede inferir que el poder de la comunidad internacional debiera responder a una acción marcada por la singularidad del acto o hecho y la particularidad de las

⁴² En el trabajo de Lafer (1989, pág. 562) se exponen tres dicotomías sobre las cuales se desarrolla las relaciones internacionales y el ejercicio de poder para la legitimidad de los actos, las dicotomías son: política realidad-política conocimiento, política programa de acción-política de dominio, y política aspecto parcial-política aspecto globalizante.

partes; así como, las manifestaciones de voluntad en consenso alcanzadas son ejercicio de la función del poder para alcanzar la igualdad.

A razón de la legitimidad, esta se ve atribuida dentro de la potencia del ejercicio de la acción, en el marco del derecho y dentro de una comunidad de diversas sociedades; entonces, se confirma la expresión *ubi societas, ibi jus*⁴³. Lo cual se asimila al referirnos a la evidencia que una práctica aceptada como derecho, por varios sujetos, se comprende como correcta o -de derecho-, o también denominada acción conjunta. Entonces, el ejercicio de la acción soberana de los Estados se manifiesta dentro de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, por lo cual se enmarca en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Teorías de legitimidad internacional

Apuntes preliminares.

Para Thomas (2013), la legitimidad internacional puede sustentarse tanto en un sentido moral como legal. Sobre este último, la legitimidad se comprende como un elemento en el reclamo de un Estado, en el entendido del ejercicio de una acción procesal. De tal manera, el enfoque a desarrollar en este trabajo supone una justificación de la acción a fin de generar una razón suficiente dentro del sistema internacional.

Por su parte, Salmón (2014) sostiene que se reconoce como sujeto de derecho, en el DIP, a quien la norma de orden jurídico dota de un conjunto de derechos y obligaciones; es decir, la norma otorga el reconocimiento y la capacidad de ejercicio de derechos, por tanto, queda legitimado de una capacidad procesal sobre los mismos. Por tal razón, la capacidad de reclamar frente a una supuesta violación de derechos y/o incumplimiento de obligaciones, y/o

⁴³ "*Ubi societas, ibi jus*": donde hay sociedad, hay derecho.

deberes, son reconocidas como facultades del sujeto de derecho lo cual concuerda con la posición de Truyol Serra (1998).

En este primer punto se debe establecer que existen tres teorías predominantes cuando abarcamos la legitimidad desde la personalidad internacional, también llamada subjetividad internacional. En cada uno de los casos el análisis o valoración de responsabilidad se inicia con la validez de la norma jurídica y posteriormente con el ejercicio de principios de derecho internacional, en este sentido, se desarrollan las siguientes:

Teoría pura del derecho u objetiva.

En la teoría objetiva, la legitimidad se centra en el principio de legalidad, manifestándose mediante un acuerdo internacional. En este sentido, dicho instrumento evidencia la manifestación de voluntad de las partes, a favor de un acto jurídico. Entonces, si el acuerdo es válido dentro de las exigencias del derecho internacional, el propio acuerdo otorga legitimidad a las partes para el exigir y el reclamar su cumplimiento. Tal es la preeminencia de la voluntad que para esta teoría el reconocimiento de un Estado tiene un carácter constitutivo de derechos.

En este sentido, los postulados de Kelsen (1960) establecen que la validez se enmarca en los cuatro caracteres de la norma, que son: el espacial, el temporal, el material y el personal. Además, la noción de sujeto de derecho depende de la validez de la propia norma, por lo que, su existencia genera obligaciones tanto directas como indirectas a las partes. También, sostiene que el derecho internacional no es ajeno a un orden jerárquico, por lo que establece que la vía consuetudinaria es idónea para regular las relaciones entre los Estados, a partir de los actos cumplidos por estos. Por lo tanto, el acuerdo y la costumbre se reafirman como fuentes de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos para la comunidad internacional. Asimismo, el ejercicio del *pacta sunt servanda* dota de capacidad a los Estados

a celebrar tratados que regulen una conducta recíproca. Cabe resaltar, que la costumbre es una fuente prioritaria en el derecho internacional.

Entonces, los acuerdos internacionales representan la positivización de la manifestación de voluntad de los Estados generando la necesidad de control y de exigencia en su cumplimiento. Siempre y cuando, no contravengan el derecho consuetudinario internacional y los principios del derecho. En este sentido, el acuerdo representa un consenso acerca de una conducta aceptada para dos o más Estados, respecto de una materia en especial; según sea el caso, es válido para las partes contratantes desde: la suscripción, la ratificación, el depósito u otro mecanismo de adhesión.

Adicionalmente, Kelsen (1960) menciona que: *“el tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituye la jurisprudencia creada por tribunales internacionales u órganos análogos”*. Por lo que, el rol del tribunal se analiza bajo la premisa que sus funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado de jerarquía que a su vez tiene su fundamento en el derecho consuetudinario del derecho internacional general. En razón a ello, la jurisprudencia es un criterio del tribunal correspondiente que responde a una pretensión dentro un contexto determinado, pero no es de obligatorio cumplimiento para los sujetos que no han sido parte del proceso.

Teoría de la responsabilidad.

Para Monroy (2002), la responsabilidad internacional se conceptualiza cuando el Estado, u otro sujeto de derecho, vulnera una obligación de derecho internacional. Razón por la cual, se exige como premisa la existencia de la acción y del propio reconocimiento sobre la

obligación. Además, de acuerdo a la modalidad se valora la producción de un perjuicio lo cual está sujeto a una compensación⁴⁴.

En el derecho internacional, la teoría de la responsabilidad tiene su mayor desarrollo dentro de los Derechos Humanos, DIDH, siendo su instrumento base el Pacto de San José de Costa Rica. La suscripción de esta Convención representa una modalidad de declaración de los Estados en cuanto a la adopción de obligaciones y de derechos, pero sobre todo un reconocimiento sobre la responsabilidad de la acción en lo referido a la vulneración de derechos reconocidos hacia los individuos, en *prima facie*. Por lo tanto, la presente teoría desarrolla un contenido acerca del dominio de la acción y de contravención del acuerdo internacional.

En la doctrina se han expuesto distintas clasificaciones, una de ellas aborda el grado de responsabilidad respecto de la culpa y la otra, la relación de causalidad con el hecho antijurídico; a estas se denominan, responsabilidad objetiva y subjetiva respectivamente. Asimismo, Anzilotti (citado por Monroy, 2002) sostiene que la responsabilidad se funda en la idea de convención del Estado a la garantía de tutela que otorga respecto del desarrollo de sus actividades, generando una acción contraria al derecho internacional.

Al respecto, Salmón (2014) hace referencia a los estudios de Eutathiades y Wrengler, quienes desarrollaron la legitimidad pasiva y activa de la responsabilidad internacional, enmarcándola a partir de la personalidad del sujeto. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció tres formas de generación de esta, como son: la acción, la omisión y la aquiescencia. Por tanto, la legitimidad denota la supuesta generación de perjuicio o el daño al

⁴⁴ Al respecto, Monroy (2002) hace referencia al Fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso Chorzow, por el cual establece que: “Es un principio de derecho internacional, y aun un concepto general de derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso impone la obligación de efectuar una reparación.”. La Corte IDH ha interpretado el término “reparación” en un sentido compensatorio, por lo cual las medidas son de naturaleza pecuniaria, moral, y otras.

sujeto, además, de sustentar la titularidad del derecho y la capacidad de reclamar – demandar-, lo cual exige un examen sobre la titularidad del deber y capacidad de cometer un hecho ilícito, en el marco internacional. Entonces, la responsabilidad se centra en un acto antijurídico, en la valoración de la competencia y en la responsabilidad del Estado, a razón de la garantía de los derechos y el dominio de la acción.

Teoría del destinatario directo de derechos y/u obligaciones.

A partir de la pregunta, ¿A qué sujeto de derecho va dirigida la norma jurídica internacional?, se puede inferir el alcance de esta teoría. Primero, la norma va dirigida al sujeto de derecho que alcanza un reconocimiento de personalidad a partir de los supuestos descritos en esta, contenida en el instrumento jurídico, y de quiénes suscriben el acuerdo internacional.

Asimismo, Barberis (1984) sostiene que la calificación de sujeto de derecho se materializa con el ejercicio efectivo de un derecho u obligación asumida por un acuerdo. Es decir, la legitimidad activa del sujeto se manifiesta con el ejercicio del derecho; por otro lado, la legitimidad pasiva se evidencia a través de la suscripción y/o ratificación de un acuerdo internacional.

Entonces, por las diferentes interpretaciones que puede alcanzar la calificación del sujeto de derecho se recurre a un análisis de los criterios de la teoría pura del derecho, como son: la temporalidad de la norma, pero con la acotación de la manifestación de voluntad del sujeto de derecho; y, la ejecución de los mecanismos de ratificación de este, según el derecho interno.

Dentro de esta teoría se agrupan algunas posturas, como son: la acción del principio de bandera y/o nacionalidad de la embarcación, la equidistancia en el ejercicio del criterio de equidad, y la actio in rem.

Principio de bandera y Nacionalidad de la embarcación.

Para el principio de territorialidad, el término “el territorio flotante” comprende a los buques y las aeronaves, los cuales se distinguen por la aplicación de un especial régimen jurídico; además, se marca una diferencia entre buques públicos y buques privados. Asimismo, los buques se clasifican por las finalidades que persiguen, distinguiéndose en: los buques públicos, los buques de guerra, y los buques del Estado destinados a fines no comerciales. Cabe decir, que los buques públicos son aquellos que pertenecen al Estado y su finalidad general es la defensa del mismo; desempeñando también distintas funciones como: de transporte, en caso de viaje oficial de un Jefe de Estado o representante diplomático, así como, los destinados a las investigaciones científicas, hidrográficas y oceanográficas (Fernández Rodera, 1998).

Para Díez de Velasco (2007, pp. 481-484), existen contradicciones entre los Tratados Internacionales respecto al desarrollo de la definición de buque público o buque de Estado. Al respecto, la Convención de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial en su definición de buques del Estado incluye a las embarcaciones tanto con fines comerciales como no comerciales. En igual sentido, el artículo 9 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar y la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, la cual prevalece sobre las Convenciones de 1958, hacen diferencia entre los conceptos de buques de guerra y buques del Estado destinados a fines no comerciales; así como, los buques mercantes y buques del Estado destinados a fines comerciales.

Adicionalmente, el régimen jurídico que se aplica tanto a los buques del Estado con fines no comerciales como a los buques de guerra, cuando se encuentran dentro del mar territorial de otro Estado, consiste en la sujeción a la ley del pabellón que enarbolan también denominada “ley de nacionalidad de la nave”. Sin embargo, este criterio no es válido cuando la embarcación está involucrada en el desarrollo de actividades delictivas. Así mismo, tampoco es aplicable cuando los miembros de la tripulación perpetran acciones delictivas en tierra,

debido a que estas han sido cometidas en territorio extranjero, quedando sujetos a la competencia y a la soberanía del Estado local.

En este sentido, sobre los buques privados o mercantes existe una posición doctrinal respecto a la aplicación del régimen jurídico según criterios de prelación. Primero, se valora el lugar de ubicación y, en segundo lugar, la competencia de los países ya sea por criterio de jurisdicción u otro criterio. Además, tanto el artículo 6.1 de la Convención sobre Alta Mar de 1958, como el artículo 92.1 de la Convención de 1982, establecen como regla general el sometimiento exclusivo de estos tipos de buques a las leyes del Estado al que pertenecen, y por excepción a las leyes del Estado local en los casos previstos de modo expreso en los tratados.

Equidistancia o Equidad, doctrina de la igualdad.

Según Lawrence (1902), la doctrina de la igualdad sostiene que los Estados tienen iguales prerrogativas dentro del derecho internacional, bajo esta premisa, son plenamente independientes en el ejercicio de su soberanía. No obstante, en un sentido pragmático se infiere que no todos son iguales en poder y en influencia.

Respecto de la legitimidad, esta teoría ha tenido un mayor desarrollo sobre pretensiones que contempla la fijación de límites fronterizos, es decir demarcación territorial, puesto que el arraigo se sustenta en un derecho de ejercicio material y la interpretación de acuerdos internacionales entre las partes. Por lo cual, ha sido publicitada a través de los fallos de la Corte de la Haya y la exposición del criterio de equidad.

Gómez-Robledo (2016), respecto a la Convención sobre la Plataforma Continental adoptada en Ginebra el 29 de abril de 1958 y entrada en vigor del 10 de junio de 1964, sostiene que ante la falta de acuerdo entre las partes y el requerimiento de la delimitación de una misma plataforma continental adyacente al territorio de dos o más Estados, y cuyas costas estén situadas una frente a otra, se deberá optar por la llamada línea media cuyos puntos sean todos

equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base donde se mide la anchura del mar territorial; sin embargo, dicho método puede no llegar a aplicarse si existen circunstancias especiales que justifiquen otra forma de delimitación. Por lo expresado, es evidente el uso de la teoría como sustento jurídico y la legitimidad de los Estados por compartir el límite fronterizo en discusión.

En el entendido de Pirotte (1973, pp. 133-134), se debe confrontar la justicia basada en un principio de equidad sobre el llamado derecho natural a la justicia concreta, y a la justicia legal. Sobre esta última, se presume que está en constante articulación dentro del sistema de normas que enmarca a la sociedad internacional; por consiguiente, se sustenta tanto en el principio de legalidad como en el consentimiento internacional, *pacta sunt servanda*. En contraposición, Bermejo (1983) arguye que la dificultad reside en que lo equitativo, aun cuando sea justo, no está necesariamente apegado a un criterio jurídico o de conformidad con el derecho positivo; razón por la cual se arguye que el criterio de equidad tiene como fin la compensación respecto a las pretensiones.

En la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Gómez-Robledo (2016), en su calidad de representante de México, expuso que:

La equidad no está fuera del Derecho (no es un *eaquum et bonum*⁴⁵ en el vacío), sino que está plenamente dentro del Derecho, pues no es sino la aplicación de la norma jurídica, sólo que adaptada a las circunstancias concretas... como la regla de plomo de Lesbos⁴⁶, que sigue las sinuosidades de la piedra.⁴⁷ (p. 268)

⁴⁵ *Eaquum et bonum*, expresión en latín, que significa: “Lo que es justo y bueno” o “*Que siempre lo justo también sea bueno*”.

⁴⁶ Plomo de Lesbos, es la referencia a una regla flexible que “se ajusta a aquello que debe medir”, enunciada por Santo Tomas de Aquino.

⁴⁷ Entre 1973 y 1982 se llevó a cabo III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, desarrollándose en 11 períodos de sesiones, fruto de la cual se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

De lo expuesto, se concluye que la equidad no puede considerarse como una fuente autónoma de las decisiones y fallos jurisprudenciales, excepto por aplicación del párrafo 2 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Actio in Rem.

En el 2007, la empresa Odyssey anunció el descubrimiento del barco denominado “Nuestra Señora de Las Mercedes” y se procedió con la recuperación de monedas de oro y plata cuyo supuesto origen era de Perú. En este caso, la empresa privada interpuso una solicitud a manera de arresto sobre los bienes hallados; para tal fin, se realizó una extracción material parcial, con el traslado de los pecios⁴⁸ a custodia en territorio norteamericano, y la presentación de la solicitud. Como refiere Carrera (2009) “la solicitud de dicho arresto tenía por fin someter el pecio a una medida de arresto, acción in rem, por lo que se establecía un nexo de conexión entre la jurisdicción de Estados Unidos y la ubicación del pecio” (p. 3).

Sobre el caso citado⁴⁹, Carrera (2009) sostiene que a través de la medida de arresto se generó una ficción jurídica, mediante la cual, se permitió el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción estadounidense. Motivo por el cual, se trasladó el caso para conocimiento del órgano jurisdiccional competente, en razón de la aplicación del derecho de salvamento y hallazgos, distinto al derecho que sobrepone la protección del patrimonio cultural *in situ*, predominante en Estados de derecho romano.

Por lo tanto, la legitimidad se sostiene mediante la actuación de las partes y el interés acreditado. Por un lado, la parte que desarrolla la extracción de los bienes y el depósito de los

⁴⁸ “Pecios” es una expresión plural del sustantivo “pecio”. Según la Real Academia de la Lengua Española hay dos significados: “Pedazo o fragmento de la nave que ha naufragado” o “porción de lo que contiene una nave que ha naufragado”. En latín proviene de la voz latina “pecium” o “petium”, refiere 'fragmento o pieza rota'.

⁴⁹ Case Nro. 8:07-CV-614-SDM-MAP. United States District Court. Middle District of Florida. Tampa Division. *Odyssey marine exploration, inc. (plaintiff) v. The Unidentified Shipwrecked Vessel (defendant in rem) and The Kingdom of Spain, The Republic of Peru, et al. (claimants)*.

mismos a razón de su domicilio o nacionalidad, por lo que genera una situación de derecho respecto a la jurisdicción y el interés. Mientras, la otra parte en su calidad de sujeto de derecho internacional arguye el ejercicio de su derecho en la nacionalidad de la embarcación. Sin embargo, la legitimidad se centra tanto en el sustento normativo como en la actuación de las partes, por lo tanto, se hace necesario resaltar la forma en que se acredita tanto por medio de la norma jurisdiccional como por el acuerdo internacional pertinente.

Alcances de la legitimidad

La presente parte del trabajo busca desarrollar algunos de los alcances del DIP respecto de la legitimidad de un Estado, a razón de: los Tratados, la calidad de los sujetos de derecho y la calificación de los bienes culturales. En el orden enunciado, se desarrollará los siguientes alcances:

Sobre los tratados.

Fernández & Andrés (2008) refieren que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁵⁰ ha generado distintos efectos para el Estado español, a partir del desarrollo de los conceptos de “mar territorial”, “plataforma continental”, “zona contigua” y la llamada “Zona”. Sin embargo, dichas definiciones solo se reconocen dentro de la jurisdicción de los Estados firmantes de la Convención citada, por lo tanto, en los casos de países no adscritos a esta no suponen una obligación adecuarse a dichos conceptos, además, que representaría una modificación a su territorio y el detrimento al ejercicio de la libre autodeterminación.

En esta línea de razonamiento, la obligación internacional se sustenta desde el compromiso asumido mediante la ratificación de un acuerdo o a partir del desarrollo de los actos unilaterales, considerando tanto la materia como la jurisdicción. En consecuencia, es correcto

⁵⁰ La Convención del Mar fue suscrita el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay; además, fue ratificada por el Reino de España, el 20 de diciembre de 1996.

sostener que la Convención del Mar no es el marco normativo aplicable al caso, pero determina los alcances de la conducta exigible al Estado parte, igual razonamiento es aplicable a los acuerdos internacionales complementarios. Ahora, si bien es cierto que son varios los Estados que han ratificado la Convención del Mar esto no supondría una normalización de criterios a nivel de costumbre internacional debido a que se generaría un supuesto de obligación internacional a partir de una coacción no explícita, pero sí pública; siendo esta de pleno derecho nula por ausencia de la voluntad de quien no es “Estado parte”.

Respecto a los principios establecidos en la Convención del Mar, estos no son aplicables en el presente caso, debido a que en el ejercicio del control internacional no hay un acuerdo en común suscrito por las partes interesadas. Menos aún, cabe una exigencia sobre la adecuación de la normativa interna bajo el amparo del principio de control de convencionalidad⁵¹. Por lo tanto, siendo la premisa básica la suscripción de un acuerdo internacional, a fin de determinar los principios aplicables, de no darse se debe considerar los acuerdos reconocidos dentro de la jurisdicción del hecho, ubicación del hallazgo.

De igual modo, los tratados guardan una potencia sobre los efectos jurídicos que producen determinados actos, tal como la declaración. Al respecto, la declaración es una forma de generación de obligaciones y a su vez es un sustento para legitimar una reclamación. Por ejemplo, en el caso de Dinamarca versus Noruega, la declaración del ministro Nils Claus Ihlen no solamente tuvo valor como medio de prueba sino fue un acto de legitimación, es decir, sirvió de sustento para el reconocimiento de una obligación y la declaración de un derecho. Por tal motivo, la Corte Permanente de Justicia Internacional determinó que la

⁵¹ El control de convencionalidad es una forma de control internacional reconocida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dentro de la teoría de responsabilidad de los Estados.

declaración de un funcionario del Estado “A” respecto de la pretensión o interés del Estado “B” sirve como fundamento para determinar la capacidad o legitimidad de un reclamo.

Entonces, tanto la “Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto Armado” como la “Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”, son acuerdos complementarios entre ellos, sin embargo, los alcances de los conceptos de “patrimonio cultural” y de “bienes culturales” tienen un sentido general. Asimismo, los informes de entidades especializadas en los temas no son jurídicamente vinculantes pero si necesarios para el estudio técnico de la calificación, como es el caso del Centro Internacional de Estudios de los problemas técnicos de la Conservación y de la Restauración de los bienes culturales, llamado también ICCROM⁵². Por lo tanto, los conceptos o alcances sobre los bienes culturales contenidos en los acuerdos requieren de una vinculación jurídica, llámese desarrollo normativo o adecuación de la norma, con el derecho interno para producir la declaración de los bienes dentro de la jurisdicción del Estado que comprende el hallazgo.

Sobre los sujetos de derecho.

Para Rojas (2010), el reconocimiento internacional hacia un Estado puede darse de manera formal o de forma tácita; mientras la primera es una declaración dentro de estándares formales, en la segunda lleva implícita la manifestación de la voluntad del Estado mediante una conducta que se interpreta a favor del reconocimiento. Sin embargo, este puede ser revocado al considerarse un ejercicio de la soberanía a fin de reconocer en un hecho la existencia de una situación jurídica constitutiva de derecho, en sentido genérico.

⁵² ICCROM, Centro Internacional de Estudios de los problemas técnicos de la Conservación y de la Restauración de los bienes culturales, creado en París, en 1958.

Por otro lado, un Estado está ligado al reconocimiento otorgado por otros Estados a fin de ejercer plenamente su soberanía dentro de la comunidad internacional y producir actos jurídicos con las formalidades del DIP, como los acuerdos internacionales; incluso, a pesar de la falta de reconocimiento por parte de algunos Estados puede generar acuerdos multipartidarios sobre temas de interés mundial con la participación de estos. Al respecto, Novak (1994) interpreta la definición de Charpentier al considerar que mediante el reconocimiento un Estado hace constar como legítima la existencia de un hecho, una situación o una determinada pretensión jurídica.

Al respecto, el reconocimiento del Estado de Perú frente al Estado español se convalidó, según el Estado europeo, el 27 de enero de 1865 mediante el Tratado Vivanco-Pareja. Sin embargo, el reconocimiento del Perú como Estado se dio a partir de su Independencia y se perfeccionó con la Capitulación de Ayacucho. Razón por la cual, este último documento tiene calidad de Acuerdo internacional y los compromisos asumidos se presumen ciertos y exigibles. Además, Becker (citado por Villanueva, 1969) hace referencia a una negociación diplomática al referirse que “en 1855 ambos Estados acreditan a sus representantes en las respectivas capitales” (p. 625), por lo que, el hecho descrito contiene un reconocimiento implícito entre los Estados. Además, es de opinión de varios tratadistas que los alcances de los tratados⁵³ pueden perfeccionarse con el tiempo, es decir que sus efectos evolucionan y las consecuencias no se extinguen.

Según Novak Talavera (1994), el Estado es un sujeto de derecho pasible de representación dentro del DIP mediante la cual tiene capacidad de asumir obligaciones jurídicas frente a la comunidad internacional. En este sentido, se puede argüir que el reconocimiento no

⁵³ Para Miguel de La Lama, el término “tratado” refiere a un acuerdo internacional en el sentido general, los cuales pueden ser denominados como: Modus vivendi, protocolo, acta, convención, concordato, compromiso, pacto y arreglo; diferenciándose por las partes que la suscriben o las materias que tratan en fondo.

necesariamente tiene que ser explícito sino puede ser manifestado a través de una conducta reiterativa en el tiempo o una declaración que puede contener una situación con relevancia jurídica internacional. En este sentido, lo manifestado por Juan Manuel Santos⁵⁴, en calidad de presidente de la República de Colombia, (Elpaís.com.co, 2015), enmarca una declaración acerca de la posición del Estado colombiano sobre el caso materia de estudio, en tres aspectos: sobre la calidad de la nave en cuestión, respecto de la calidad del descubrimiento y acerca de la titularidad de la carga; por lo tanto, tiene relevancia jurídica desde el fuero interno de Colombia y también internacional.

Por otra parte, los elementos que integran un Estado son exclusivos, tanto en su conformación como en su ejercicio; en consecuencia, no es posible la existencia de dos gobiernos dentro de una misma jurisdicción, puesto que supondría la declaración de ilegalidad de aquellos actos de quien no ejerce poder sobre determinado territorio. Acotando a lo mencionado, las disposiciones dictadas por un órgano o entidad carente de legitimidad como gobierno, están sujetas a la convalidación de sus actos en el tiempo. Por lo tanto, aquellas solicitudes u órdenes respecto del nombramiento de autoridades, pago de impuestos y otras disposiciones administrativas quedaban sujetos a una posible censura o pasibles de calificarse como ilegítimos.

Sobre lo antes mencionado, Albareda (2010) describe una situación particular bajo este presupuesto, debido a que, durante la denominada Guerra de Sucesión⁵⁵ hubo dos gobiernos

⁵⁴ *Ibíd.*, El 4 de diciembre del 2015 el Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, publica mediante una red social “*Gran noticia: ¡Encontramos el Galeon San José! Mañana daré los detalles en rueda de prensa desde Cartagena*”. Posteriormente, comunico que el descubrimiento se dio en coordenadas que difieren con la demanda planteada previamente por Sea Search Armada, y que consideraban la propiedad del navío y su carga (Presidencia de la República - Colombia, 2015).

⁵⁵ Un hecho importante que se dio en la Guerra de Sucesión fue la denuncia de los Estados miembros de “la Gran Alianza” acerca de la ilegitimidad de las bulas alejandrinas, respecto a la exclusividad de España sobre los territorios americanos “descubiertos”.

españoles⁵⁶, ambos ejercían dominio sobre determinado territorio y sostenían que respaldaban al legítimo heredero al trono español. Por lo que, las disposiciones administrativas emitidas dentro de las zonas de control de cada bando produjeron efectos jurídicos que carecían de legitimidad internacional en tanto no fuesen convalidados y/o reconocidos; situación que se planteó con el Tratado de Utrecht, en 1715.

Respecto de la soberanía, los Estados en *prima facie* permiten la definición de sus fronteras, territorio, a razón de los acuerdos o de la sucesión de Estados. Sobre lo último, el derecho consuetudinario internacional sostiene que los Estados independizados mantienen los límites con los cuales alcanzan su independencia, estando ello sujeto al reconocimiento de los Estados fronterizos. En este sentido, García-Corrochano (1996) considera que la sustitución de un Estado no altera o modifica sus fronteras establecidas mediante tratado. Asimismo, los límites marítimos, o mar territorial, han sido una construcción jurídica posterior a la fijación de las fronteras terrestres. Al respecto, en la historia del derecho internacional se han desarrollado tesis desde la distancia de la bala de cañón, las tesis de las 200 millas de Bustamante y Rivero, las convenciones de derecho del mar, y otras; referidas a la jurisdicción del Estado en materia de límites marítimos. En el caso de Colombia y Perú se ha asumido la tesis de las 200 millas, mientras que España suscribió la “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, en adelante CONVEMAR.

Sobre la calificación de bienes culturales.

El primer filtro para la calificación de los bienes es reconocer la norma aplicable, y por control internacional se debe identificar los tratados ratificados de acuerdo a la jurisdicción del yacimiento, dicho criterio es válido en la medida en que la norma interna que los

⁵⁶ Ante la muerte del Rey español, Carlos II, el trono de España paso a manos de Felipe V de Borbón, mientras que los miembros de la “Gran Alianza” declararon al archiduque Carlos de Austria como legítimo heredero al trono español. En 1702, se inició formalmente la guerra contra Francia y España.

implementa no sea contradictoria, de ser el caso se requeriría un análisis jurídico adicional.

Desde el plano del derecho comparado, el concepto de patrimonio cultural y los alcances de la titularidad de los bienes que lo comprenden es diverso y complejo. En este campo, la normativa española se diferencia de otras por la categorización mediante criterios objetivos que comprende el elemento temporal, la naturaleza del bien y la diferencia normativa⁵⁷ entre patrimonio histórico y patrimonio cultural, este último representa un criterio discrecional de orden interno sobre los tipos de piezas.

En Colombia, el concepto sobre el patrimonio cultural era genérico y no precisaba alcances específicos sobre los yacimientos subacuáticos, guardando concordancia con los alcances de la “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”, y 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”, ambas ratificadas por el Estado de Colombia.

En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce y define la tutela de los bienes culturales subacuáticos a través de la ley nro. 1675⁵⁸ y su reglamento. Acerca de este punto debemos resaltar el contenido del artículo 2, que dice:

[...] El patrimonio cultural sumergido, (...) **hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación.** (...) está integrado por todos aquellos bienes producto de la **actividad humana que sean representativos de la cultura** que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas (...) en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas

⁵⁷ La normativa española contempla como marco legal la Ley 16/1985, del 25 de junio, acerca del Patrimonio Histórico Español, aplicable a su jurisdicción y tratamiento interno. Puesto que resulta de un análisis particular y exclusivo del derecho español. Los ordenamientos en el continente europeo difieren sobre términos y alcances, así lo refiere Frigo (2004).

⁵⁸ Ley Nro. 1675, emitida el 30 de julio de 2013, a través de la referida norma se reglamenta los artículos 63, 70 Y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido.

delimitadas por líneas de base. **Hacen parte** de este patrimonio los restos orgánicos e inorgánicos, los asentamientos, cementerios y **toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas** por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacentes dentro de estas, cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón. (Resaltado nuestro)

La definición contenida en el artículo citado parte de la premisa de que todo elemento sumergido, en jurisdicción del Estado de Colombia, es propiedad del Estado. Asimismo, se condiciona la calidad de los bienes con la acreditación del criterio de representatividad, el cual ha sido desarrollado en el artículo 3 de la citada norma, señalando lo siguiente:

“[Representatividad es la] *Cualidad de un bien o conjunto de bienes, por la que resultan significativos para el conocimiento y valoración de particulares trayectorias y prácticas socioculturales que **hacen parte del proceso de conformación de la nacionalidad colombiana**, en su contexto mundial*”. (Resaltado y subrayado nuestro)

Mediante estas ideas, queda claro que los criterios predominantes, o de primer orden, para la calificación de los bienes son los referidos a la ubicación del yacimiento, el tiempo en su condición de sumergido, y el arraigo o relación de nacionalidad con el presunto Estado titular de la propiedad. Adicionalmente, se asume que los criterios de singularidad y repetición son criterios de discriminación sobre aquellos bienes que reuniendo los criterios enunciados no son calificados como patrimonio cultural y son pasibles de ingresar al comercio. Por lo tanto, los criterios sobre el estado de conservación y la importancia científica y cultural se encuentran dentro del ámbito técnico, enmarcados en un estudio científico técnico. Respecto del arraigo, en el derecho internacional se ha determinado que la nacionalidad de los bienes se

debe acreditar a fin de valorar la declaración de titularidad, a razón de que los bienes sumergidos son susceptibles de reclamos por otros Estados con supuesto interés y legitimidad.

Vías de solución de controversias.

En el derecho internacional público se han priorizado como medios de solución de controversias aquellos que comprenden la heterocomposición; por lo que, la solución recae en un tercero o en un órgano dirimente preestablecido o por acuerdo de las partes. Sin embargo, no significa que está proscrita la autocomposición, sólo que su práctica se restringe para ciertas materias. Por lo tanto, se ha hecho una práctica entre los Estados el agotamiento de medios de resolución diplomáticos⁵⁹ para posteriormente recurrir a un órgano supranacional y con potestad jurídica. En este sentido, consideramos que la modalidad del tratado directo⁶⁰ debe ser la vía idónea de resolución de controversias puesto que supone el ejercicio de buena fe y de cooperación internacional.

Para ejercer el derecho de solución sobre un conflicto de intereses es necesario el reconocimiento de la existencia de una controversia por una de las partes interesadas, ya sea de naturaleza de derecho o de política. A partir de la declaración se puede definir la materia y el marco jurídico al cual serán sometidas las posiciones contrapuestas. Inicialmente, la vía de solución se establece por control internacional, por lo que se recurre a lo dispuesto en el instrumento internacional idóneo, por ratificación o por consenso de los Estados. Sin embargo, por medio de esta última potestad puede determinarse el órgano o instancia a

⁵⁹ La doctrina realiza una clasificación de los medios de resolución de conflictos entre Estados, puesto que considera como medios pacíficos diplomáticos a la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación; por otro lado, en calidad de medios pacíficos jurídicos tienen al arbitraje y al arreglo judicial. De igual forma, describe los medios violentos o de uso de la fuerza como: la represalia, la retorsión, la ruptura de relaciones diplomáticas, el bloqueo, el ultimátum y la guerra. En este sentido lo comprenden tanto Novak (2005) como Hernández & Manasía (2005).

⁶⁰ Trato directo, o también denominado –negociación–, Conforti, citado por Novak (2005), sostiene que “Las negociaciones son, en el terreno del internacional y en el sentido del Derecho Internacional, el método legal y regular de la administración según el cual los gobiernos, en el ejercicio de su incontestable poder, persiguen sus relaciones mutuas y discuten, ajustan y solucionan sus diferencias” (pág. 99).

resolver la controversia e incluso la normativa jurídica a la que se sometan, es decir, mediante previo acuerdo.

Sobre los hechos expuestos, se proyecta una situación de intereses contrapuestos entre tres Estados. En este sentido, hasta el 3 de octubre de 2018 no se ha desarrollado la extracción real del pecio ni de la carga, por lo tanto, se presume que no hay una situación objetiva de controversia, ni de derecho ni política. Entonces, sólo a partir de la extracción de los artículos y la declaración del Estado de Colombia en tenor de la titularidad de los mismos se generaría un supuesto de controversia. Sin embargo, la declaración de la existencia de una controversia supondría un desafío a nivel de las relaciones exteriores entre los Estados de Colombia y Perú. Por lo que se debería recurrir al ejercicio de los medios pacíficos de solución, siendo la negociación la vía idónea; sin dejar de lado los buenos oficios, la mediación o la investigación. Asimismo, debido a que el caso versa sobre patrimonio cultural subacuático y no media acuerdo internacional alguno, suscrito por Colombia o entre los Estados inmersos, es menester reiterar la necesidad de entablar un medio de solución diplomático.

Bajo el supuesto que no se alcance un acuerdo mediante un mecanismo diplomático, se debe considerar que el Estado de Colombia denunció el Pacto de Bogotá el 27 de noviembre de 2012, por medio de dicha renuncia se remitió al artículo LVI⁶¹ mediante el cual se generó un periodo de un año para el aviso y perfeccionamiento del acto. Por lo tanto, se debería descartar la exigencia, bajo control internacional, del sometimiento de la causa a la competencia de la Corte de la Haya. En este sentido, los foros a los cuales se puede recurrir se restringen al acuerdo entre los Estados en pro de una solución pacífica, asimismo, se

⁶¹ Tratado americano de Soluciones Pacíficas, llamado también Pacto de Bogotá, en su Artículo LVI establece lo siguiente. *“El presente Tratado regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de un año, transcurrido el cual cesará en sus efectos para el denunciante, quedando subsistente para los demás signatarios. La denuncia será dirigida a la Unión Panamericana, que la transmitirá a las otras Partes Contratantes. La denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo.”*

salvaguarda el ejercicio del derecho de recurrir a las instancias que crean pertinente a fin de defender sus intereses.

Es necesario precisar que tanto la negociación como la investigación no suponen una vía previa para la elevación de la causa ante la Corte internacional u órgano supranacional, puesto que la Corte de la Haya sostiene:

(...) que las partes tienen la obligación de realizar negociaciones con la finalidad de lograr un acuerdo y no simplemente proceder a una negociación formal a modo de condición previa para la aplicación automática de cierto método de delimitación a falta de acuerdo; las partes tienen la obligación de comportarse de tal forma que la negociación tenga sentido, lo que no será el caso cuando una de ellas insista sobre su posición sin contemplar modificación alguna de la misma (...) (Novak, 2005, p. 102).

Sobre lo citado, se infiere que la intención de recurrir a un medio de solución pacífico es alcanzar un acuerdo, por tanto, la conducta de los Estados se centra en la buena fe y la premisa de ceder en las pretensiones a fin de alcanzar un punto medio, como la teoría de la equidad sostiene.

Adicionalmente, Abramovich (2017) considera que los regímenes internacionales han contribuido en promover el alcance de los derechos a favor de la ciudadanía, con la apertura de un debate sobre las políticas públicas. Al referirse, a regímenes internacionales, se abarca a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. También al CIADI del Banco Mundial, respecto de la protección de inversión; y aquellos convenios de emisión de deuda externa que ceden jurisdicción a tribunales extranjeros.

Entonces, por lo expuesto y dentro de las facultades de los Estados se puede recurrir a los regímenes internacional a través de la manifiesta voluntad de los sujetos ya sea por suscripción de acuerdo previo o por competencia a razón de control internacional; y con el

agotamiento de instancia previa, en el entendido de los medios de resolución de conflicto pacíficos diplomáticos.

Relación del Derecho Internacional y el Derecho Interno.

La relación entre ambos campos se centra en la implementación de la norma, teniendo en consideración la concepción del patrimonio cultural y los acuerdos internacionales ratificados. Para tal fin, se considera la coincidencia entre las normas del derecho interno desde su jerarquía y la concordancia con la Constitución. Además, la adecuación normativa bajo el principio de control de convencionalidad respecto de las normas internas en materia de patrimonio cultural material.

Concordancia entre el Derecho interno y el Derecho internacional público.

A partir de la premisa que una reforma normativa se impulsa por ejercicio del control de convencionalidad dentro un orden interno, siempre y cuando se tenga una diferencia y/o discordancia con un tratado ratificado, en virtud del principio del *pacta sunt servanda*. Razón por la cual, el Estado, amparado en la buena fe y la obligación de adecuación del orden interno salvo reserva expresa, cumple con dichas obligaciones de índole político administrativas. Asimismo, se deben considerar a los actos unilaterales como una fuente adicional válida, diferente a los tratados.

Sobre los actos unilaterales, su validez, en el marco del ejercicio de autodeterminación, está sujeta tanto a las facultades de representación del funcionario que desarrolla la acción como a los controles jurídicos contenidos en la normativa interna. Esto se refiere a la capacidad de quien en representación desarrolla una acción, por delegación; en *contrario sensu*, no se puede considerar como válido un acto jurídico producido por quien no tiene capacidad para desarrollarlo, o si este actúa sin amparo de la norma.

Al respecto, la doctrina ha establecido ciertos elementos esenciales para que un hecho alcance trascendencia internacional. En este sentido, Rodríguez Cedeño (1998) manifiesta que tienen validez un acto unilateral en cuanto manifieste la voluntad del Estado, debiendo ser de forma inequívoca. Por su parte, Novak Talavera (1994), como otros autores, asume como necesaria la calidad de la representación de quien desarrolla el acto; es decir, el nivel de las facultades de representación; y por supuesto, el carácter público del hecho, siendo indispensables para su validez.

Por lo tanto, existe una relación directa entre la delegación de facultades de representación y la organización del Estado, en el sentido del gobierno. Al respecto, la reglamentación de la representación del Estado y las facultades que ostentan los funcionarios son amparados por norma expresa. Si bien el campo de las relaciones internacionales desarrolla este asunto, en el derecho internacional se analiza la concordancia entre las facultades y la acción realizada, debiéndose remitir a los Tratados de Viena⁶² de la materia. Por lo tanto, el canal idóneo dentro del derecho interno peruano se da por la emisión del nombramiento mediante Resolución Suprema seguida de la Resolución Ministerial para establecer el alcance del mandato, ambas emitidas por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Téngase en consideración que la representación del Estado se centra en la figura del presidente de la República, como mandatario supremo, y sobre aquellos funcionarios que la Constitución lo precise, o por norma expresa se nombre. Como se estima, la aprobación de los tratados y el reconocimiento internacional es una facultad del representante de un Estado, en este sentido basta remitirnos a la Carta Magna la cual, en su Artículo 56 primer párrafo en concordancia con el artículo 57, señala que el presidente tiene facultad de celebrar Tratados

⁶² Se hace referencia a los tratados denominados: Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 y la Convención sobre las misiones especiales de 1969.

por su calidad de representante del Estado Peruano, y en determinados casos se encuentran exentos de ratificación por parte del Congreso de la República. Razón por la cual, la figura del presidente es única e incluso tiene la capacidad para delegar su representación mediante mandato expreso.

En este sentido, la figura del mandato⁶³ es un acto jurídico que delega facultades para la representación de un Estado, a favor de un determinado funcionario y solo en el ámbito que estipule su nombramiento. Por lo que, la acción a evaluar como acto unilateral se valora a la luz de las facultades conferidas presumiéndose la validez del reconocimiento internacional, de ser el caso. Además, las embajadas⁶⁴ ejercen la representación diplomática de un Estado en el territorio de otro, bajo el amparo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y a cargo de un embajador.

En esta línea, el reconocimiento internacional tiene un carácter público, el cual es un elemento esencial y complementario para convalidar la ausencia de manifestación de voluntad expresa, puesto que la doctrina reconoce tanto los actos unilaterales expresos como los tácitos. Al respecto, la tradición romana asume que “quien calla otorga”, si un Estado mantiene una conducta ante un determinado hecho y conociendo sus alcances persiste en dicha conducta, entonces, tiene responsabilidad sobre las consecuencias que genere; dentro de la teoría de la responsabilidad se le denomina aquiescencia.

⁶³ Dicha facultad se recoge desde el ámbito del derecho civil, el acto jurídico del mandato es un contrato de representación personal y/o patrimonial, por el cual el mandatario toma a su cargo los negocios del mandante. Adicionalmente, Osterling y Castillo Freyre (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pág. 376) sobre la figura del mandato dentro del deber consideran que “(...) la idea de deber designa la situación de un sujeto que tiene que ajustar su conducta a los mandatos contenidos en una norma general o en una de orden particular; toda obligación importa un deber, si bien no todo deber constituye una obligación”.

⁶⁴ Para Jara (1989), existen distintos tipos de misión diplomática dentro de las cuales la embajada tiene el rango más elevado; se caracteriza por ser tanto representativa como permanente, puesto que es acreditada por un Estado ante otro Estado. Quien cumple labores de administración y dirección es un embajador, cuya acción, o facultades de representación, está limitada al territorio del estado receptor.

Por lo tanto, la validez de un acto unilateral está basado en la capacidad de los sujetos que desarrollan el hecho y el carácter público de la conducta de estos, amparándose en la norma interna del Estado y las fuentes del derecho internacional. En el caso del Perú, los tratados tienen un control para su ratificación expresada en la Constitución, a favor de una facultad expresa del Congreso de la República⁶⁵ para tal fin, que son *numerus clausus*.

La Constitución Política del Perú y el Control Internacional.

La Constitución Política del Perú es la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional y sólo aquellos Tratados en materia de derechos humanos ostentan rango constitucional⁶⁶, puesto que suponen un criterio de especialidad respecto de la interpretación de los derechos fundamentales. En este sentido, los Tratados sobre otras materias están dentro de una categoría posterior, pero en cualquier caso están sujetos al control constitucional. Al respecto, la Carta Magna, y normas complementarias, establecen la capacidad de quienes pueden suscribir Tratados, y a su vez ratificarlos. Asimismo, la sola suscripción no supone la generación de derechos y obligaciones, sin embargo, tiene potencial para producir efectos jurídicos a nivel internacional, por la perfección del acto. Entonces, es oportuno hacer mención que “la declaración”, como acto unilateral de un Estado, es un vehículo para la generación de obligaciones internacionales.

⁶⁵ Constitución Política del Perú, en su artículo 56 establece que: “Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.”

⁶⁶ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional sobre el Exp. Nro. 047-2004-AI/TC fue emitida el 24 de abril de 2006, y en su numeral 2.2.1.2, párrafo 61, se desarrolla el criterio de jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico nacional, determinando criterios de categoría y grados entre ellas. En este sentido, consideró tanto a la Constitución, las Leyes de reforma constitucional y los Tratados sobre Derechos Humanos en una misma categoría. Sin embargo, por el criterio de grados se sostiene una jerarquía entre las mismas siendo la Carta Magna.

Sobre el control constitucional, se tiene conocimiento que en el ordenamiento jurídico nacional se ha desarrollado dos modalidades de control, uno a nivel de los órganos jurisdiccionales ejercido por los magistrados, tanto de primera como de segunda instancia, denominado control difuso; y el otro ejercido a través del Tribunal Constitucional, llamado control concentrado. En ambos casos, se busca tutelar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a favor de quienes ejercen el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. En atención a lo cual, se ha generalizado la práctica y uso del control sobre los acuerdos internacionales, tanto en la literatura latinoamericana como hispana se denomina como el control internacional. Al respecto, Aguilar Navarro (citado por Becerra Ramírez, 2017) considera que dicha figura busca verificar la conducta de los Estados respecto de sus obligaciones; en un sentido más concreto, infiere la capacidad de fiscalización y control sobre las medidas implementadas para dar cumplimiento al acuerdo internacional. Razón por la cual, se genera un régimen de anulación del acuerdo⁶⁷, cláusulas arbitrales⁶⁸, transferencia de facultades a un órgano competente⁶⁹, decisión jurisprudencial, y la facultad de recomendación.

Por lo dicho, se ha reconocido que el control internacional se aplica tanto dentro del orden interno como a nivel de la comunidad internacional. Al respecto, García Belaunde y Palomino Manchego (2013, p. 224) consideran que la aplicación del control se da en dos niveles, uno dentro de la esfera internacional a fin de tutelar la compatibilidad o adecuación de la norma

⁶⁷ La anulación supone dejar sin efecto el acuerdo pactado, el Tratado de Ancón, suscrito el 20 de octubre de 1883 entre Chile y Perú, en su artículo 3 dispuso que el territorio de las provincias de Tacna y Arica pasaban a control del Estado de Chile por un tiempo de diez años, y expirado este plazo se someterían a un plebiscito, por medio de la votación popular.

⁶⁸ La cláusula arbitral es explícita contenida en un acuerdo internacional. Al respecto, Perú y Chile suscribieron el 20 de julio de 1922 un Protocolo de Arbitraje a fin de desarrollar la obligación de aplicar una consulta popular a razón del artículo 3 del Tratado de Ancón. El arbitraje recayó en el presidente de los Estados Unidos.

⁶⁹ La Organización de las Naciones Unidas tiene implementa mediante acuerdo un sistema de control comprendido por el Consejo de Seguridad, el Consejo de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia; cada uno son contemplados como órganos de control de la Carta de Naciones Unidas o Carta de San Francisco, suscrita el 26 de junio de 1945.

interna a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, llámese también CADH; y una segunda desde el fuero interno para verificar la aplicación de las normas internas desde la adecuación a la CADH; en el caso de los derechos humanos.

Al respecto, la doctrina ha desarrollado alcances relativos al control de convencionalidad, como un principio del derecho internacional, en correspondencia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o Corte IDH, como es en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile⁷⁰. Primero, Becerra (2017) infiere que dicho control comprende limitaciones lógicas que ratifican los roles que abarcan cada uno de los poderes del Estado. En el plano legislativo, abarca la obligación de suprimir y no adoptar normas contrarias a la Convención. Desde el plano judicial, significa el reconocimiento de la facultad de los magistrados de abstenerse en la aplicación de la norma contraria a la Convención. Por lo mismo, se desarrolla la teoría de responsabilidad internacional respecto a su cumplimiento dentro de los tres poderes del Estado; de ser así, se estaría cumpliendo con las obligaciones asumidas.

Por lo tanto, asumimos que el control internacional se ejerce desde la generación de obligaciones en un sentido general; asimismo, el control de convencionalidad se interpreta a partir de la ratificación de la Convención y de la interpretación sobre su alcance, ligado a la declaración de un derecho. Entonces, el control internacional exige en *prima facie* que el tratado este vigente y sea válido; y en este sentido, dentro de los parámetros formales; teniéndose en consideración que la validez se alcanza con el depósito del instrumento o disposición expresa diferente.

⁷⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, o Corte IDH, mediante Sentencia de 26 de septiembre de 2006 sobre el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, en su párrafo 124 desarrolla el principio de control de convencionalidad a razón de ser una facultad del órgano jurisdiccional competente.

Patrimonio Cultural: alcances y conceptos

Alcances generales sobre el Patrimonio Cultural

El término Patrimonio Cultural es utilizado dentro de la comunidad internacional desde 1954; a razón de la “Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”, también llamada Convención de La Haya de 1954⁷¹; en aquella ocasión el motivo fue determinar las obligaciones de los Estados para la protección de los bienes culturales dentro de un conflicto armado. Por su parte, Arista-Zerga (2013) lo describe como el primer tratado internacional en materia de bienes culturales⁷² que ofrece una definición jurídica y sistemática de la categoría de los bienes culturales, también es la primera vez que se inviste a un organismo internacional, es el caso de UNESCO, de la competencia general en materia de bienes culturales. Además, a partir de este evento se reconocieron aquellos derechos que se encuentran considerados de segunda generación, como son los derechos culturales, a favor de los Estados. Al respecto, algunos juristas lo consideran como un derecho fuente por lo que comprende tanto el derecho a la cultura como el derecho a la protección, el derecho a la conservación, el derecho a la difusión de los bienes que lo componen, entre otros. Razón por la cual, cada Estado requiere precisar la definición del término dentro de un marco jurídico interno.

En lo referido a los derechos económicos, sociales y culturales, Vladimir Kartashkin (citado por Harvey, 1995) considera que un sistema legislativo uniforme es impracticable por las

⁷¹ La Convención de La Haya de 1954 fue suscrita por el Estado de Perú mediante Resolución Legislativa N° 25030, el 1 de junio de 1989.

⁷² Frigo (2004) expone que las expresiones "bienes culturales" y "patrimonio cultural" tienen un significado distinto, esto debido a las diferencias de los sistemas jurídicos de los que proceden estos términos.

características de los Estados, asimismo considera que la normativa internacional busca establecer un nivel mínimo de protección y de bienestar social; en otras palabras, un estándar mínimo de protección. Complementariamente, Robertson infiere acertadamente sobre el sentido de la definición de los derechos culturales y la conexión intrínseca entre la cultura y la educación, concluyendo que estamos ante una definición general en referencia a lo desarrollado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁷³; también citado en el documento elaborado por Harley (1995, p. 7).

Por lo tanto, inferimos que los alcances sobre los derechos culturales ubican al patrimonio cultural como el bien tutelado por los derechos de segunda generación, como: los derechos culturales de las minorías, derecho cultural de la comunidad nacional, y el derecho a la cooperación cultural (Harvey, 1995, p. 7). Por lo tanto, se infiere que se llega a esta conclusión a partir de una interpretación sistemática de los acuerdos. Por su parte, no se deja de lado los derechos promovidos por UNESCO como son: derecho de acceso a la cultura, derecho a la participación en la vida cultural, derecho a la creatividad; derecho a la protección de los intereses morales y materiales que resultan de la producción literaria o artística; derecho a la protección de los bienes culturales, derecho a la protección del patrimonio cultural mundial, derecho a la cooperación cultural internacional, derecho a la protección y desarrollo de la identidad cultural.

⁷³ El Perú mediante Decreto Ley Nro. 22129, del 28 de marzo de 1978, adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En dicho instrumento se recoge los siguientes derechos, en su art. 1 numeral 1, dice *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”*. De forma complementaria, en el Artículo 15, se señala que *“ 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: **a) Participar en la vida cultural;** (...) 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán **adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho**, figurarán las necesarias para la **conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.** (...) 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”* (Resaltado propio)

Adicionalmente, es importante señalar que el reconocimiento de estos derechos a través de los acuerdos internacionales, como la Convención citada y otros previamente mencionados, así como la implementación en el derecho interno, genera un carácter de exigibilidad sobre los mismos y una obligación estatal no solo de adecuación normativa sino de garantía de acceso a su tutela. Para Arista-Zerga (2012), la exigibilidad de estos derechos guarda una doble concepción, considerándose “inmediata” al referirse a derechos civiles y políticos, mientras que “progresiva” en el caso de los derechos sociales y culturales, siendo interdependientes entre sí.

Por lo expuesto podemos aseverar que el estudio del patrimonio cultural es un campo en pleno desarrollo que plantea el reconocimiento respecto a la calidad de ciertos bienes y su trascendencia en el tiempo dentro del desarrollo de la identidad de un grupo humano, si bien es una primera definición que se infiere después de revisar diferentes fuentes bibliográficas, también se ha identificado una falta de consenso respecto de los términos a utilizar, debido a la diversa normativa y tradición jurídica de los distintos Estados.

En este sentido, Frigo (2004) expone la variedad de términos que comprenden una definición cercana sobre el patrimonio cultural, dentro de la normativa española, como son: “patrimonio cultural”, “patrimonio mundial”, “patrimonio histórico”, “patrimonio arqueológico”, y otros; asimismo, hace una apreciación que es de común acuerdo acerca de la terminología utilizada en los múltiples ordenamientos, y es que todos están en consenso con el alcance de la definición desarrollada por UNESCO, por ser genérica. Cabe aclarar que el uso de cierta terminología no significa un apego o aceptación hacia una determinada corriente o concepción teórica, puesto que como parte de la ONU está sujeta al consenso de los Estados miembros, la aplicación tanto del principio de soberanía como de la autodeterminación de los mismos.

Si bien en el ámbito europeo no se tiene un concepto general, por otro lado, el desarrollo normativo es mayor y responde a la calificación jurídica de determinados bienes. En el caso de estudio, la normativa española considera el término específico de -patrimonio cultural subacuático-, en el marco de la UNESCO, como Agencia del Sistema de las Naciones Unidas. En este sentido, la “Convención sobre Protección de Patrimonio Mundial Cultural y Natural”⁷⁴, o la también llamada Convención de 1972, contiene una definición general que abarcaba aquellos lugares o complejos con valor o interés universal y los considera como bienes de gran valor cultural ya sea por su carácter histórico, artístico o científico.

En esta línea de razonamiento, Aznar (2009) resalta la definición de patrimonio cultural como la primera línea de protección jurídica, y destaca los esfuerzos regionales en su protección, tanto en el ámbito europeo como americano⁷⁵. Además, es necesario resaltar que los acuerdos internacionales en ninguno de los casos hicieron hincapié, de forma precisa, en las particularidades que representa el término “patrimonio cultural subacuático”, hasta la Convención de París de 2001. Sin embargo, la aplicación del instrumento en mención no tiene competencia en jurisdicción de Colombia.

Por otro lado, como expone Alonso Ibáñez (1992) la diversa terminología conduce a confusión y no es exacta, la generalidad del término “Patrimonio cultural” está sujeta a subjetividad, cabe decir, a valoración desde lo sólo artístico, dejando el elemento objetivo o carácter histórico en segundo plano. Asimismo, se debe tener en cuenta el supuesto que toda manifestación cultural no supone patrimonio cultural; lo cual no es contemplado en una definición amplia, como la desarrollada por la UNESCO. Sumado a lo expresado por Alonso,

⁷⁴ Dicho cuerpo fue aprobado el 16 de noviembre de 1972 por la Conferencia General de la UNESCO en su decimoséptima reunión desarrollada en París. El instrumento fue ratificado por Colombia, España y Perú. Siendo depositado por el Perú el 24 de febrero de 1982.

⁷⁵ Los acuerdos europeos datan de 1969 en caso de la Convención Europea para la Protección del Patrimonio Arqueológico y de 1992 para la Convención Europea para la Protección del Patrimonio Arqueológico. En el caso de América, en 1976 de adoptó la Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas, o Convención de San Salvador.

se infiere que esta definición genérica se salva dentro de la jurisdicción de cada Estado y la implementación de la norma acorde a la Constitución; mediante la aplicación del principio de convencionalidad.

Asimismo, Arista-Zerga (2013) ilustra la actividad de la UNESCO desde sus niveles de acción, tanto formativo como normativo. Acerca del primero, si bien es la rama técnica-científica no supone una generación de obligaciones hacia los Estados por la información que remite, pero si como insumo para la generación de potenciales instrumentos jurídicos, esto a través de las recomendaciones, las declaraciones, los acuerdos y las convenciones. Por otro lado, en el segundo nivel se busca la generación de una obligación internacional mediante la adopción de los instrumentos como la Convención del 1972, citada en párrafos anteriores, y otros. Sin embargo, la ausencia de compromiso respecto de los acuerdos internacionales, posteriormente generados, representa una ausencia de obligación, por lo impreciso de la definición de 1972; por lo cual, sólo supondría una forma de valoración de la conducta internacional del Estado, respecto de los bienes con potencial de calificarse como patrimonio cultural. En el caso de España, se infiere un compromiso en *prima facie* enmarcado dentro de la buena fe, principio del DIP, y los acuerdos complementarios suscritos.

Respecto a la definición, Rengifo (2008) plantea que el patrimonio cultural contempla la herencia cultural o nacional de un Estado, conformada tanto por elementos materiales como inmateriales, descritos como “[bienes] heredados de generaciones pasadas, que aunque presentan mayores dificultades para la conservación deben ser preservados en el presente para las generaciones futuras” (p. 120). En este sentido, LeCron, citada por Rengifo, considera la “institucionalización” como una fuente de la cultura. Esto último guarda relación con lo promovido por UNESCO respecto a la creación de instancias de ejecución de la Convención (Arista Zerga, 2013).

Definición del Patrimonio cultural

Para Mazeaud (citado por Martorell, 1994), el término patrimonio abarca los derechos de la persona, incluyendo aquellos con valor pecuniario; también, considera que Víctor Hugo⁷⁶ mediante la dicotomía sobre la cosa, respecto del uso y la belleza, desarrolla una analogía entre el derecho y el bien jurídico. Por lo tanto, ambas ideas son pertinentes junto a lo expuesto por Silva Santiesteban (citado por Martorell) sobre el patrimonio cultural y su relación directa con la identidad o conciencia de la realidad particular. En este sentido, se reconoce que el bien cultural tiene tanto un criterio de valor o importancia como un criterio de antigüedad o de temporalidad. Además, inferimos que dichos criterios desembocan en el desarrollo del valor cultural de un determinado bien.

Por lo tanto, “Patrimonio cultural” supone ser un término general, y amplio, por lo que se debe remitir al elemento básico que sería el bien con valor cultural. A fin de alcanzar una definición satisfactoria, debemos considerar que la limitación natural es tanto la jurisdicción como la soberanía. Estas últimas ideas parten de la naturaleza del área de estudio y su implicancia al momento de adoptar conceptos jurídicos, recordemos que los Estados asumen obligaciones y tienen derecho de reserva sobre aquellos conceptos que consideren contrarios a su ordenamiento caso contrario estarían obligados a implementar modificaciones en su ordenamiento, bajo el control de convencionalidad. Al respecto, Martorell (1994) expone diversas posiciones sobre la definición y clasificación de estos bienes culturales; citando a de Silva Santiesteban, Cisneros Milla y Mazeaud. Por lo cual, nos remitimos a la raíz etimológica de la tradición jurídica romana, al connotar el término “Patris” desde el patrimonio o legado del padre, y el término “*bescas*” en el sentido de la acción de hacer feliz o dar utilidad. Por lo cual, se infiere que el bien cultural es un elemento del patrimonio

⁷⁶ Victor Hugo, escritor francés del siglo XIX. Desarrolla la dicotomía fondo-forma de las cosas.

heredado a un grupo humano, por ser la manifestación de una realidad, dentro de un criterio de importancia, interés y antigüedad.

Para Severo Giannini⁷⁷ (citado por García Calderón, 2016), el bien cultural se configura en “*aquellos testimonios materiales dotados de un valor de civilización*” (pp. 51-53), no desconociéndose el sustrato inmaterial del bien cultural. Respecto del ejercicio de posesión o titularidad a razón del derecho de propiedad, se resalta el carácter colectivo o uso social siendo suficiente para su tutela y protección por parte del Estado y restricción legal dentro de su jurisdicción. Esta última idea es acorde al carácter de exigibilidad que la doctrina reconoce sobre los derechos culturales, y sobre todo al derecho de acceso a la cultura.

Adicional a lo expuesto, como expone Symonides (2005, p. 54), el término “cultura” supone otra limitación, puesto que si la finalidad fuera generar una definición vinculante, debido a que su comprensión abarca diversas actividades como creativas, artísticas o científicas o, en sentido lato, como una suma de actividades humanas, y la totalidad de valores, conocimientos y prácticas; entonces, la definición implícita que ofrece UNESCO a través de la “Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, o Convención de San Salvador”⁷⁸, lo que hace es proponer una categorización de los bienes más no una definición, por lo que deja a salvo el derecho de autodeterminación respecto del desarrollo normativo dentro de la jurisdicción de cada Estado.

⁷⁷ Como señala Martínez (2012), Severo Giannini presidió la “Comisión de investigación para la tutela y la valorización del patrimonio histórico, artístico, arqueológico y del paisaje” en Italia, o Comisión Franceschini, la cual en su Declaración I establece como definición de bien cultural que “*Pertenecen al patrimonio cultural de la Nación todos los bienes que hagan referencia a la historia de la civilización (...) y cualquier otro bien que constituya testimonio dotado de valor de civilización*” (pág. 195).

⁷⁸ La Convención de San Salvador fue aprobada el 16 de junio de 1976 en el Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, Santiago, Chile, por Resolución AG/RES. 210 (VI-O/ 76). Sobre los bienes culturales se establecen las siguientes categorías: a.- Bienes de culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, b.- Bienes de la época colonial, c.- Documentos editados hasta el año de 1850, d.- Todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados Partes tengan registrados como bienes culturales siempre que hayan notificado tal registro a las demás Partes del tratado, y, e.- Todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados Partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención.

Por la importancia que implican los bienes culturales, el alcance de su definición guarda relación con la nación de un Estado, debido a que comprenden parte de la identidad de este grupo humano. Al respecto, Salah Stétié (citado por Harvey, 1995, pp. 31-32), considera que el bien cultural es un objeto de mediación para la creatividad o espiritualidad, que manifiesta una identidad a favor de una comunidad humana, por sus particularidades, tanto en lo étnico, lo racial, lo religioso o lo nacional. Si bien, el concepto dota de caracteres al bien cultural otorgándole una categoría distinta sobre otros bienes, a razón del ejercicio del derecho de restitución o retorno, esto se produce debido a la carga subjetiva que posee. Entonces, es legítima la restricción, o aplicación de un criterio de prohibición, ante el menoscabo que supondría la transferencia o la extracción de los bienes dentro de un contexto de riesgo, por razones: geológicas, históricas, o artísticas.

Por otro lado, el artículo primero de la Convención de 1976, considera que:

A los efectos de la presente Convención se considerará “patrimonio cultural”: Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, [...]. (Subrayado nuestro)

Mediante lo cual, se infiere que el alcance del concepto recae en la autodeterminación de cada Estado. En consecuencia, corresponde remitirnos al orden jurídico de las posibles partes implicadas en la controversia.

Así, el Estado de Colombia a través del Artículo 4 de la Ley 397 de 1997, considera que:

El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes in-materiales y

materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular. (Resaltado y Subrayado nuestro)

De igual manera, el Estado español o Reino de España mediante la Ley 13/1985 respecto del Patrimonio Histórico Español, en su artículo primero, considera lo siguiente:

[...] 1.- Son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del **Patrimonio Histórico Español**. 2.- Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de, interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico' o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico [...]. (Resaltado y Subrayado nuestro)

Se debe acotar que el Estado español como miembro de la Unión Europea es firmante del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y Tratado fundacional sobre la conservación y protección del patrimonio cultural, por lo tanto, los términos “patrimonio nacional” y “tesoros nacionales” son conceptos diferentes y con tratamiento jurídico distinto.

Por su parte, el Estado de Perú aprobó y dispuso mediante el artículo II de la Ley Nro. 28296, lo siguiente:

[...] se entiende por bien integrante del **Patrimonio Cultural de la Nación** toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico,

militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley. (Resaltado y Subrayado nuestro)

A partir de las tres definiciones expuestas, se infiere que los bienes susceptibles de ser declarados bienes culturales serán valorados dentro de un criterio de prelación diferente en cada Estado. Además, los conceptos utilizados corresponden a espacios temporales distintos. En este sentido, al definir el bien jurídico protegido se debe considerar las similitudes conceptuales y el ejercicio de la tutela jurisdiccional del mismo.

Patrimonio Cultural Subacuático

El patrimonio cultural subacuático es una rama del patrimonio cultural material cuyos fundamentos son tanto técnicos como jurídicos, por lo que es necesario abarcar ambos aspectos para un mejor entender. En este sentido, la literatura ha visto incrementado su desarrollo debido a los últimos hallazgos y la necesidad de resolver cuestiones jurídicas sobre los pecios y bienes extraídos.

La definición desarrollada en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, del 2001, en su artículo 1, respecto a “las definiciones”, dice a la letra lo siguiente:

[...] 1. (a) Por “**patrimonio cultural subacuático**” se entiende 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:

los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; (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. [...] ⁷⁹ (Resaltado y Subrayado nuestro)

Se infiere que el patrimonio cultural subacuático comprende aquellos bienes culturales depositados por un periodo largo de tiempo debajo del agua, yacimiento subacuático; por lo cual, se supone que estos corresponden a eventos de épocas pasadas. Además, su extracción ha sido fruto de la acción de la arqueología subacuática o práctica similar. Al respecto, Ruiz (2013) describe que la arqueología comprende los siguientes pasos, que son: la recolección de información, la prospección, la excavación arqueológica, el tratamiento y la conservación de los materiales extraídos; además, dicha área del conocimiento actúa adaptando su trabajo al medio, como es el caso del medio acuático. Debido a que tanto Beukes (2001) como Frost (2004) señalan a Peter Throckmorton y George Bass como los pioneros de la arqueología subacuática⁸⁰.

En este sentido, Bueno (citado por Ruíz Manteca, 2013) considera que la arqueología subacuática a lo largo del tiempo presenta cuatro fases en su desarrollo que van de la mano con la evolución normativa. Una primera etapa, centrada en tres actividades como son: la recuperación de los objetos, la exposición de los mismos y su puesta en valor. Luego, una

⁷⁹ El Ministerio de Cultura del Perú en varios de sus documentos ha definido como Patrimonio cultural subacuático lo siguiente: *“Son todos los vestigios de la existencia humana con carácter cultural, histórico y arqueológico, que han estado total o parcialmente sumergidos en el agua, en forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años.”*, por lo cual se manifiesta cierta concordancia con el concepto vertido por la Convención de París.

⁸⁰ Frost cita una declaración de Beukes, que dice: *“(...) en veinte años, los buceadores deportivos han hecho más daño a los sitios arqueológicos en el mar que todas las fuerzas de la naturaleza en tres milenios.”* (pág. 26) (Traducción del tesista). A pesar del sentido de la cita, Beukes resalta que desde 1940 la actividad recreativa de buceo, en el entendido de exploración subacuática, ha generado avances en la tecnología para su práctica y por tanto para el uso en la arqueología y los trabajos de prospección en fondos marinos.

segunda etapa que se centró en la necesidad de vencer el medio, razón por la cual se requirió la práctica de buceo como habilidad profesional. En la tercera etapa, se buscó la conservación de los materiales u “objetos extraídos”, debido a la proliferación de pérdidas o extravío de los mismos por los espolios realizados. La cuarta fase se sustenta en la generalización de la actividad arqueológica subacuática. Téngase en consideración que las fases mencionadas tienen por finalidad la conservación de los bienes extraídos a partir de hallazgos en depósitos subacuáticos.

De forma complementaria, en la Conferencia General desarrollada en Nueva Delhi en 1956⁸¹, promovida desde UNESCO, ya se había referido indirectamente a la arqueología submarina como disciplina idónea para la calificación del patrimonio cultural subacuático al definir las excavaciones arqueológicas como:

[...] todas aquellas investigaciones que tengan por finalidad el descubrimiento de objetos de carácter arqueológico, tanto en el caso de que dichas investigaciones entrañen una excavación del suelo o una exploración sistemática de su superficie, como cuando se realicen en el lecho o en el subsuelo de aguas interiores o territoriales de un Estado Miembro. (Subrayado nuestro)

Si bien en dicha recomendación no se hace mención del término patrimonio cultural subacuático, pero se marca una tendencia y la diferencia en cuanto a la calificación y el campo de estudio de los bienes susceptibles de calificación como patrimonio cultural.

En este ámbito, el termino Patrimonio cultural subacuático es pasible de confusión con el patrimonio cultural marítimo y fluvial, a razón del espacio material donde se pueden hallar los

⁸¹ En la Conferencia General de la UNESCO del 5 de diciembre de 1956, desarrollada en Nueva Delhi, se elaboran diversas resoluciones y en su apéndice 1 sobre “Recomendación que define los Principios Internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones Arqueológicas” se mencionan algunas definiciones y principios a considerar los Estados respecto de las excavaciones y los bienes descubiertos para su declaración y protección.

depósitos de bienes, el agua; inequívocamente el patrimonio fluvial ubica los naufragios en ríos. En este sentido, el término amplio es el “patrimonio cultural marítimo” que engloba las manifestaciones culturales recientes desarrolladas en el mar y el término específico es el subacuático. Por lo tanto, la diferencia no solo es nominal también contempla los criterios de calificación de los bienes, puesto que el caso específico de estudio incide tanto en el tiempo como en el valor histórico de los pecios y bienes, además, la práctica exclusiva de arqueología submarina. Complementariamente, Rubio Ardanaz (2009) otorga un significado socio-cultural sobre el patrimonio marítimo, al decir que:

[...] [El patrimonio marítimo] nace por lo tanto de situaciones reales, [...] de la gestión de la actividad y de sus productos, [...] y en las manifestaciones religiosas, festivas, etcétera. [...] en una dinámica de construcción cultural y social, representando y poniendo en valor las formas de vida relacionadas con la mar [...].
(pp. 57-78)

Para el DIP, a partir de la Recomendación 1486⁸² enunciada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en el año 2000, se sugiere la promoción y favorecimiento de la cooperación europea a favor de la protección del patrimonio cultural marítimo y fluvial; y en su punto IV, se instó a cooperar con la UNESCO para la elaboración de una convención sobre el patrimonio cultural subacuático, la cual se publicaría en el año 2001. Por tanto, otra diferencia que se expresa en el ámbito jurídico es la prevalencia entre las recomendaciones referidas, mientras una tiene un ámbito regional y no vinculante, la segunda tiene relevancia jurídica internacional y promueve la elaboración de un instrumento jurídico.

⁸² Según refiere Carrera Hernández (2005, pág. 25) mediante recomendación 848, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa solicitó en 1978 al Comité de Ministros la elaboración de una convención europea sobre patrimonio cultural subacuático. Dicho acto tuvo frutos en 1985 con la presentación del proyecto de convenio relativo al tema propuesto.

En igual sentido, el Consejo Internacional de Museos y Sitios, en adelante ICOMOS⁸³, emitió un documento denominado “Carta Internacional sobre la Protección y la gestión del Patrimonio Cultural Subacuático”⁸⁴ señalando los alcances del tema en cuestión. Por lo que es preciso señalar la característica más significativa de la arqueología subacuática recogida por Beukes (2001), descrita en el siguiente sentido:

La característica única de los sitios subacuáticos es que resultan ser sitios catastróficos: lugares creados en cuestión de minutos por algún desastre que preserva las características y materiales culturales, así como el contexto cultural de suma importancia. Estos sitios son importantes porque son valiosas cápsulas de tiempo que cubren un determinado período de tiempo y, en muchos casos, preservan una amplia gama de material orgánico que falta en otros sitios.⁸⁵ (p. 66) (Traducción del tesista)

Entonces, por definición el patrimonio arqueológico es parte del patrimonio cultural material. Además, el bien susceptible de calificación debe considerarse como patrimonio arqueológico, debido a que tanto su hallazgo como su extracción se dio en un medio subacuático.

Adicionalmente, el patrimonio cultural está comprendido tanto por los restos naufragados encontrados como por el contexto arqueológico y el medio natural; sobre este punto, se debe considerar el impacto que produce la remoción de los pecios y bienes naufragados.

Adicionalmente, hay que referirnos que la arqueología supone una actividad de prioridad académica. Por lo tanto, hay algunas presunciones que la doctrina jurídica ha fijado, como

⁸³ International Council on Monuments and Sites, en sus siglas ICOMOS, es organización no gubernamental global, que se dedica a promover la aplicación de la teoría, la metodología y las técnicas científicas para la conservación del patrimonio arquitectónico y arqueológico; se encuentra asociado a UNESCO, a través de la emisión de informes y proyectos técnicos.

⁸⁴ El documento fue elaborado y firmado en la 11ª Asamblea General del ICOMOS, llevada a cabo en Sofía – Bulgaria, en octubre de 1996.

⁸⁵ El texto original dice: “A unique characteristic of many underwater sites is that they happen to be catastrophic sites - sites created within minutes by some disaster that preserves the cultural features and materials and the all-important cultural context. These sites are important because they are valuable time capsules that cover a tightly dated time period and in many instances, preserve a wide array of organic material that is missing from other sites”. (Beukes, 2001, pág. 66)

aquella que determina que tanto la carga como los accesorios del pecio⁸⁶, tienen igual tiempo de estar bajo el agua, es decir, una presunción *et de jure*⁸⁷.

Según la literatura⁸⁸, los términos utilizados para referirse a los bienes, o los hallazgos, ubicados debajo del mar son: las “antigüedades náufragas”, las “especies náufragas”, el “patrimonio cultural sumergido”, el “patrimonio cultural subacuático”, el “patrimonio histórico”, los “bienes muebles con valor histórico sumergido”, e incluso los “tesoros”. Por lo general, difieren en determinar la titularidad sobre los bienes, además, los describen como patrimonio cultural en sentido de “mercancías naufragadas” y en algunos casos determinan ciertos parámetros para alcanzar la calidad de patrimonio cultural⁸⁹.

La Convención de la UNESCO 2001

La “Convención sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático”, en adelante Convención de París de 2001, se promovió como una iniciativa para estandarizar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la ONU, a razón de prevenir la explotación comercial, el saqueo y la destrucción del patrimonio cultural sumergido, como se manifiesta en la parte expositiva de la misma⁹⁰.

⁸⁶ La Real Academia Española de la lengua define “pecio” de la siguiente forma: Pedazo o fragmento de la nave que ha naufragado. También como, porción de lo que contiene una nave que ha naufragado.

⁸⁷ Al respecto, en el Derecho peruano también se reconoce como tantas la presunción *et iure*, bajo el amparo del Código Civil vigente se tiene el artículo 889, que dice: “Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación.”, en la doctrina se le reconoce como un Principio del Derecho, -lo accesorio sigue la suerte del principal-.

⁸⁸ Sobre los términos, a partir del trabajo de Frigo (2004) se infiere que el uso y traducción de ciertos términos tiene un sentido significativamente diferente, lo cual incide en los sistemas jurídicos de cada país. Como el caso del término “cultural property” traducido como “bienes culturales”, “biens culturels”, “beni culturali”, “Kulturgut” y “bens culturais”. Por otro lado, Sarmiento (2007) sostiene que los hallazgos son considerados “tesoros”, es decir, que los bienes encontrados no tienen propietario, debido a que parten de una presunción jurídica de *res nullius*. De igual manera, la ley española 13-1985 hace referencia a la tutela del “patrimonio histórico español”.

⁸⁹ Al respecto, la normativa española en su Reglamento 3911/92 que aplica sobre los bienes culturales divide estos en 14 categorías; los criterios de clasificación son entre edad y valor, tasación monetaria.

⁹⁰ En la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 31ª reunión, celebrada en París entre el 15 de octubre al 3 de noviembre de 2001, se estableció que el sentido del instrumento es proteger y preservar el patrimonio cultural subacuático y se reconocía la responsabilidad de los Estados en su cumplimiento.

Razón por la cual, se consideran tres aspectos elementales: la jurisdicción, en referencia al territorio de competencia de la convención, la validez para el Estado parte y su carácter vinculante; es decir, se valoran dentro un supuesto reclamo sobre la titularidad de bienes culturales. Sin embargo, para un análisis sistemático se requiere del análisis de otros instrumentos internacionales y su carácter vinculante. Por lo tanto, la citada convención guarda relación con 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”⁹¹, aprobada el 14 de noviembre de 1970, mediante la cual se restringe el ejercicio del derecho de propiedad a razón de la calidad del bien material. Al respecto, la obligación del estado se centra en la implementación de un ordenamiento nacional que determine supuestos de transferencia lícitos.

Por otro lado, tanto la “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural”⁹², aprobada por la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, como la Convención de 1970, citada en párrafo precedente, enmarcaron la evolución de los conceptos de patrimonio cultural y determinaron como objetivo su protección. Sin embargo, no se advierte de forma directa una relación con el patrimonio cultural subacuático, debido a que las definiciones desarrolladas son generales y requieren de un tratamiento tanto específico como especial; y del desarrollo de un reglamento según la jurisdicción de los mismos.

Respecto a la jurisdicción, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, propuesta el 10 de diciembre de 1982 por la ONU, concordante con la Convención de París, establece la extensión del mar territorial de un “Estado parte” en el entendido de 12 millas

⁹¹ Al respecto, el Reino de España ratificó dicho instrumento el 10 de enero de 1986, el Estado de Colombia lo aprobó el 24 de mayo de 1988, y el Estado del Perú aceptaría la Convención el 24 de octubre de 1979.

⁹² Al respecto, el Estado español acepta el instrumento el 4 de mayo de 1982. De igual forma, procede el Estado colombiano al aceptarlo el 24 de mayo de 1983. Por su parte, el Estado peruano lo ratifica el 24 de febrero de 1982.

marítimas y garantizaba el pleno ejercicio de su soberanía y exclusividad dentro de dicha extensión. Por lo tanto, la interpretación de la Convención de París a razón de la jurisdicción se debe realizar de la mano de la Convención del Mar por su carácter vinculante expreso; lo cual se manifiesta en sus artículos 2 inc. 8, artículos 3, 8, 10, 11 y otros. Por tal sentido, los Estados parte de la Convención de París a razón del *pacta sunt servanda* asumen los acuerdos contemplados, más aún si tienen una implicancia jurisdiccional. Por lo que la extensión de su mar territorial queda comprendida en 12 millas y en una zona económica exclusiva hasta 200 millas marinas, quedando sujetos al régimen que establece la CONVEMAR⁹³.

Entonces, la CONVEMAR generaría efectos jurídicos a favor de un Estado, concernientes a su incorporación, a partir de su suscripción y su perfeccionamiento, mediante la ratificación o aprobación, lo cual otorga la calidad de “Estado parte”. En este caso, de los tres Estados con supuesto interés en los pecios y bienes del galeón “San José” hasta diciembre del año 2015, sólo el Estado español ha ratificado la referida Convención, mientras que Colombia sólo suscribió el mencionado instrumento y Perú no la ratificó; en los casos de los dos últimos, la CONVEMAR no produce obligaciones internacionales. Por otro lado, debido que el Estado peruano es parte de la Declaración de Santiago⁹⁴, la suscripción de la Convención de París de 2001 generaría una renuncia implícita a derechos exclusivos sobre territorio nacional, en consecuencia, su jurisdicción marítima se vería mermada.

Respecto de la validez, los tratados requieren de la suscripción, la aprobación, la ratificación y el depósito del mismo debido a su carácter formal para la generación de derechos y de obligaciones, así como, su carácter vinculante y la generación de responsabilidad

⁹³ CONVEMAR, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aprobada el 30 de abril de 1982 en Nueva York y abierta para suscripción el 10 de diciembre de 1982.

⁹⁴ A raíz de la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur desarrollada en Santiago de Chile, los Estados de Chile, Ecuador y el Perú suscribiendo la Declaración sobre Zona Marítima el 18 de agosto de 1952, también llamada Declaración de Santiago de Chile. En dicho instrumento internacional se proclama “(...) la soberanía y jurisdicción exclusivas (...) sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas (...)”.

internacional, salvo reserva expresa; dentro de los alcances de los artículos 54 y 55 de la Carta Magna por la naturaleza del acuerdo. Por otro lado, en el entendido tanto del artículo 26 como del artículo 27 de la Convención de París, al no contemplarse la ratificación ni el depósito del mismo no se generarían ni derechos ni obligaciones. Sin embargo, puede considerarse como instrumento de interpretación dentro de una controversia siempre y cuando exista consenso de las partes, en el supuesto del artículo 34 numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Adicionalmente, si bien el supuesto de controversia sobre la titularidad de bienes tiene una relación directa con la Convención no supone más que un supuesto, a razón de la especialidad de la materia. Además, la Convención requiere los elementos de la jurisdicción, el procedimiento técnico de arqueología subacuática y la declaración del Estado dentro de un procedimiento administrativo sobre el hallazgo para establecer los efectos jurídicos y el reconocimiento de derechos; sin embargo, la ubicación del hallazgo se encuentra fuera de la jurisdicción de aplicación del Tratado. Además, sin la extracción y los estudios que favorezcan la declaración de la calidad de valor cultural los bienes no se encontrarían dentro de su alcance; ante todo, por la ausencia de la ratificación del tratado y la aplicación de la técnica de integración de los tratados⁹⁵.

No se debe dejar de mencionar que mediante el Tratado se dispone la implementación de medidas de control, según lo promovido por UNESCO, tanto a nivel técnico como normativo. En este sentido, se establece la necesidad de disponer de profesionales especializados y el uso de tecnología de punta. Respecto al nivel normativo, se declaran tanto derechos como

⁹⁵ Respecto de la aplicación del control constitucional, el Tribunal Constitucional sostiene que "[a] diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano" STC 00047-2004-AIITC. Cabe decir, implementación de normativa interna concordante con el acuerdo internacional.

obligaciones, tales como: “(...) derecho a gozar de los beneficios educativos y recreativos que depara un acceso responsable y no perjudicial al patrimonio cultural subacuático in situ (...)”.

(Subrayado nuestro) Asimismo, se establecen dos obligaciones importantes a partir de la declaración del derecho de acceso al patrimonio cultural, siendo un medio de educación y la necesidad de su posterior implementación normativa con carácter progresivo. Así como, la obligación sobre la ubicación de la “instancia de ejecución”, o llamado también “lugar de conservación” y de exposición, *in situ*.

Normativa Peruana, en materia del Patrimonio Cultural Material - Subacuático

Como se ha mencionado, el Patrimonio cultural comprende tanto el patrimonio material como el inmaterial, y sobre ambas acepciones existe normativa vigente tanto en el plano internacional como nacional. Además, las obligaciones adquiridas por el Estado peruano a razón de la ratificación de los tratados, ha producido la implementación de normativa jurídica nacional. En este sentido, el análisis se centra en el control internacional respecto del patrimonio cultural material y los instrumentos que guarden relación con esta rama, dentro de la normativa peruana, partiendo desde una concepción jerárquica de las normas.

En este plano, la Constitución Política del Perú de 1993, contempla tres derechos complementarios los cuales están contenidos en su artículo 2, que a continuación desarrollamos, que dice:

[...] 8. [Derecho] A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. [...]

[...] 17. [Derecho] A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los

derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum [...].

[...] 19. [Derecho] A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación [...] (Subrayado nuestro)

En este punto, el artículo citado contempla una declaración de derechos fundamentales a favor de los ciudadanos peruanos, los cuales son: el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la participación en el desarrollo cultural de la nación, y el derecho a la identidad cultural; sin dejar de mencionar que el propio derecho a la educación⁹⁶ es intrínseco a estos. Además, el artículo 21 de la Carta Magna, dentro del Capítulo sobre los derechos Económicos y Sociales, realiza dos importantes declaraciones, que dicen:

Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional. (Subrayado nuestro)

Por lo contenido en la ley fundamental del Estado, se resalta tres declaraciones, el Estado contempla la calidad de los bienes como patrimonio cultural mediante declaración expresa, y por presunción con carácter provisional. Asimismo, el Estado tiene una calidad tutelar sobre

⁹⁶La Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la educación entre sus artículos 13 al 17.

los bienes declarados, esto tiene concordancia con su último párrafo, respecto de garantizar el ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, se debe resaltar que el ejercicio de este derecho supone la facultad de transferencia de bienes con calidad de patrimonio cultural, por lo que para su correcta interpretación debemos remitirnos a las normas por criterio de especialidad.

La definición de patrimonio cultural que recoge la Ley Nro. 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, remarca la diferencia entre el patrimonio cultural material y el inmaterial, además de la presunción legal sobre su declaración. Adicionalmente, un aporte importante es la limitación legal expresa respecto del ejercicio de la propiedad privada, por lo que se deduce que el ejercicio de este derecho no es absoluto. En este sentido, la limitación del ejercicio de la propiedad requiere tanto de una implementación adicional como de una interpretación sistemática⁹⁷.

Al respecto, el Reglamento de la Ley Nro. 28296, promulgada mediante Decreto Supremo N° 011-2006-ED emitido por el Ministerio de Educación, delegó facultades al entonces denominado Instituto Nacional de Cultura, en adelante INC las cuales comprendían tanto la declaración de bienes culturales como la transferencia onerosa de los mismos. Mientras tanto, el Artículo 57 estipulo la Prohibición de exportación definitiva, determinando que: “Está prohibida, sin excepción alguna, la exportación definitiva de bienes culturales.”.

La creación del Ministerio de Cultura⁹⁸, en el año 2010, produjo diversas modificaciones⁹⁹ normativas al reglamento de la Ley Nro. 28296, debiéndose resaltar tanto la delegación de

⁹⁷ El ejercicio de la propiedad privada en materia de patrimonio cultural ha tenido un tratamiento jurídico diferenciado a lo largo de la historia debido a su connotación, lo cual se desprende del trabajo de Arista Zerga (2011, págs. 2-4).

⁹⁸ El Ministerio de Cultura se crea mediante la promulgación de la Ley Nro. 29565; publicada el 22 de julio de 2010. Posteriormente, mediante aprobación del Decreto Supremo N° 005-2013-MC se emite el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.

⁹⁹ Las modificaciones del Reglamento de la Ley de Protección del Patrimonio Cultural suman tres a la fecha, en el siguiente orden y con singulares detalles. Al respecto el Ministerio de Cultura emitió el Decreto Supremo Nro.

facultades como la facultad de reglamentación a nivel ministerial. En lo concerniente al Patrimonio cultural subacuático, el artículo 71 establece lo siguiente:

Entiéndase por «patrimonio cultural subacuático» a todos aquellos bienes que tengan la importancia, valor y significado referido en los artículos II y III del Título Preliminar de la Ley, que se encuentren sumergidos bajo el agua, ya sea el mar territorial peruano, los espacios lacustres, ribereños y otros acuáticos del territorio nacional, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 50 años, [...] (Subrayado nuestro)

La definición citada resalta características del patrimonio subacuático no sólo desde un sentido específico sino también temporal, lo cual difiere con la promovida por la Convención de París de 2001. Además, la diferencia entre el patrimonio acuático y el subacuático no es precisa, quizás la razón más importante es el sentido práctico de la norma. Sin embargo, el legislador otorga la facultad de reglamentar los procedimientos al Ministerio de Defensa, debido al elemento natural de la ubicación de los depósitos, o zonas arqueológicas, y por razones de la naturaleza de las actividades que comprende la arqueología subacuática. En este sentido, mediante el Decreto Legislativo Nro. 1147, publicado el 11 de diciembre de 2012, se establece las competencias de la Autoridad Marítima Nacional delegándosele la protección del medio ambiente acuático, y la represión de las actividades ilícitas dentro de la jurisdicción del Estado peruano, no siendo estas sus únicas facultades.

Por otra parte, el artículo 2 de la norma, en su numeral 3, establece el ámbito de aplicación comprendiendo, como es natural, el medio acuático en el sentido del dominio marítimo peruano, así como, los terrenos ribereños, las naves, los artefactos navales, tanto las personas

001-2016-MC respecto de las autorizaciones de ejecución de obras que comprendían bienes culturales inmuebles. Posteriormente, a través del Decreto Supremo Nro. 007-2017-MC se decidió incorporar un capítulo sobre la protección provisional de los bienes que se presumen integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. Finalmente, el Decreto Supremo Nro. 008-2018-MC modifica ciertos alcances de la exportación temporal.

naturales como las jurídicas que desarrollen actividades dentro del medio descrito. Además, la Autoridad Marítima Nacional tiene como facultad la aprobación de los estudios hidro-oceanográficos que se realicen en accesos a instalaciones en la franja ribereña, en el sentido de protección del medio ambiente acuático; como dicta el artículo 5, numeral 10. Otras atribuciones otorgadas comprenden las facultades de normar, supervisar y certificar las actividades de personas naturales en el Mar peruano. Asimismo, debemos resaltar que el artículo 17¹⁰⁰ del D.L. 1147, y su reglamento, establece que el hallazgo de bienes sumergidos es el hecho generador tanto de la obligación de informar a la autoridad competente como de la presunción de propiedad sobre bienes.

En razón de la doctrina italiana¹⁰¹ y la clasificación del patrimonio cultural respecto de la declaración de los bienes y su valor cultural, la presunción de propiedad asumida en el párrafo anterior alcanza sólo un fin práctico desde un supuesto de declaración previa sujeta a la extracción efectiva de los bienes; sin embargo, en los otros casos se recurre por analogía a los procedimientos ya establecidos en materia arqueológica, debido a que carece de un procedimiento reglamentado a nivel administrativo para el ejercicio de la facultad descrita¹⁰².

Derecho de “Propiedad” o Titularidad sobre bienes culturales

¹⁰⁰ El Decreto Legislativo Nro. 1147 en su artículo 17 respecto de los hallazgos y remoción de restos hundidos, establece que: “1) Toda persona natural o jurídica está obligada a informar por el medio más rápido a la Autoridad Marítima Nacional, el hallazgo o información recibida sobre cualquier bien, objeto o resto hundido en el medio acuático, incluyendo bienes, objetos y restos históricos o culturales. El incumplimiento de esta disposición acarrea las responsabilidades que establece la normativa nacional sobre la materia. 2) El Estado es propietario de cualquier bien, objeto o resto hundido en el medio acuático, conforme a la normativa nacional sobre la materia”. (Subrayado nuestro)

¹⁰¹ Al respecto, Arista Zerga (2011, págs. 11-12) cita a Gian Polo Demuro, quien abarca los alcances de la doctrina italiana sobre el reconocimiento como patrimonio con valor cultural aquellos bienes, siendo las razones: por declaración previa, por valor intrínseco y sin reconocimiento, y por presunción. Se podría inferir que el valor intrínseco es un criterio discrecional del Estado, pero legal.

¹⁰² Mediante solicitud del 1 de marzo de 2018, a razón de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información pública, se solicitó precisar “(...) si la Marina de Guerra del Perú cuenta con procedimiento o reglamentación sobre el tratamiento de restos de embarcaciones sumergidos en alta mar (...)”. La respuesta remitida por la entidad se centró en el Decreto Supremo N° 015-2014-DE; como se puede corroborar en el Anexo A y su respuesta en el Anexo C del presente trabajo.

La legitimidad se valora desde dos ámbitos, el ámbito internacional recurre a los tratados y los actos unilaterales que puedan comprender algún reconocimiento susceptible de exigir cumplimiento. Por otro lado, el ámbito interno requiere de la normativa interna a favor de otorgar al Estado la facultad sobre el ejercicio de la propiedad desde la modalidad de la reivindicación. Por lo tanto, la titularidad de los bienes culturales contempla la disposición de estos tanto por la persona natural como por la persona jurídica, dentro del ámbito público o el privado. En este sentido, a la luz de la normativa jurídica nacional, y dentro de un control constitucional, se hace necesario ahondar respecto a las razones que fundamentan una posible titularidad del Estado peruano sobre bienes culturales.

Concepción y concepto.

La concepción del derecho de propiedad requiere del estudio sobre el desarrollo lingüístico de ciertos términos como son “derecho constitucional”, “derecho fundamental” y “derecho humano”. Sobre este último, a partir de una visión subjetiva, Peces-Barba (1999) sostiene que los “derechos humanos” van más allá de algún sistema normativo debido a que representan una pretensión moral centrada en la dignidad humana; cabe precisar que dicha concepción es extensa a un ordenamiento privado. Respecto de los “derechos fundamentales”, tanto Robert Alexy (2002), Ferrajoli¹⁰³ (2001) como Peces-Barba (1999) convienen que son un límite al ejercicio de poder, y su análisis mediante la dogmática jurídica comprende tres dimensiones: la analítica o de estructura del derecho, la empírica o del conocimiento del uso del derecho positivo y la normativa o la *praxis* jurídica, por lo cual se reconoce un alcance universal.

En este sentido, Alf Ross (citado por Alexy, 2002) arguye que bajo la teoría de validez un determinado derecho requiere tanto de ser enunciado como patrón de comportamiento, así

¹⁰³ Ferrajoli (2001) considera que los derechos fundamentales son aquellos derechos universales e indisponibles. Además, desarrolla una dicotomía entre la calidad de universalidad de los derechos y la ciudadanía de la persona humana.

como ser aceptado y adoptado por la sociedad, por consiguiente, se requiere que sea expresado en normas¹⁰⁴. Sin embargo, se infiere que al tratarse de derechos subjetivos no son pasibles de ser contenidos en la norma jurídica o en un determinado patrón de comportamiento, como menciona Ross, por lo que se adopta ciertos alcances del determinado derecho dentro de un cuerpo normativo como lo es la Constitución.

Debido a que el derecho de propiedad es un derecho complejo, y a fin de desarrollar una correcta praxis jurídica, debemos recoger un enunciado normativo que haga legítima una pretensión, dentro de un sistema jerárquico, sobre bienes culturales. Por lo tanto, en el caso peruano se encuentra contemplado en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú, que dice: "Toda persona tiene derecho: (...) 16. A la propiedad y a la herencia.". De igual manera, debemos considerar el contenido descrito en el artículo 70, cuyo tenor es el siguiente: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza.". Por consiguiente, dentro de una interpretación sistemática, se remite a la ley 28296 y su reglamento por lo cual se faculta al Estado la protección¹⁰⁵ de los bienes culturales, razón por la cual se infiere que el derecho de propiedad enunciado en la Carta Magna contempla un derecho fundamental de la persona humana.

En este sentido, el criterio de interpretación que prevalece en el Tribunal Constitucional¹⁰⁶ estima que todo derecho fundamental, como es el caso, no es un derecho absoluto y se encuentra limitado tanto por las disposiciones constitucionales expresas como por aquellas implementaciones normativas vigentes en el ordenamiento jurídico. Al respecto, García Chávarri (2012) considera que un derecho fundamental es un límite al ejercicio del poder

¹⁰⁴ Semánticamente, Robert Alexy (2002) sostiene que el significado de un enunciado normativo no sólo se manifiesta en palabras, ejemplo de ello son las señales de tránsito.

¹⁰⁵ Artículo 23, de la Ley 28296 establece la facultad del Estado para la protección de bienes muebles.

¹⁰⁶ En la Sentencia del Tribunal Constitucional que recae sobre el Exp. Nro. 0031-2004-AI/TC, el colegiado asumió el criterio que ningún derecho fundamental es absoluto, y se encuentra limitado en su ejercicio por la Constitución y las leyes, según el grado de prelación y jerarquía.

político cuya finalidad es que este poder no alcance un nivel arbitral ni se ejerza con un criterio discrecional. En esta línea, se da prevalencia a la propia limitación constitucional requiriendo que este sea jurídicamente determinable, exigible al poder político y a los particulares; esta última acepción se recoge del desarrollo del *erga omnes*¹⁰⁷, aplicable para el ejercicio del derecho de propiedad.

Asimismo, Avendaño (2012) resalta que por tradición jurídica el derecho de propiedad ostenta ciertos caracteres que lo califican como un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Sin embargo, considerarlo como derecho absoluto es un concepto relativo desde una interpretación constitucional. Por otro lado, la calidad de perpetuidad requiere una productividad del bien, en el entendido de la generación de beneficios. Además, el interés público¹⁰⁸ se puede adicionar como una característica particular de los bienes. En este sentido, la ausencia de alguno de los caracteres generaría la pérdida de la calidad de titular del bien material; por ejemplo, por falta de rédito económico, o por abandono, durante un periodo de tiempo determinado, en este caso, surge la figura de la prescripción, estipulada en nuestro ordenamiento.

Sobre su definición, el artículo 923 del Código Civil vigente, dice que: “*La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley*”. Por lo tanto, los verbos de acción denotan los atributos o derechos que este contiene. Para Avendaño (2012) se debe tener en cuenta que la “disposición” hace referencia a la capacidad de prescindir del bien, tanto a nivel jurídico como a nivel físico, entendiéndose las figuras de la transferencia, el

¹⁰⁷ Erga omnes es una locución latina, cuyo significado en la tradición jurídica es “oponible a todos”, se puede entender en lo referido a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato. Es una presunción que admite prueba en contrario, *iuris tantum*.

¹⁰⁸ Por lo expuesto por Avendaño (2012, págs. 114-118) el interés público se puede entender como necesidad pública (bien indispensable), utilidad pública (beneficio), e interés social; estas se subsumen en el concepto de bien común.

abandono y la destrucción del bien. Por otro lado, la reivindicación supone el perseguir, el ubicar y el recuperar el bien para dominio del titular del derecho de propiedad. Entonces, el Estado se ampara en la reivindicación y la facultad de protección para reivindicar y reincorporar aquellos bienes nacionales, o estatales, que se encuentren fuera de su dominio.

Respecto de los bienes, la Corte IDH, en la Sentencia del Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, los define como:

122. (...) [Los bienes son] aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.

Esta definición es desarrollada dentro de la interpretación del derecho de propiedad del individuo y la responsabilidad internacional del Estado, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en adelante DIDH. Asimismo, abarca aquellos bienes materiales y los inmateriales susceptibles de propiedad lo cual se asocia con los derechos de propiedad intelectual.

Sobre las limitaciones, Salmón y Blanco (2012) refieren que el Estado restringe el ejercicio del derecho de propiedad acorde a sus facultades y a la propia Convención Americana sobre los Derechos Humanos¹⁰⁹, bajo el amparo del artículo 21 de la Constitución. Al respecto, John Locke, citado por quienes anteceden, sostiene que la propiedad es anterior al Estado y bajo esta premisa, el Estado no puede disponer de la propiedad particular de forma arbitraria.

¹⁰⁹ La Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 21 respecto al Derecho a la Propiedad Privada establece que: “1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.* 2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones.* 3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*” (Subrayado nuestro).

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su homóloga europea¹¹⁰, han establecido fallos en este último sentido¹¹¹.

En el marco de DIDH, el ordenamiento jurídico nacional se encuentra acorde a la interpretación alcanzada por los distintos fallos del órgano supranacional; sin embargo, hay mecanismo que establecen ciertos elementos de limitación o de restricción al derecho en cuestión, amparados en el sistema interamericano, como son: la reserva de ley, el interés social o la utilidad pública, como objetivo válido, y la necesidad dentro de una sociedad democrática. A pesar de ello, en el marco de la titularidad de bienes relativos al patrimonio cultural subacuático no han referido ni existe precedente sobre la materia.

En otro sentido, el concepto del derecho de propiedad dentro del plano jurídico interno guarda relación con los fallos emitidos por los órganos supranacionales. También, es necesario resaltar aquellas figuras que la tradición jurídica ha reconocido y es necesario precisar para la transferencia de bienes. Al respecto, la transmisión de la propiedad o titularidad sobre bienes se realiza a título personal, ya sea por transferencia onerosa o gratuita. Dentro del derecho interno, el artículo 947 del Código Civil reconoce a la tradición, o *traditio*¹¹², como elemento de validez para la transferencia de propiedad, es decir, es indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico de transmisión de la propiedad. El alcance de dicha figura se denota por la herencia del derecho romano, lo cual compartimos y reconocemos en distintos ordenamientos jurídicos latinos, como el caso de Chile, Colombia y España.

¹¹⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TEDH o también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos; es una corte supranacional con jurisdicción en toda Europa, con excepción de Bielorrusia, Kazajistán y Ciudad del Vaticano.

¹¹¹ Sentencia del Caso Ivcher Bronstein vs. Perú; incide sobre la responsabilidad del Estado por violación del derecho de propiedad del individuo, sobre acciones de una empresa y definición de “bienes”. Además, se han emitido fallos respecto de la propiedad en sentido colectivo, como la Sentencia del Caso Mayagna vs Nicaragua.

¹¹² La tradición, o locución latina *traditio*, se debe asociar al “(...) modo de la transferencia de cosas (...) consiste en la entrega de aquellas por el transferente al adquirente, (...) traspaso físico de una cosa por uno a otro, (...)”. (Guzmán Brito, 2015, pág. 330)

Por otro lado, las presunciones sobre la propiedad tanto *iuris et de iure* como *iuris tantum*, la absoluta y la relativa respectivamente, presentan una diferencia sustancial acerca de la posibilidad de probar la inexistencia del hecho o acto jurídico. En el caso de los bienes, la doctrina ha establecido una presunción de propiedad y esta se ejerce a través de la posesión, es decir, se presume como propietario del bien a quien ejerce la posesión sobre este. Sin embargo, como toda presunción relativa se puede contravenir mediante la acreditación de título de propiedad de fecha cierta o un documento análogo. Ambas acepciones expuestas son reconocidas en la tradición jurídica romana, en el sentido del ejercicio del dominio del bien¹¹³. Entonces, los bienes que se ubican dentro de la jurisdicción de un Estado están sometidas a la presunción *iuris tantum*, entendiéndose que la titularidad es del Estado local; sin embargo, dicha presunción admite controversia ya sea desde el plano público o en el privado, y en el plano internacional.

Bienes principales y accesorios.

El ejercicio del derecho de propiedad sobre las cosas dentro del ámbito privado se presume a través del ejercicio de la posesión, y en este sentido la titularidad del derecho como tal debe ser acreditado, dentro de una Litis o contienda de pretensiones. Adicionalmente, debemos considerar que entre los bienes se guarda una relación de dependencia o utilidad, de ahí parte el principio general de “lo accesorio corre la suerte de lo principal”¹¹⁴. Al respecto, por analogía al caso, inferimos que los bienes culturales también tienen una relación de utilidad entre ellos, llámese que uno pierde valor o calidad por la extinción del otro, o que son principales entre ellos. Adicionalmente, la titularidad sobre los bienes se acredita en correlación a la clasificación de estos; bajo este supuesto, si se acredita la titularidad de un

¹¹³ La palabra “dominio” deriva de *dominus*. En el Derecho Romano, *dominus*, o cabeza de familia, era quien ejercía la propiedad y disponía del *patrimonium*, o conjunto de bienes susceptibles de valoración económica.

¹¹⁴ En la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. Nro. 00728-2007-PAITCY, en su párrafo 5 sostiene que: “(...) un principio general del derecho que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (...)”.

bien principal en consecuencia los bienes accesorios siguen esta condición. Caso distinto se daría si los bienes ostentan calidad de bienes principales entre ellos, lo que generaría un nuevo supuesto, por el cual los bienes son susceptibles de tener una titularidad independiente y/o distinta.

En el caso de los bienes sumergidos, la presunción sobre la titularidad de los bienes permite asumir que la propiedad es del Estado que por jurisdicción las contiene, en el entendido de la ubicación del yacimiento arqueológico. Entonces, la calidad de propietario se extiende al pecio y a los bienes que conforman la carga. Sin embargo, la controversia radicaría en acreditar o desestimar la presunción, en base al origen de los bienes. Dicho razonamiento no ha sido negado en los fallos expuestos previamente en materia del DIP. Puesto que por premisa se asume que la titularidad de los bienes estatales no se extingue, salvo excepción de abandono o transferencia. Sobre este último supuesto, mediante los antecedentes se puede aseverar que los yacimientos arqueológicos subacuáticos contienen elementos que no llegaron a su destino, por consiguiente, son expeditos para la valoración de su origen como bienes principales.

Entonces, el principio es aplicable a los bienes culturales en la relación del pecio, o navío sumergido, y su carga. Dentro del derecho aduanero, la analogía es válida respecto de las embarcaciones y la mercancía, por la práctica internacional del comercio. En el DIP, los órganos de resolución no se han pronunciado al respecto, puesto que no se ha dotado de argumentos o posiciones que se contradigan, acerca de la presunción, por lo que la presunción de titularidad del yacimiento se considera como cierta.

Validez del Acto jurídico.

En el ordenamiento jurídico peruano, se requiere de diferentes elementos esenciales para dotar de validez a un acto jurídico, en el derecho civil se contempla los siguientes: la manifestación

de la voluntad, el agente capaz, el objeto jurídicamente posible, el fin lícito y la formalidad exigida; la influencia romana se manifiesta también en los ordenamientos jurídicos tanto de Colombia como de España.

Por otra parte, la validez de un acto jurídico en el DIP está condicionada por la presencia de ciertos elementos esenciales al momento de la producción del acto. En el DIP, es reconocida la manifestación de voluntad como un elemento esencial que se centra tanto en el consentimiento como en la buena fe, para la generación de una obligación internacional del Estado. Tal es el caso que el artículo 46, y otros, de la Convención de Viena sobre los Tratados que dispone de ciertos supuestos, o causales, por los cuales se puede alegar la nulidad, suspensión y/o retiro de un tratado. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la denuncia es una forma de terminación de un acuerdo, siendo en esencia una manifestación de voluntad. Entonces, la buena fe es inherente a la validez de un acto; en consecuencia, tanto el error como la mala fe son consideradas razones de vicio de la voluntad, superando el consentimiento inicialmente otorgado.

Acorde a esto, la capacidad del agente es un elemento de la validez de los actos internacionales mediante la participación de un funcionario en representación de un Estado, puesto que supone una restricción o la capacidad de representación suficiente, contenido en el documento emanado de la autoridad competente del Estado, es decir “plenos poderes”¹¹⁵. Así lo dispone de forma literal el artículo 47 de la Convención de Viena, que dice:

Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la

¹¹⁵ La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, en su artículo 1, literal c, dice que “se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;{...}”.

inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores. (Subrayado nuestro)

Además, la teoría de los Actos unilaterales de los Estados resalta dicho elemento desde el fallo del Caso Ihlen¹¹⁶.

En el derecho internacional, el objeto jurídicamente posible como tercer elemento de validez determina que ante la ausencia de la capacidad de ejercicio no se puede disponer de los bienes del Estado, por lo tanto, tampoco se le puede exigir el cumplimiento de aquello que no ha sido acordado o se encontraba fuera de sus facultades. Al respecto, la Convención de Montevideo¹¹⁷ determina los elementos constitutivos de un Estado y sobre estos se ciñen los límites básicos del ejercicio, como lo son el territorio y los Tratados suscritos.

En este sentido, tanto el fin lícito y la formalidad se puede estudiar desde la buena fe y lo dispuesto en el acuerdo internacional, cabe decir que la Convención de Viena describe distintas formas de manifestación de consentimiento, siendo válida la manifestada de forma expresa en el propio instrumento. Adicionalmente, hay que resaltar el principio del derecho que dice “en el derecho las cosas se deshacen como se hacen”. Entonces, el acuerdo internacional surte efectos jurídicos mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas; de igual manera, para su terminación o suspensión; llámese validez del acto. Respecto del fin lícito, el artículo 49 del Tratado de Viena sobre el derecho de los tratados estipula que existe dolo al inducir a la suscripción de un acuerdo por coacción sobre el representante del Estado;

¹¹⁶ Ibíd. Caso Dinamarca v. Noruega, Corte Permanente de Justicia Internacional.

¹¹⁷ A raíz de la Séptima Conferencia Internacional Americana desarrollada en Montevideo-Uruguay, en 1933, se firma la Convención sobre derechos y deberes de los Estados. Dicho instrumento internacional en su Artículo 1, define al Estado como sujeto de DI, y determina sus requisitos como sigue: Población permanente, Territorio determinado, Gobierno, y Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.

acción que está prohibida y que genera la invalidez del acuerdo por vicio en el consentimiento.

Entonces, los actos unilaterales de los Estados son fuente de derecho internacional por que están basados en el consentimiento del Estado y en el ejercicio de la representación, a razón de la conducta del representante dentro de sus facultades. Al respecto, la doctrina ha demostrado que dichos actos parten de una manifestación de voluntad calificada como expresa y pública. Por lo tanto, un acto unilateral como es la declaración de un Estado es un acto revestido de la presunción de validez, respecto del derecho invocado, siempre y cuando no se presente una reclamación, oposición o conducta que lo convalide.

Jurisprudencia internacional

Apuntes iniciales.

En este título se analizarán algunos casos resueltos dentro de los alcances del derecho internacional y que guardan relación con el tema materia del caso. Los casos referidos tienen mérito en haber alcanzado una solución sobre una controversia sobre la titularidad de pecios o bienes sumergidos en el mar. Adicionalmente, se debe tener en consideración que en los siguientes casos hubo extracción efectiva del bien. Asimismo, el análisis se centra en: la aplicación de principios jurídicos, la competencia de la Corte que conoció cada caso y los alcances del fallo en materia de Derecho Internacional Público.

El caso “Juno y La Galga de Andalucía”¹¹⁸.

Este caso trata de dos navíos españoles sumergidos en distintos momentos, en diferentes condiciones y en distintas circunstancias, pero dentro de la jurisdicción del Estado de

¹¹⁸ U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, Judgement of 22 April 1999, Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels, 47 FS, 2d 678 (E. D. Va. 1999).

Virginia, Estados Unidos. La jurisdicción se determinó a razón del domicilio del demandante y la ubicación del hallazgo. Además, ambos hallazgos fueron conocidos y resueltos por el mismo juez debido a la acumulación de pretensiones¹¹⁹.

El galeón Juno fue un navío de guerra construido en 1789, hacia parte de la Armada Real española desde 1790. Su hundimiento se debió a diversos fenómenos naturales y percances materiales, debido a los cuales su trayecto se desvió en dirección a la búsqueda de puertos norteamericanos para guarecerse y realizar reparaciones, en este trayecto se suscitó un nuevo temporal y desapareció. Al respecto, se asume como fecha de su extravió el 28 de octubre de 1802, la ubicación de su pecio no se conocía con exactitud (Bou Franch, 2005).

Respecto de La Galga, Bou (2005) señala que se trata de una embarcación que sirvió en la Flota imperial española del Mediterráneo, siendo hundida el 18 de agosto de 1750 a consecuencia de fenómenos naturales. Franch (citado por Bou) resalta el hecho de que el barco fue afectado por el pillaje de los pobladores de la zona¹²⁰ a tempranas horas de su hundimiento. La zona de su naufragio se definió entre las proximidades de la Costa Oriental, cerca de la frontera entre Maryland y Virginia, Estados Unidos.

En este marco, Sea Hunt Inc., en adelante Sea Hunt, declaró el descubrimiento de los pecios bajo el amparo de la legislación interna de los Estados Unidos, denominado "*Abandoned Shipwrecked Act*" o también llamada ASA¹²¹. En este sentido, a través de un procedimiento

¹¹⁹ En el derecho civil se reconoce la figura de la acumulación de pretensiones, siendo sus modalidades: subordinada, alternativa y accesorio. Asimismo, la doctrina admite la figura de la acumulación objetiva originaria de pretensiones autónomas, a razón que el juez puede amparar varias pretensiones, aun careciendo de conexión entre ellas, con excepción de las partes; a razón del principio de economía procesal, y el numeral 11, del Código Procesal Civil peruano. De igual forma, el artículo 664 del código civil establece la acumulación de pretensiones principales.

¹²⁰ Bou (2005) resalta que el hundimiento del navío se dio en una zona cercana las Bermudas, pero debido a un temporal los restos fueron desplazados.

¹²¹ La norma denominada ASA data de 1987, ejerciéndose dentro de la jurisdicción del Estado federado, mediante la cual se concede a los Estados título jurídico sobre los pecios de buques que estén abandonados y enterrados en las "submerged lands". Debemos resaltar que respecto de la Galga algunos historiadores españoles sostienen no se podía amparar un reclamo de descubrimiento cuando hay basta documentación sobre la ubicación, siendo esta además pública.

administrativo el Estado de Virginia había formulado una reclamación de propiedad sobre “La Galga” y el “Juno”, en base a la solicitud realizada por Sea Hunt. La competencia del caso recaía en la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Virginia, División de Norfolk, por lo cual se dispuso la notificación¹²² a los Estados con interés sobre la causa, acto que se realizó sólo a favor de Estados Unidos y España. En el desarrollo del caso se reconoció que ambas embarcaciones estaban realizando funciones como buques de la Armada Real española; por lo tanto, la litis¹²³ se centró en resolver la cuestión sobre ¿A qué Estado le correspondía la titularidad sobre los bienes sumergidos?, cabe decir propiedad.

Al respecto, la entidad privada sostuvo que el ejercicio del derecho de propiedad había cesado en algún momento por parte del Estado español, configurándose el abandono del pecio y su carga. En este sentido, la Corte de Distrito de Norfolk emitió sentencia el 22 de abril de 1999 mediante la cual se determinó que el navío “La Galga” fue abandonado de forma expresa, no siguiendo igual suerte el “Juno”. En este sentido, los argumentos se centraron en tres ideas importantes: la cesión de derechos territoriales de parte de España a favor de Gran Bretaña¹²⁴ en 1763. Así como, la transferencia de territorios de España a los Estados Unidos de América

¹²² *Ibíd.* Como resalta Bou, la práctica internacional previa a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en adelante CNUDM, reconoció que no se podía proceder a la recuperación del pecio de un buque de este tipo sin la autorización previa del Estado del pabellón.

¹²³ *Ibíd.* En el caso -Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels- se estableció como punto controvertido el abandono de los navíos, en los siguientes términos: “The crux of this case is the issue of abandonment. There is no doubt that at one point in time Juno and La Galga belonged to Spain. The current ownership of the shipwrecks depends on whether Spain has abandoned its claim to the two vessels. Virginia’s, and by extension Sea Hunt’s, claim rests on the Abandoned Shipwreck Act of 1987 (“ASA”), a federal act. Under the ASA: “the United States asserts title to any abandoned shipwreck that is: (1) embedded in submerged lands of a State (...).” (Subrayado nuestro)

¹²⁴ El Tratado de París, firmado el 10 de febrero de 1763, puso fin a la Guerra de los Siete Años. El artículo XX dispone lo siguiente: “(...) His Catholick majesty cedes and guaranties, in full right, to his Britannick Majesty, Florida with Fort St. Agustín, and the Bay of Pensacola, as well as all that Spain possesses on the continent of North America, to the East or to the South East of the river Mississippi. And, in general, everything that depends on the said countries and Land, with the sovereignty, property, possession, and all rights, acquired by treaties or otherwise, which the Catholick King and the Crown of Spain have had till now over the said countries, lands, places, and their inhabitants; so that the Catholick King cedes and makes over the whole to the said King and to the Crown of Great Britain, and that in the most ample manner and form (...) It is moreover stipulated, that his Catholick Majesty shall have power to cause all the effects that may belong to him, to be brought away, whether it be artillery or other things”. (Subrayado nuestro)

en 1812¹²⁵, y la Declaración de Guerra de 1898 de los Estados Unidos de América contra España.

Los términos del fallo, extraído del trabajo de Bou (2005), fueron los siguientes:

Sea Hunt has succeeded in showing by «strong and convincing» evidence that, through the 1763 Treaty, Spain has expressly abandoned title to La Galga. Therefore, title to La Galga now lies with Virginia under the ASA, and Sea Hunt may continue with its salvage efforts according to the terms of the VMRC permits. There has been no such evidence of abandonment, however, as to Juno. Neither the 1819 Treaty nor the declaration of war in 1819 contains any evidence of an abandonment of Juno by Spain. Therefore Spain retains title to Juno's wreck, and Virginia has no claim to Juno under the ASA. Sea Hunt may not, without Spain's permission, continue salvage operations on the remains of Juno. (p. 418)

En razón de lo expuesto, la sentencia de primera instancia determinó que el abandono se perfeccionó mediante el Tratado de París, el cual en su artículo XX dispuso la cesión de territorio y de todo lo contenido en este a favor del Estado norteamericano. En esta línea, se interpreta que se reconoce una renuncia expresa a determinados territorios y bienes ubicados dentro de su jurisdicción desde la ratificación de un Tratado y no requiriendo un perfeccionamiento posterior del acto. Además, Bou (2005) sostiene que hubo una ausencia de control efectivo sobre los bienes en tiempos de guerra, por lo cual la titularidad de estos no fue acreditada.

¹²⁵ El Tratado de Amistad, Solución y Límites entre los Estados Unidos de América y su Católica Majestad, firmado el 22 de febrero de 1819, en su artículo 2 dispone que: "*His Catholic Majesty cedes to the United States, in full property and sovereignty, all the territories which belong to him, situated to the Eastward of the Mississippi, known by the name of East and West Florida. The adjacent Islands dependant on said Provinces, all public lots and squares, vacant Lands, public Edifices, Fortifications, Barracks and other Buildings, which are not private property (...)*".(Subrayado nuestro)

Finalmente, el fallo fue revocado en los términos del acto de abandono expreso del navío La Galga. La apelación presentada el 4 de agosto de 1999, por el Estado español, fue resuelta en base al artículo X, del Tratado de 1902 de Amistad y de Relaciones Generales de los Estados Unidos de América con España, que dice: “Una de las inmunidades otorgadas a los buques de los Estados Unidos es que no se considerarán abandonadas sin un acto claro y afirmativo del Gobierno”¹²⁶ (Traducción del tesista). Por lo tanto, se reconoció la titularidad de España sobre el pecio y su carga.

El caso “Cisne Negro”¹²⁷.

El caso del Cisne Negro, es un asunto judicializado que involucró la controversia sobre la titularidad de los restos del navío “Nuestra Señora de la Mercedes”. Dicho caso se centra en la disputa entre Odyssey Marine Exploration Inc. vs. el Reino de España, a razón de la extracción de los bienes en aguas del Atlántico, próximas al Estrecho de Gibraltar, realizado por la empresa privada referida. Inicialmente, el caso fue denominado “Black Swan” a petición del demandante para la reserva del nombre del navío que contenía el “tesoro”, se argumentó que no era posible definir el nombre de la embarcación y por tanto tampoco la procedencia de la carga. Dicho argumento fue suficiente por la cual se le otorgo el nombre clave de “Cisne Negro”.

Al respecto, Carrera (2009) resalta la aplicación de la acción judicial “*actio in rem*” ejercida por el demandante a fin de que el caso sea de competencia del Tribunal norteamericano. Para tal fin, se realizó la extracción de una parte de los bienes sumergidos luego se procedió con su arresto, es decir, se dispuso el traslado de la carga para que su depósito se realice en suelo

¹²⁶ Texto en idioma original, dice: “one of the immunities granted to United States vessels is that they will not be considered abandoned without a clear and affirmative act by the Government”.

¹²⁷ U.S. District Court for the Middle District of Florida Tampa Division, Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel (defendant in rem) and The Kingdom of Spain, The Republic of Peru, et al. (claimants). Case No. 8:07-cv-614-T-23MAP.

norteamericano. Dicho acto dispuso la acción de reivindicación a partir de una parte integrante del bien sobre el resto que se encontraba sumergido. A consideración de Carrera (2009), este hecho generó una ficción jurídica que exigía el ejercicio del control jurisdiccional de manera extraterritorial, en alta mar. Además, se debe considerar que el criterio de jurisdicción de los Estados sobre el Derecho del Mar se interpretó desde la CONVEMAR¹²⁸, o CNUDM. En este sentido, el Convenio de Jamaica le otorgaba una extensión de competencia a favor de España en relación con el patrimonio cultural subacuático; sin embargo, la acción judicial a razón del sistema norteamericano fue dirigida contra un navío sumergido desconocido o no identificable.

Por lo expuesto, la controversia se centró en la calificación de los bienes, debido a que podían considerarse como bienes utilizados para fines estatales no comerciales o como bienes comerciales. Por lo tanto, estos se encontraban dentro de los supuestos de inmunidad de ejecución, contemplado en el Convenio de Bruselas de 1926¹²⁹. Adicionalmente, también se sostenía que el navío debía calificarse como un “Barco de estado nacional” y por consiguiente no se habría producido un acto de abandono.

La línea de razonamiento del Juez a cargo, Pizzo, concluyó que “La Mercedes” gozaba de inmunidad. Asimismo, se estableció que el buque español no estaba realizando actividades comerciales, a pesar de que una parte de la carga fueran bienes de particulares. Bajo este razonamiento se puede llegar a inferir que el galeón desarrolló acciones dentro del ejercicio de la función pública, como manifiesta Carrera (2009).

En este caso, el Estado peruano intervino como parte co demandante aduciendo, bajo el amparo del Convenio de Jamaica, tener titularidad de propiedad sobre la carga; se argumentó

¹²⁸ Según la CONVEMAR, en su artículo 149 y 303, establece la imprescriptibilidad de la titularidad de bienes de naturaleza histórica y/o arqueológica. Además, la aplicación del artículo 33 genera una extensión en la jurisdicción del Estado parte, en 24 millas náuticas.

¹²⁹ Convención sobre inmunidad de buques de Estado de Bruselas de 1926 y protocolo de 1934.

que las monedas contenidas en el navío fueron acuñadas en Lima¹³⁰. Al respecto, el Juez sostuvo la falta de ratificación del tratado enunciado por parte del Estado peruano, por lo tanto, carecía de competencia respecto del reclamo realizado. Adicionalmente, se estimó que la zona donde se ubicó al pecio eran aguas internacionales y dentro del alcance de la inmunidad de ejecución, en este mismo sentido carecía de competencia.

Finalmente, la empresa Odyssey impugno la decisión ante el Tribunal de Apelaciones, con sede en Atlanta, Georgia. En septiembre de 2011, se ratificó la decisión anterior y mediante dictamen definitivo se dispuso que la carga transportada por la fragata Nuestra Señora de las Mercedes fuese considerada como un bien propiedad del Estado español, integrante de su Patrimonio Histórico.

El caso “Vajilla China”¹³¹.

Al respecto, Vadi (2007) sostiene que “Diana” era un navío mercante, embarcación de comercio, cuya ruta comercial cruzaba la jurisdicción de India y de China, además, contaba con la licencia de comercio otorgada por la English East India Company. En este sentido, su cargamento constaba de sedas, té y porcelana tanto azul como blanca. Acerca de su hundimiento, el hecho se produjo el 5 de marzo de 1817 en el Estrecho de Malaca, las circunstancias y causas son poco claras.

El Gobierno de Malasia celebró un contrato con la compañía británica Malaysian Historical Salvors, en adelante MHS, con la finalidad de localizar y rescatar la carga de la embarcación “Diana”. Al respecto, se estableció que aquellos artefactos directamente relacionados con la historia y cultura de Malasia serían entregados para resguardo del Estado, mientras que los demás artículos recuperados serían puestos a la venta, y las ganancias serían repartidas entre

¹³⁰ Como refiere Morales (2016, págs. 29-30), mediante Real Cédula del 21 de agosto de 1565 se instituyó la Casa de Moneda de Lima. Posteriormente, el 2 de septiembre de 1568 se acuñaron las primeras monedas.

¹³¹ Malaysian Historical Salvors Sdn. Bhd. v. The Government of Malaysia, ICSID, Case No. ARB/05/1 0.

el Estado y la empresa privada. El caso fue llevado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, en adelante CIADI, debido a la controversia sobre la naturaleza del contrato suscrito entre el Estado y la empresa, por lo que se recurrió a la vía arbitral.

La controversia del caso se centró en la definición y/o calificación del contrato comercial. Así, el Estado de Malasia sostenía que se trataba de un contrato de inversión; en este escenario, Vadi (2007, p. 145) resalta que el contrato de salvamento marítimo generó una obligación de pago producto de la venta de los bienes ajenos a los límites de calificación de los bienes establecidos. Y en este sentido, varios artículos fueron subastados en 1995, llegándose a dar a MHS cerca del 40 por ciento del monto total; sin embargo, el Estado de Malasia no cumplió con el pago del monto adeudado a la empresa, además de retener algunos artículos de origen chino, como vajilla china.

La compañía inició un procedimiento de arbitraje contra el Gobierno de Malasia en Kuala Lumpur. Al respecto, el árbitro consideró que la naturaleza de las actividades del demandante era en gran medida similar a un contrato de salvamento comercial y que "(...) según la práctica y la jurisprudencia del CIADI (...) un contrato comercial ordinario no puede considerarse una inversión".

Al respecto, Schreuer (citado por Vadi, 2007) sostiene que un contrato de inversión tiene las siguientes características:

[...] La primera de tales características es que los proyectos tienen una cierta duración.

[...] La segunda característica es una cierta regularidad de ganancias y rendimiento.

Un acuerdo de suma global por única vez, mientras no imposible, sería atípico [...] La

tercera característica es la asunción de riesgo generalmente por ambas partes [...] La

cuarta característica típica es que el compromiso es sustancial. [...] La quinta

característica es la importancia de la operación para el desarrollo del estado¹³². (p. 147).

Por lo tanto, se determinó que la inversión debía representar una contribución significativa al desarrollo económico del Estado, dentro de la interpretación del Convenio del CIADI. Por otro lado, se debe considerar que el fallo arbitral no supone un criterio predominante puesto que su constitución fue ad hoc, pero afianza un criterio de interpretación de resolver casos análogos, desde el plano económico.

Sin embargo, el Tribunal arbitral en el caso *Mihaly vs Sri Lanka*¹³³ (citado por Vadi, 2007) sostiene que "(...) el cuestionamiento sobre si un gasto constituye o no una inversión difícilmente se regirá por el hecho de que el gasto sea grande o pequeño" (p. 148). En este sentido, el demandante argumentó la generación de puestos de trabajo en Malasia, además del aporte de conocimiento técnico sobre el proceso de salvamento histórico marino, y la exposición del Estado asiático como un lugar atractivo para el turismo, en el sentido amplio de inversión. Al respecto, el Tribunal Arbitral desestimó el argumento calificándolo de especulativo, al no poder acreditarlo de forma precisa; y al no contraponerse al argumento que la conservación de los sitios arqueológicos marítimos tiene un vínculo directo con el desarrollo económico. Por su parte, varios tratadistas sostienen que la conservación *in situ* tiene por finalidad la promoción turística y la producción de beneficios a favor de la localidad del hallazgo subacuático.

¹³² La versión original dice: "[...] [T]he first of such features is that the projects have a certain duration. [...] The second feature is a certain regularity of profits and return. A one-time lump-sum agreement, while not impossible, would be untypical. [...] [T]he third feature is the assumption of risk usually by both sides [...]. [T]he fourth typical feature is that the commitment is substantial. [...] The fifth feature is the operation's significance for the state's development"

¹³³ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID. Case No. ARB/00/2, Award of 15 March 2002 (ILM, 2002, Vol. 41, p. 862).

Caso Tinoco¹³⁴, El laudo Taft.

En enero de 1917, Federico Tinoco, siendo ministro de guerra en funciones, encabezó un golpe de estado que derrocó al Gobierno de Costa Rica (2011). Posteriormente, el Gobierno de facto suscribió diversos contratos de concesión y de emisión de moneda. Posteriormente, el Congreso Constitucional emitió la Ley de Nulidades, el 22 de agosto de 1920, a fin de dejar sin validez todos los contratos realizados durante el periodo de Tinoco por lo cual se generaron controversias donde se cuestionó el uso de los fondos públicos¹³⁵, recurriéndose a la vía arbitral.

Por lo tanto, debido a la *Law of Nullities*, o Ley de Nulidades, se dejaron de reconocer los contratos firmados por el gobierno de Tinoco entre 1917 y 1919, lo que generó el reclamo de Gran Bretaña. El Gobierno anglosajón impugnó esta ley y reclamó la ejecución de las obligaciones invocando el principio de identidad del Estado. Por su lado, Costa Rica alegó el no reconocimiento del gobierno de Tinoco, de tal manera sostuvo la falta de derecho a toda reclamación ulterior. Por lo tanto, se asume la aplicación de estoppel en el caso.

El principio del estoppel, es un principio procesal que implica la adopción de la teoría de los actos propios. Por medio de este, se infiere que no se puede contradecir o desconocer el acto propio anteriormente desarrollado. En suma, es un principio del derecho internacional que impide al Estado volver contra sus propios actos. De igual manera, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados prevé la preclusión¹³⁶ para impedir que un estado invoque causales de nulidad con el propósito de anular un tratado.

¹³⁴ Fallo Arbitral del Chief Justice de los Estados Unidos de América, *Royal Bank of Canada & John M. Amory & son v. The Government of Costa Rica*

¹³⁵ Los fondos referidos fueron prestados por el Royal Bank of Canadá, a razón de la impresión y circulación de billetes de nueva nominación, que poseía 998 billetes de mil colones.

¹³⁶ La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, en su artículo 45, acerca de la nulidad de un Tratado o acuerdo internacional que: "Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, (...) si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: (...) b) se ha comportado de tal manera que debe

Por lo tanto, la regla general enunciada por Bassett (1906) determina que:

Los cambios efectuados en el gobierno o la política interna de un Estado no afectan, por regla general, su posición en Derecho Internacional. Una monarquía puede transformarse en república, o una república en monarquía puede transformarse en república, o una república en monarquía; principios absolutistas pueden ser substituidos por principios constitucionales o viceversa pero aunque el gobierno cambie, la nación continúa su existencia, sin que se alteren sus derechos y obligaciones¹³⁷. (p. 249) (Subrayado nuestro).

El principio de continuidad de los Estados es apoyado por varios tratadistas debido a que se incide en los derechos y las obligaciones asumidas, así como, su carácter de obligatorio cumplimiento, lo cual guarda concordancia con el principio de *pacta sunt servanda*¹³⁸.

Sin embargo, William H. Taft, arbitro único, sostuvo que la obligación contravenía los intereses de la población del Estado de Costa Rica, lo cual fue acreditado, y que los intereses particulares de los gobernantes primaron sobre la población. Como expone Cascante, citado en el informe desarrollado por el Ministerio del Exterior de Costa Rica (2011), se demostró y valoró la mala fe con que se asumieron obligaciones por medio de los acuerdos materia de arbitraje. Es decir, los representantes de los Estados conocían tanto el menoscabo que producía el acuerdo como las obligaciones que generaría, pese a ello firmaron el acuerdo; razón por la cual, se presume una causal de invalidez por mala fe.

considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.”

¹³⁷ En su idioma original dice: “Changes in the government or the internal polity of a state do not as a rule affect its position in international law. A monarchy may be transformed into a republic or a republic into a monarchy; absolute principles may be substituted for constitutional, or the reverse; but, though the government changes, the nation remains, with rights and obligations unimpaired. There may be produced, however, a change in rank, as by the conversion of a kingdom into a principality, or the reverse.”

¹³⁸ Locución latina, se traduce “lo pactado, se cumple”.

Entonces, mediante una interpretación conjunta del principio de *pacta sunt servanda* con el principio de continuidad de los Estados se suman como excepción al estoppel, la mala fe por parte del representante del Estado al asumir obligaciones y derechos contrarias a los intereses de la Nación y la Carta Magna; lo cual guarda concordancia con el artículo 46 de la Convención de Viena.

Análisis del Caso

Posiciones en controversia

Las posiciones en controversia son la colombiana, española y peruana. Téngase en cuenta que el bien jurídico protegido en los tres ordenamientos es el patrimonio cultural del Estado, quizás la diferencia más resaltante es la calificación explícita como “histórico” en el caso español.

Posición Colombiana.

La posición del estado latinoamericano se interprete tanto desde el alcance de su normativa interna como de sus actos unilaterales. Cabe precisar, Colombia no ha suscrito el Convenio de París, respecto al Patrimonio cultural subacuático, pero tiene en vigor acuerdos en materia de patrimonio cultural por lo cual se debe analizar aquellos hechos con relevancia jurídica y que guarden relación con estos. Además, se debe considerar que el sistema jurídico colombiano es de clara influencia romano germánico.

Por consiguiente, la declaración realizada por Juan Manuel Santos, el 4 de diciembre de 2015, acerca del hallazgo y la ubicación del navío “San José” y su carga, permite presumir como jurisdicción la del Estado colombiano y la producción de un hecho de relevancia internacional. Por lo tanto, se debe señalar que a la fecha de tal declaración la normativa de

Colombia vigente, y aplicable, se centra tanto en la Ley nro. 1675¹³⁹ de 2013, como en la Ley nro. 00101 de 1978. En este sentido, dichas normas enmarcan la reglamentación de los artículos de la Constitución colombiana tanto en lo referido al patrimonio cultural subacuático como en los extremos de la demarcación de límites marítimos, respectivamente.

Además, es necesario precisar que la declaración, referida en párrafo anterior, es válida para el DIP siempre que comprenda los elementos esenciales que el derecho consuetudinario internacional exige, respecto del acto unilateral, como son: la calidad del representante del Estado que desarrolla el acto, es decir, que cuente con facultades suficientes; la manifestación de forma pública del acto y la relevancia jurídica del acto. Además, se considera que la posición asumida expone de forma explícita tanto la calificación del hecho en sentido de hallazgo como la negación implícita sobre las coordenadas que representan el sustento material del fallo de la Corte Suprema Colombiana, del 2011, respecto del proceso impulsado por Sea Search Armada.

En este sentido, un hecho irrefutable son los actos de prospección realizados por el Estado colombiano, los cuales pueden entenderse como actos de inversión y de posesión a favor de la recuperación y efectiva extracción de bienes sumergidos. En este sentido, el artículo 15 numeral 2 de la Ley nro. 1675 respecto de la contratación del contratista, establece que:

En los hallazgos que estén constituidos por bienes y materiales que no hagan parte del Patrimonio Cultural de la Nación [...], se remunerará al contratista hasta con el 50% del valor de los bienes que no constituyen Patrimonio Cultural de la Nación. [...] o con su valor en dinero. [...].

¹³⁹ Ley nro. 1675, en su artículo 2 define el alcance del término Patrimonio Cultural Sumergido, guardando correlación con la Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura

Sobre esta última norma, se desprende que el Estado colombiano ejerce tanto la titularidad de los bienes, así como, el ejercicio de propiedad mediante los actos de disposición descritos. A nivel del DIP, la norma no salvaguarda el derecho de oposición sobre la propiedad de los bienes, de quien sea ajeno al Estado y al contratista. Sin embargo, por el contenido vertido en la norma citada se infiere que el acto jurídico está dotado de una naturaleza cultural, comercial y financiera.

Por consiguiente, la titularidad de los bienes sumergidos en Colombia en virtud de su derecho interno se rige por los principios establecido en la Ley nro. 1675. Al respecto, el principio de representatividad, desarrollado por la norma citada, está ligado al criterio de nacionalidad establecido por la misma ley. En virtud de ello, se manifiesta la necesidad de establecer el lazo o “arraigo” del bien respecto de la nación colombiana, dentro del plano de la identidad cultural. Para el DIP, la sola declaración no es constitutiva de derecho debido a que requiere el reconocimiento de los Estados sobre dicha situación. En consecuencia, no se ha generado un reconocimiento internacional sobre la calidad de los bienes por tratarse de una embarcación no nacional y con una carga de origen diverso, pasible de controversia.

La normativa interna colombiana, mediante la ley 14¹⁴⁰ de 1936, acerca de la protección de los bienes muebles de valor histórico, establece dos reconocimientos sobre los bienes a partir del cumplimiento de determinados supuestos. Primero, se establece un elemento temporal de acuerdo a la época histórica de elaboración de los bienes; de darse el presupuesto anterior, los bienes se presumen como bienes de valor histórico, y por lo cual, no son susceptibles de transferencia fuera de la jurisdicción¹⁴¹, según el derecho civil. Sobre los bienes, la norma

¹⁴⁰ El Estado de Colombia mediante la ley nro. 14 de 1936 se adhiere al Tratado de protección de muebles de valor histórico.

¹⁴¹ La Ley 14 de 1936 en su artículo 4° establece que: “*Los Estados Partes en este Tratado consideran que los que tienen algunos de los objetos declarados monumentos muebles solo gozaran de su usufructo, que no es transmisible sino dentro del país, y se comprometen a legislar en este sentido*”.

declara de forma implícita la calidad de “bien principal”, sobre aquellos bienes muebles con valor histórico. Por otro lado, teoría europea aplica la máxima del derecho que dice “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, que por analogía se aplica a los bienes y al yacimiento arqueológico.

En el plano internacional, el tratado suscrito tiene un carácter regional por lo que establece un criterio de interpretación dentro de la jurisdicción de los Estados parte, es decir, manifiesta una necesidad de cooperación internacional. Asimismo, su artículo 8 concordante con el contenido de la ley citada, declara que “[...] *los monumentos muebles no pueden ser botín de guerra*”. Razón por la cual, se determina una restricción expresa respecto del fundamento del arraigo, que puede transferirse a la titularidad de los bienes históricos. Sin embargo, a partir de las consultas desarrolladas a los Estados de Colombia¹⁴² y Perú en lo referido al galeón San José, a través de los Ministerios de Relaciones Exteriores respectivamente, se denota una falta de cooperación regional al no existir consulta al respecto entre Estados, tanto en el caso del litigio desarrollado en vía interna del estado de Colombia finalizado en 2007, como en el presente caso materia de estudio.

Posición Española.

El Estado español mantiene una posición sobre su titularidad de los bienes, la cual comprende tanto al galeón “San José” como a su carga, que versa respecto de la calidad del hallazgo, la nacionalidad del pecio y la norma aplicable; lo cual es concordante con lo sostenido en situaciones similares, debido a que es “Estado parte” de la Convención de París del 2001, y en consecuencia es aplicable la normativa vigente concerniente al patrimonio cultural subacuático.

¹⁴² Mediante Carta de respuesta por medio electrónico del 18 de junio de 2018, la Cancillería del Estado de Colombia nos comunicó que “no se encontró documento alguno relacionado con una supuesta consulta al Estado peruano en el marco de hallazgo del Galeón San José.”. Ver Anexo K, consta de dos folios.

En este sentido, se incide en las declaraciones desarrolladas por parte de los representantes del Estado español. A razón de la declaración del 2015 del Presidente Colombiano respecto del “San José”, el secretario de Cultura en funciones, José María Lasalle¹⁴³, manifestó que el interés del Estado español se centra en la defensa de su patrimonio subacuático y la reserva, a la espera de la adopción de medidas que considere pertinentes. Lo dicho por el funcionario español permite inferir ciertos alcances sobre la posición española en materia de patrimonio cultural. Primero, la declaración tiene una clara concordancia con el derecho interno español y la legitimidad de reivindicación sobre los bienes que considere patrimonio histórico español. Asimismo, concuerda con lo dicho por el ministro de Justicia español, Rafael Catalá Polo, quien aseveró que el Galeón “San José” era un barco español desde la interpretación del principio de bandera. Lo referido por Catalá alude al tratamiento del barco como un bien estatal a razón de los tratados¹⁴⁴ suscritos por España. Posición que ha sido reafirmada en el año 2019 por Josep Borrell, Secretario de Relaciones Exteriores, refiriéndose a la competencia de la Convención de Unesco del 2001, y dentro del supuesto de tratamiento del pecio como "barco de Estado".

Por lo referido, la posición española arguye como competente la aplicación de la “Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático” promovida por UNESCO, la cual no cuenta con la ratificación de parte del Estado de Colombia. En este sentido, asumimos que dicha aseveración se sostiene en un criterio de especialidad del mencionado acuerdo, y de la propia exigencia en la conducta del Estado debido a la suscripción del mismo; sin embargo, se debe considerar tanto la falta de capacidad de control internacional como la no adecuación de

¹⁴³ La Agencia de noticias EFE (2015) publicó la declaración del Secretaria de Cultura del Reino de España.

¹⁴⁴ Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, o también llamada Convención de París del 2001, para fines del trabajo la denominamos Convención del 2001. Adicionalmente, los alcances de la CONVEMAR sobre los principios aplicables.

la normativa de Colombia. Entonces, por *contrario sensu* del principio del derecho *pacta sunt servanda*, no se puede obligar a cumplir aquello que no ha sido convenido por el Estado.

Entonces, la titularidad tendría como fundamento la aplicación del principio de bandera, por lo cual hay una evidente alusión a la CONVEMAR¹⁴⁵, y la Convención del 2001; por consiguiente, la aplicación de los principios desarrollado en estas. Adicionalmente, se sostiene que la titularidad del pecio¹⁴⁶ abarcaría a la carga por la relación de utilidad entre los bienes, por cual se deduce una clasificación entre los bienes comprendidos como principal y accesorio; en relación al barco o yacimiento arqueológico y la carga, respectivamente. Sin embargo, se advierte una falta de fundamento por la exigencia en el cumplimiento sobre aquello que no ha sido establecido ni por tratado ni por precedente jurídico internacional.

Finalmente, la reserva del derecho de reclamo sobre el pecio¹⁴⁷, lo cual constituye un acto unilateral de un Estado, por tratarse de una facultad legítima permite salvaguardar su derecho de acción del sujeto de derecho. Por lo tanto, el accionar del Estado español se encuentra supeditado a la extracción efectiva de los bienes.

Posición de Sea Search Armada.

La posición de la empresa privada se restringe al ámbito del derecho civil y a los fallos vinculantes a las partes, quedando sometido al ordenamiento jurídico interno del Estado de Colombia. Por lo tanto, podemos incidir en dos ideas acerca de la titularidad de los bienes y el derecho de rescate, ambos de jurisdicción del Estado latinoamericano.

Sobre el Fallo de la Corte Suprema de Colombia, se confirmó la sentencia apelada en segunda instancia por lo cual se estableció que “(...) la propiedad allí reconocida, por partes iguales,

¹⁴⁵ La Convención del 2001 reconoce competente a la CONVEMAR en razón de la jurisdicción y principios aplicables, y en este sentido España implementó la Ley de Patrimonio Histórico Español.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 52.

¹⁴⁷ *Ídem*.

para la Nación y la demandante, está referida única y exclusivamente a los bienes que, [...] sean aún susceptibles de calificarse jurídicamente como tesoro [...]”. Al respecto, la parte resolutive establece una facultad del Estado de Colombia a la calificación de los bienes comprendidos en un hallazgo desde un criterio discrecional y sobreponiéndose a una presunción internacional acerca de la temporalidad de los mismo y por consiguiente la calidad de patrimonio cultural.

Acercas del derecho de Rescate, el extracto de la sentencia referida contiene un reconocimiento implícito que merma de cierta manera el ejercicio de la titularidad sobre la calidad de los bienes. Puesto que la declaración de estos como tesoros supone el pago o compensación por hallazgo y rescate, dentro de la proporción determinada por la Corte de Colombia. Sin embargo, el derecho declarado queda supeditado al cumplimiento de la supuesta ubicación material, el cual queda a controversia por la declaración de Juan Manuel Santos; razón por la cual, tanto el derecho de propiedad como los otros derechos reconocidos serían inejecutables por sustracción de la materia.

Legitimidad del Estado peruano

A lo largo del trabajo se han desarrollado diferentes teorías sobre la legitimidad dentro del campo del derecho internacional centrándose en aquellos que estén fundamentados en los principios de la manifestación de la voluntad, o consentimiento, y la buena fe de los sujetos de derecho, llámense Estados; por consiguiente, dentro de este marco se han consignado como válidos aquellos actos jurídicos producidos por representantes estatales revestidos de capacidad suficiente y perfeccionados por estos ya sea por una conducta repetitiva en el tiempo, por la aquiescencia de las partes o por el reconocimiento del derecho.

Entonces, es preciso señalar que la legitimidad debe basarse en la calidad del sujeto y el reconocimiento de la pretensión de un derecho. Sobre lo primero, la validez de sus actos bajo

los estándares del derecho internacional se asume a partir del ejercicio de la autodeterminación y del reconocimiento internacional otorgado, situación que se advierte a través del ejercicio de su soberanía sin oposición desde el año 1865, y el desarrollo de actos unilaterales. Asimismo, la teoría general del Estado lo define como el ejercicio de poder tanto en la esfera interna como externa de un Estado; razón por la cual, al Estado se le otorga legitimidad como miembro de la comunidad internacional por tener el reconocimiento de esta. Al respecto, Lafer (1989) mediante la dicotomía “política y derecho” resalta tanto el carácter subjetivo como el objetivo de la legitimidad esto a partir del reconocimiento del poder del “sujeto” dentro de una “grupo”, en calidad de potencia; por lo tanto, se requiere de un grupo organizado para hacer evidente la igualdad, es decir, una sociedad. En este sentido, la igualdad supone el ejercicio tanto de facultades como de obligaciones, en igual medida; por lo que la legitimidad se da a partir de la consolidación del sujeto como “independiente” y de su reconocimiento, por parte de la “sociedad”, como miembro de esta. En analogía con el derecho internacional, el Estado peruano ha sido reconocido como miembro de la comunidad internacional desde su independencia, ejerciendo su soberanía dentro de su región.

Sin embargo, dentro del “juicio colectivo”¹⁴⁸ que enuncia Martín Wright (citado por Lafer, 1989) la legitimidad que otorga el reconocimiento del Estado español a favor del Estado peruano para la sucesión de Estados se alcanza con el Tratado Vivanco-Pareja, por consiguiente, las reservas de obligaciones que se establecieran en dicho acuerdo marcarían las controversias entre ambos Estados, como en el supuesto del origen de mercancías. Al respecto, se advierte dos situaciones de relevancia jurídica, una es la consolidación de la calidad de sujeto de derecho ante la comunidad internacional, y otra es la sucesión de

¹⁴⁸ Martín Wright define a la legitimidad del Estado como “un juicio colectivo de la sociedad internacional con respecto a cómo la soberanía de un estado puede ser afirmada o transferida, y como se regula la sucesión y la secesión de los Estados”; enunciado en la página 27 del presente trabajo.

derechos y obligaciones como Estado soberano. Por lo tanto, en concordancia con Arendt (citada por Zapata, 2006), se sostiene que el reconocimiento de la comunidad internacional es una muestra del poder concentrado¹⁴⁹ o *ubi societas, ibi jus*.

En este sentido, el Tratado Vivanco-Pareja le otorga un perfeccionamiento formal a la renuncia¹⁵⁰ de España a favor del Perú, perdiendo jurisdicción y competencia dentro del territorio peruano, pero sobre todo le otorgó validez a la Capitulación de Ayacucho. Cabe precisar que sobre los navíos hundidos no hay reserva de derecho de reclamo o de impugnación en territorio nacional. De igual forma, el Estado de Perú ha suscrito la Carta de Santiago, sobre la teoría de las 200 millas, dentro del ejercicio de autodeterminación y cooperación internacional. En la teoría de sucesión de los Estados, por lo expuesto por García-Corrochano (1996) se infiere que las fronteras del Perú quedaron fijadas a razón de la jurisdicción que heredo del virreinato; debido a su calidad de estado emergente. Entonces, se asume que la consolidación como sujeto de derecho se dio el 9 de diciembre de 1824.

Adicionalmente, la calidad de sujeto de derecho del Estado peruano le otorga legitimidad sobre la acción de pretender la cosa, en este sentido, la teoría de la responsabilidad exige una relación entre la existencia de la acción y el reconocimiento de la obligación. Sin embargo, en el caso de estudio, la acción que supondría el menoscabo o perjuicio no se ha desarrollado debido a la ausencia tanto de la extracción como de la disposición de los bienes. Entonces,

¹⁴⁹ Arendt considera que el poder concentrado hace referencia cuando “El poder nunca es propiedad del individuo, pertenece a un grupo y sigue existiendo mientras este grupo mantenga unido”; enunciado en la página 27 del presente trabajo.

¹⁵⁰ Para la teoría de sucesión de los Estados, el Estado emergente, o nuevo, se le atribuye todas las obligaciones asumidas por el Estado antecedente, que no denuncie de forma expresa, como es el caso de la deuda pública. Dicha obligación-adquirida resulta tanto como una declaración de titularidad implícita de parte del Estado emergente, así como una renuncia de parte del Estado antecedente que pierde la competencia y jurisdicción. En el presente caso, dicha declaración comprende la renuncia de parte del Estado español sobre los impuestos no perfeccionados, de fuente peruana, y de igual manera sobre los bienes ubicados en jurisdicción del Estado antecedente. A fin de aclarar algunos términos, “Estado antecedente” es un término que hace referencia al Estado anterior o previo, que deja de existir o es reemplazado por otro. Por su parte, Estado emergente, término que hace referencia al Estado nuevo.

dentro de este supuesto no se contemplan los alcances de la posición peruana en cuanto se carece de una acción de disposición contraria a sus intereses. Sin embargo, se advierte un potencial perjuicio en cuanto a las declaraciones de Juan Manuel Santos sobre la propiedad de los restos del galeón “San José” y su cargamento, por lo que se supondría una falta de cooperación entre Estados al no requerir una consulta¹⁵¹ sobre el interés del Perú, pero no supondría una valoración de legitimidad en el presente estado de los hechos.

Por el contrario, la teoría del destinatario directo permite valorar la legitimidad a partir de la incorporación como criterio de interpretación de la dicotomía de “política y derecho”, expuesta por Lafer (1989), debido al reconocimiento internacional de ciertos derechos a favor del Estado peruano, mediante acuerdos, como se dio con los derechos de restitución y de protección de bienes culturales. Es decir, el reconocimiento de dichos derechos se dio por parte de la comunidad internacional desde su ejercicio y por los acuerdos suscritos¹⁵² carentes de oposición.

En el plano regional, Colombia no se adhirió a la Carta de Santiago, pero comulga con los principios de la teoría de las 200 millas, como su normativa interna advierte¹⁵³. Asimismo, no ratificó la CONVEMAR, por lo que sus principios no son aplicables. Por otra parte, la conducta del Estado peruano en cuanto a la colaboración en materia de delimitación marítima

¹⁵¹ Tanto el Estado de Colombia como el Estado peruano sostienen no haber desarrollado consulta sobre el hallazgo del galeón “San José”, información que se verifica con el Anexos J y Anexo K.

¹⁵² Mediante el “Convenio Internacional de Intercambio cultural entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile”, se contempla en su artículo 20 la facultad de “restitución de bienes indebidamente apropiados y exportados ilegalmente”.

¹⁵³ El Estado de Colombia promulga la Ley nro. 0010-1978 por medio de la cual establece, en su artículo séptimo que: “(...) *adyacente al mar territorial, una zona económica exclusiva cuyo límite exterior llegará a 200 millas náuticas medidas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial.*”

y cooperación cultural no es novedosa, puesto que ha establecido acuerdos sobre la materia con los Estados de Argentina¹⁵⁴, Cuba¹⁵⁵, República Dominicana¹⁵⁶ y Venezuela.

Adicionalmente, debemos de remitirnos al “*actio in rem*” en el sentido de adecuar el reconocimiento del derecho de protección de un Estado dentro de la normativa interna de otro, a razón de la ubicación del hallazgo y del depósito material de los bienes, por criterio de jurisdicción. Por lo tanto, si el nexo de la jurisdicción y la ubicación es inalterable, en este caso es Colombia, entonces bastaría con conocer si existe un acuerdo internacional ratificado por dicho Estado que varíe dicha condición, lo cual no se presenta en el caso materia de estudio. Por consiguiente, el ejercicio del derecho de protección se extiende al derecho de reivindicación a partir de la normativa interna colombiana y sus alcances con los acuerdos internacionales suscritos y ratificados.

En lo referido a la justificación de la titularidad, el arraigo del Estado sobre el bien representa el núcleo de la legitimidad, lo cual necesita tanto de argumentos jurídicos como técnicos por la especialidad de la materia. Por lo que, el uso de dicotomías expuestas por Lafer (1989), no hace más que sostener una necesidad de interdependencias entre diferentes ramas académicas para alcanzar el fin expuesto. Al respecto, el derecho no es ajeno a la necesidad de sostener sus pretensiones desde otras disciplinas o ciencias, además de la propia evolución de los términos y a la evolución de la norma en el tiempo por el contexto. Por consiguiente, se puede valorar mediante indicios el origen de la carga y su titularidad, pero no se puede negar la legitimidad del derecho de propiedad en su connotación de derecho de protección de bienes culturales por carecer de fuentes material.

¹⁵⁴ Decreto Supremo Nro. 020-96-RE “Aprueba Convenio de Cooperación cultural, científica y educativa entre los Gobiernos de la República de Perú y Argentina”, suscrito el 10 de noviembre de 1994.

¹⁵⁵ Decreto Supremo Nro. 032-99-RE “Ratifican el Convenio de Cooperación, Cultural, Científica y educativa suscrito entre los Gobiernos de las Repúblicas de Perú y Cuba”, suscrito el 15 de febrero de 1999.

¹⁵⁶ Decreto Supremo Nro. 019-2001-RE “Ratifican el Convenio de Intercambio Cultural entre los Gobiernos de las Repúblicas de Perú y República Dominicana”, suscrito el 11 de marzo de 1986.

Desde un plano jurídico, la titularidad o derecho de propiedad del Estado peruano se sostiene en el origen de la carga, lo cual se acredita mediante la documentación de la declaración de embarque realizada en el Callao, así como la costumbre comercial de la época y los restos materiales.

En este sentido, se asume la existencia de bienes de origen de contrabando que carecen de declaración a su salida de puerto, como exponen los trabajos de Herrera (2016) y Yuste (1987) quienes refieren la existencia de un mercado transpacífico con la comercialización de productos asiáticos que comprendía tanto al puerto de Portobelo como al puerto de Cartagena de Indias sumado a la intervención del Reino de España para controlar y reglamentar estos aspectos, como el dictado de disposiciones de veto sobre mercancías de origen asiático. Entonces, se puede inferir que los puertos mencionados percibían cargas de distintas partes del Latinoamérica y Asia, y que el contrabando era una actividad recurrente.

Además, los impuestos¹⁵⁷ se recaudaban en Lima y se procedía a su traslado a la península ibérica teniendo como puerto de partida el Callao, la costumbre en el pago de tributos exigía que dicha obligación se cumpla con el uso de la moneda¹⁵⁸ aprobada por el Reino de España, que en su momento era acuñada en la Casa de la Moneda de Lima. Para 1700, la organización administrativa establecía el pago de impuestos como “quincuagésima” (Carvajal Contreras, 2004) y otras denominaciones¹⁵⁹. Por su parte, Suárez (2009) infiere que gran parte de los ingresos fiscales era proveniente del comercio colonial, y en especial por concepto del

¹⁵⁷ Morales (2016) sostiene que la necesidad de la creación de la moneda física se dio por el pago de impuestos. Adicionalmente, resalta que recién en 1792 se acuñó $\frac{1}{4}$ de real.

¹⁵⁸ Desde la reapertura oficial en 1684 se autorizó la acuñación de las barras pertenecientes a la Real Hacienda.

¹⁵⁹ Serrano (1991) refiere que la moneda reconocida en el Reino de España era el “Real” y otras denominaciones. Al respecto, el “Real” estaba compuesto de 3.43 gramos de plata, el “Peso” correspondía a ocho reales, el “Ducado” a once reales, el “Escudo” era equiparable a diez reales o 3.40 gramos de oro, el “Doblón” comprendía dos escudos, y el “Tostón” suponía 2,5 reales.

almojarifazgo¹⁶⁰. Además, hasta 1717 el puerto de Cartagena de Indias estaba comprendido dentro de la jurisdicción del virreinato del Perú, asimismo, la extensión jurisdiccional en el mar se fijaba por costumbre de la época, mediante la teoría de la distancia de la bala de cañón.

Adicionalmente, la Guerra de Sucesión advierte dos actos a resaltar, por una parte, la denuncia de varios Estados sobre la competencia y la validez de las bulas alejandrinas, y por consiguiente la legitimidad del gobierno español¹⁶¹. Asimismo, durante dicho conflicto se establecieron dos gobiernos en paralelo por lo cual ciertos actos administrativos como la recolección de tributos carecían de legitimidad y validez dentro de determinada jurisdicción, salvo validación posterior. Por otro lado, los actos de disposición sobre impuestos coloniales no fueron perfeccionados en el año 1708 por causas de la guerra; por la teoría de la extensión de jurisdicción de los navíos de Estado, los bienes se presumen propiedad del Estado de la bandera, principio aplicable dentro de la teoría del destinatario directo.

Sobre la intervención del Estado peruano en el caso de “Nuestra Señora de las Mercedes”, el órgano que conoció el caso no se pronunció sobre el derecho de propiedad del Perú sobre los bienes, sino, sostuvo una excepción de la legitimidad, a razón de la ubicación del yacimiento. Debido a que el hallazgo se realizó en la jurisdicción de un Estado parte de la CONVEMAR, y dicho acuerdo era vigente, por lo tanto, un “Estado no parte” carecía de derecho de acción y por consiguiente ausencia de legitimidad para obrar; situación que ha cambiado radicalmente en el presente caso por la aplicación del propio criterio de jurisdicción y vigencia de los tratados.

¹⁶⁰ Al respecto, Carvajal (2004) cita definición contenida en la Enciclopedia Española del Derecho Administrativo que dice “*el almojarifazgo es el derecho que en lo antiguo se cobraba en los puertos por la introducción o extracción de mercaderías nacionales o extranjeras, destinadas ya al consumo propio, ya al extraño*” (pág. 55).

¹⁶¹ Durante la Guerra de Sucesión se dieron dos declaraciones sobre la legitimidad de los herederos de la corona de España. Además, durante su desarrollo ningún bando desarrollo control exclusivo sobre el territorio.

Por otro lado, la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación establece entre otras cosas los criterios de identidad y clasificación de los bienes, normativa peruana. Al respecto, dichos criterios desarrollan la identificación histórica de los bienes respecto de su propietario y su valor individual para la Nación. Dicho razonamiento infiere que la titularidad de los bienes integrantes del patrimonio cultural no se rige dentro de una relación de utilidad. Por lo tanto, la presunción de titularidad del depósito no se extiende a los bienes contenidos en este, por el contrario, prevalece la singularidad de estos. Razón suficiente para asumir que el criterio comercial que se impone en la competencia de la CONVEMAR no es aplicable al Perú. De igual manera, dicho criterio es similar al desarrollado por el Estado de Colombia, puesto que el principio de representatividad expreso en la Ley nro. 1675 reafirma la existencia del criterio de nacionalidad, lo cual es consecuente con la normativa nacional peruana.

Además, la legitimidad de un sujeto sobre el derecho de propiedad de bienes materiales depende de la calidad de bien y la aplicación de la normativa correspondiente. Sin embargo, en el presente caso dicha valoración solo se puede realizar con el estudio *in situ* de dichos artefactos. Entonces, debido a la falta de extracción de los elementos que comprenden parte del yacimiento arqueológico el análisis de la legitimidad se centra en una conjetura, o análisis hipotético. En este sentido, el Estado peruano debería reservar su derecho de reclamo pendiente del desarrollo y culminación de las tareas de extracción.

Finalmente, a partir de la revisión de la normativa nacional y las consultas desarrolladas a organismos gubernamentales pertinentes se hace necesaria la generación de políticas de Estado y procedimientos administrativos que contemple tareas técnicas a favor de la protección del patrimonio cultural subacuático dentro de la soberanía peruana. Por lo tanto, se requiere desarrollar un inventario de posibles ubicaciones de pecios a partir de la documentación disponible para el control y la protección de las áreas. En este sentido, el trabajo de Ortiz (2003) permite identificar cerca de 195 navíos sumergidos dentro de la

jurisdicción y competencia del Estado peruano, lo cual representa una importante fuente de datos históricos y científicos. Al respecto, la información referida a reclamos de cargamentos de navíos hundidos tiene carácter reservado¹⁶², en virtud del Derecho de acceso a la información pública y la potestad del Estado peruano.

¹⁶² Mediante Carta de respuesta del 3 de abril de 2018, el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú manifiesta no haber recibido comunicación o consulta alguna del Estado de Colombia en lo referido al Galeón San José, a la fecha. Además, la información en lo referido a procesos de repatriación de naves y el reclamo de cargamentos de navíos hundidos tiene carácter reservado, ver Anexo G.

Conclusiones

1. La legitimidad del Estado peruano respecto de su titularidad sobre los supuestos bienes culturales sumergidos, que comprenden los pecios del galeón “San José”, no puede determinarse debido a que el caso se centra en el hallazgo de un barco hundido y la legitimidad del derecho de propiedad está ligada a la extracción efectiva de los bienes materiales contenidos en el yacimiento arqueológico, con su posterior estudio y calificación. Por consecuencia, el Estado peruano debería ejercer su derecho de reserva sobre cualquier pretensión a razón de su calidad de Estado soberano, hasta que se desarrolle y/o culmine las tareas de extracción que correspondan.
2. Los principios aplicables al caso por importancia y jerarquía son la soberanía, la buena fe, la igualdad de los Estados y la cooperación internacional. Asimismo, el *pacta sunt servanda* y la intencionalidad de los actos de los Estados. De forma complementaria, los principios del derecho como el principio de legalidad, “lo accesorio sigue la suerte del principal”, a *contraio sensu*, y “la norma especial prevalece sobre la norma general”. Por consiguiente, los bienes culturales serían considerados bienes muebles principales debido a la ausencia de una relación de dependencia por utilidad entre ellos, por la especialidad de la materia. Dichos bienes estarían comprendidos por los restos del galeón “San José” y su carga. En este sentido, el pecio del galeón es un bien principal y debería ser declarado bien cultural. Por su parte, la carga es un conjunto de bienes, los cuales son pasibles de calificación como bienes culturales por su valor individual, debiendo ser considerados bienes principales.

3. El patrimonio cultural subacuático tiene por naturaleza jurídica ser considerados bienes públicos con un régimen especial en el ejercicio del derecho de propiedad. También, comprende el ejercicio del derecho de la cultura, en el sentido de la identidad de un grupo humano. Debido a que dichos derechos son concebidos como derechos fundamentales se puede presumir, según Ferrajoli (2001), que son universales, atendiendo a la especialidad del campo. Sin embargo, la calidad de “bienes culturales” genera un orden de prelación sobreponiendo el “interés cultural” como criterio de valoración y calificación sobre los bienes tanto materiales como inmateriales. Al respecto, al tratarse de bienes materiales los criterios de identificación son objetivos. Sobre la legislación internacional, no hay consenso respecto al instrumento que determine los alcances de la legitimidad de los bienes culturales, y en especial los de origen subacuático; asimismo, dentro del ámbito regional se presente igual contexto. Por lo tanto, remitiéndose al ámbito del derecho comparado, tanto el Estado colombiano como el Estado peruano consideran a los bienes culturales, comprendidos como patrimonio cultural, como bienes públicos.

4. Las teorías que contemplan la legitimación de los Estados desarrolladas son la teoría de pura del derecho u objetiva, la teoría de la responsabilidad y la teoría del destinatario directo de derechos y/o obligaciones. Asimismo, todas las teorías mencionadas desarrollan la legitimidad de un sujeto de derecho respecto de un acto jurídico y en diferentes estadios del desarrollo de la acción jurídica que produce menoscabo o controversia. Razón por la cual, se requirió una interpretación sistemática y se procedió con un análisis de derecho comparado, debido al criterio de jurisdicción. Por lo tanto, la teoría del destinatario directo contempla que la norma

competente para evaluar la jurisdicción y calificación de los bienes son el acuerdo denominado “Tratado de protección de muebles de valor histórico” y la normativa interna de Colombia. Dicha normativa la comprenden tanto la ley nro. 10 de 1978 como la ley nro. 1675 de 2013. Al respecto, no es aplicable la “Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” por la falta de ratificación de Colombia. Por consiguiente, tampoco es aplicable la “Convención sobre la Protección de Patrimonio Cultural Subacuático”.

5. El Estado de Perú tiene legitimidad sobre el derecho de propiedad de los bienes muebles de origen peruano elaborados en la época colonial, bajo el amparo tanto del acuerdo “Tratado de protección de muebles de valor histórico” como de la Ley nro. 28296, “Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación”, y su reglamento, que otorga la facultad de protección de los bienes culturales. Además, mediante el ejercicio del carácter supletorio del código civil peruano se reconoce al derecho de reivindicación como parte del ejercicio del derecho de propiedad, por lo tanto, mediante una interpretación sistemática, el Estado del Perú tiene facultad de reivindicación sobre aquellos bienes muebles que considere con calidad de bienes culturales de nacionalidad peruana que se encuentren fuera de la jurisdicción del Estado. Además, el Reino de España manifestó una renuncia implícita a los bienes muebles e inmuebles mediante la “Capitulación de Ayacucho”. Asimismo, se interpreta que el perfeccionamiento de dicho acto se dio con la firma del “Tratado Vivanco-Pareja”, y debido a la ausencia de alguna cláusula de reserva u oposición sobre la disposición de los bienes culturales de origen o fuente peruana.

Lista de Referencias

- Abramovich, V. (2017). Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global. *Global Campus Human Rights Journal*, 141-164.
- Agencia de noticias EFE. (06 de diciembre de 2015). *Youtube*. Obtenido de Agencia EFE: <https://www.youtube.com/watch?v=RHY3pgI-h-o>
- Aiestaran, O. (19 de diciembre de 2015). *EITB.eus*. Recuperado el 21 de marzo de 2018, de <https://www.eitb.eus/es/noticias/sociedad/detalle/3710758/xabier-alberdi-la-industria-naval-vasca-es-patrimonio-mundial/>
- Aláez Corral, B. (2005). Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional. *Historia Constitucional, Revista electrónica de Historia Constitucional*, 29-76.
- Albareda Salvadó, J. (2010). *La guerra de Sucesión de España (1700-1714)*. Barcelona: Crítica.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alonso Ibáñez, M. d. (1992). *El patrimonio histórico, destino público y valor cultural*. Oviedo: Civitas.
- Arista Zerga, A. (2011). Apuntes sobre la tutela jurídica del patrimonio cultural en el Perú. *Patrimonio cultural y derecho*, 77-108.
- Arista Zerga, A. (2012). Derechos culturales, globalización y derecho de la cultura. *Patrimonio cultural y derecho*, 223-239.
- Arista Zerga, A. (2013). *Repositorio Institucional del Ministerio de Cultura*. Obtenido de Proyecto Qhapaq Ñan: <http://repositorio.cultura.gob.pe/handle/CULTURA/208>
- Avendaño Valdez, J. (2012). La propiedad en el Código Civil. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (págs. 111-121). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Aznar Gómez, M. (2009). La protección jurídica internacional del patrimonio cultural subacuático. *Arqueologia nàutica mediterrània*, 59-78.
- Aznar Gómez, M. (2015). Patrimonio cultural subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales; los casos de la "Mercedes" y del "Louisa". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 47-77.
- Barberis, J. (1984). *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos.
- Barberis, J. A. (1982). El concepto de tratado internacional. *Anuario de derecho internacional*, 3-28.
- Basadre Grohmann, J. (2014). *Historia de la República del Perú* (Vol. V). Lima, Perú: Cantabria.
- Bassett Moore, J. (1906). *A Digest of International Law*. Washington: Government Printing Office.

- Becerra Ramirez, M. (2017). *El control de la Aplicación del Derecho Internacional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Bejarano Almada, M. d. (2016). Las Bulas Alejandrinas: Detonantes de la evangelización en el Nuevo Mundo. *Revista de El Colegio de San Luis*, 225-257.
- Bermejo García, R. (1983). Lugar y función de la equidad en el nuevo Derecho Internacional. *Anuario español de derecho internacional*, 171-209.
- Beukes, M. (2001). Underwater cultural heritage: archaeological preservation or salvage? *South African Yearbook of International Law*, 62-85.
- Bodansky, D. (2012). Legitimacy in International Law and International Relations. *American Political Science Association 2011 Annual Meeting*, 27.
- Bonilla, H., Chaunu, P., Halperin, T., Hobsbawm, E. J., Spalding, K., & Vilar, P. (1972). *La independencia en el Perú*. Lima: IEP Campodonico.
- Bou Franch, V. (2005). *La flota imperial española y su protección como patrimonio cultural subacuático*. Valencia: Minim.
- Buis, E. J. (2015). El Derecho Internacional Público: Concepto, características y evolución histórica. En S. S. González Napolitano, *Lecciones de Derecho Internacional Público* (págs. 1-21). Buenos Aires: Erreius.
- Byrd Simpson, L. (1970). *Los conquistadores y el Indio Americano*. Barcelona: Peninsula.
- Cancado Trindade, A. (2007). La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. *Revista IIDH*, 273-329.
- Carlés, R. D. (1969). *220 Años del Período Colonial de Panamá*. Panamá: The Star & Herald.
- Carrera Hernández, F. (2005). *Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Carrera Hernández, F. J. (2009). El Asunto del "Nuestra Señora de la Mercedes" (Odyssey). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 1-17.
- Carvajal Contreras, M. (2004). *Derecho Aduanero*. Mexico: Porrúa.
- Caso Tinoco, Gran Bretaña vs. Costa Rica, Laudo Arbitral (Arbitro Único de los Estados Unidos de Norteamérica, William Howard Taft 18 de octubre de 1923).
- Cervo, A. L. (2013). Conceptos en Relaciones Internacionales. *Relaciones Internacionales*, 149-166.
- Comitas, L. (1997). Caribe: colonialismo y desarrollo de las sociedades nuevas. *Cátedra Jorge Juan : ciclo de conferencias : Ferrol, curso 1995-1996*, 181-204.
- Conte de los Ríos, A. (2016). El rescate del "San José" y la Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014). *Revista general de marina*, 213-227.

Contreras Carranza, C. (2016). *Historia de la moneda en el Perú*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú - Instituto de Estudios Peruanos.

Costa Rica, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. (2011). *El Laudo Taft*. San José: Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta.

Diez de Velasco Vallejo, M. (2007). *Instituciones de Derecho internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Elpaís.com.co. (4 de diciembre de 2015). *ElPaís.com.co*. Recuperado el 21 de diciembre de 2017, de <https://www.elpais.com.co/colombia/presidente-santos-anuncio-hallazgo-del-galeon-san-jose.html>

Faidutti, J. (2004). *Derecho Internacional del Mar*. Guayaquil: UEEE - Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

Fernández Domingo, J. I. (2010). *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Madrid: Reus.

Fernández Quirós, T., & Andrés Cabrera, V. (2008). La Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63-66.

Fernández Rodera, J. (1998). La mar y el Derecho penal. *La Ley*, 1812-1818.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

Frijo, M. (2004). Cultural property v. cultural heritage: a "battle of concepts" in international law? *International Review of the Red Cross*, 367-481.

Frost, R. (2004). Underwater Cultural Heritage Protection. *Australian Year Book of International Law*, 25-50.

García Belaunde, D., & Palomino Manchego, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 223-241.

García Calderón, J. (2016). *La defensa penal del Patrimonio Arqueológico*. Madrid: Dykinson S.L.

García Chavarri, A. (2012). La protección constitucional del derecho de propiedad. Alcances sobre sus contenidos esencial y constitucional. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (págs. 309-324). Lima: Fondo Editorial PUCP.

García-Corrochano M., L., & Novak Talavera, F. (2005). *Derecho Internacional Público*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales.

García-Corrochano Moyano, L. (1996). Sucesión de Estado en materia de tratados. *Agenda Internacional*, 121-132.

García-Corrochano Moyano, L. (1998). Aspectos del Derecho Internacional de la Guerra Naval. *Agenda Internacional*, 99-111.

Gobierno de la República de Colombia. (5 de diciembre de 2015). *Presidencia de la República*. Recuperado el 21 de marzo de 2018, de http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Diciembre/Paginas/20151205_04-Historia-del-Galeon-San-Jose-1696-1708.aspx

- Gómez-Robledo Verduzco, A. (2016). Apuntes sobre delimitación en Derecho internacional del Mar. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 255-300.
- Guzmán Brito, A. (2015). La tradición como modo de adquirir el dominio en el Derecho Romano, en el Común y en el Iusnaturalismo y su destino en los Derechos patrios de la América Española. *Revista chilena de derecho*, 329-344.
- Harvey, E. (mayo de 1995). *Educ.ar*. Recuperado el 21 de marzo de 2018, de <https://www.educ.ar/recursos/90841/derechos-culturales>
- Hernández Villalobos, L., & Manasía Fernández, N. (2005). Conflictos internacionales: Medios de solución y derecho internacional humanitario. *Frónesis*, 64-94.
- Herrera Reviriego, J. M. (2011). Acapulco, centro de comunicaciones: comercio, consumo y corrupción en los galeones de Manila de mediados del siglo XVII. *Fòrum de recerca*, 103-118.
- Herrera Reviriego, J. M. (2016). Flujos Comerciales Interconectados: El Mercado Asiático y el Americano durante la segunda mitad del Siglo XVII. *HMex*, 495-553.
- Hevia Bolaños, J. (1797). *Curia philipica, primero y segundo tomo*. Madrid: Archivo de la Marina de Guerra del Perú.
- Jara Roncati, E. (1989). *La función diplomática*. Santiago: Proyecto de Cooperación con los Servicios Exteriores de América Latina.
- Jiménez Moreno, A. (2007). La búsqueda de la hegemonía marítima y comercial. La participación de Inglaterra en la guerra de sucesión española según la obra de Francisco de Castellví "Narraciones históricas" (1700-1715). *Revista de Historia Moderna*, 149-178.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. (M. Nilve, Trad.) Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kumm, M. (2004). The legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. *The European Journal of International Law*, 907-931.
- Lafer, C. (1989). Derecho y legitimidad en el sistema internacional: soberanía nacional y comunidad mundial. *Foro Internacional*, 561-582.
- Lawrence, T. (1902). *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ministerio de Marina.
- Losada, L. (6 de febrero de 2015). Apropiación indebida de tesoros y bienes arqueológicos. *El Derecho, diario de doctrina y jurisprudencia*, págs. 1-4.
- Lovón Ruiz-Caro, M. (2002). *Funciones consulares, política exterior y desarrollo*. Lima: Fundación Academia Diplomática del Perú.
- Malamud, C. (1995). *Historia de las Américas; temas didácticos*. Madrid: Universitas.
- Marín Castán, F. (2008). Marco jurídico de la seguridad marítima. *Cuadernos de estrategia*, 171-242.

- Martínez Pino, J. (2012). La Comisión Franceschini para la salvaguardia del patrimonio italiano. Riesgo, oportunidad y tradición de una propuesta innovadora. *Patrimonio Cultural y Derecho*, 189-208.
- Martínez Puñal, A. (2011). *Actos Unilaterales, promesa, silencio y nomogénesis en el Derecho Internacional*. Santiago de Compostela: Andavira.
- Martorell Carreño, A. (1994). *Patrimonio Cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Mc Farlane, A., & Mejía de López, A. (1983). Comerciantes y monopolio en la Nueva Granada, el Consulado de Cartagena de Indias. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 43-69.
- Méndez Silva, R., & Gómez Robledo, A. (1983). *Derecho Internacional Público*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2015). *Código Civil, Decreto Legislativo N° 295*. Lima: Biblioteca Nacional de Perú.
- Monroy Cabra, M. (2002). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis S.A.
- Morales Cerón, C. (2016). La Casa de Moneda en el Virreinato del Perú entre los siglos XVI y XVIII; coyunturas y crisis de una institución colonial. En C. Contreras Carranza, *Historia de la moneda en el Perú* (págs. 21-63). Lima: Banco Central de Reserva del Perú - Instituto de Estudios Peruanos.
- Noejovich, H., Salazar-Soler, C., Suárez, M., Glave, L., & Salas, M. (2009). *Compendio de Historia Económica del Perú II: Economía del período colonial temprano*. (C. Contreras, Ed.) Lima: BCRP; IEP.
- Novak Talavera, F. (1994). La teoría de los actos unilaterales del Estado. *Agenda Internacional*, 149-166.
- Novak Talavera, F. (1994). Los tratados y la Constitución Peruana de 1993. *Agenda Internacional*, 71-94.
- Novak Talavera, F. (2001). *Las Relaciones entre el Perú y España (1821-2000)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Novak Talavera, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *Themis*, 71-88.
- Novak Talavera, F. (2013). Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho. *Agenda Internacional*, 109-134.
- Novak, F. (2005). *Derecho internacional público, solución pacífica de controversias* (Vol. III). Lima: PUCP - Fondo Editorial.
- Ome Baron, A. T. (2008). *Constructing the notion of the maritime cultural heritage in the colombian territory: tools for the protection and conservation of fresh and salt aquatic surroundings*. New York: The United Nations-Nippon Foundation Fellowship Programme.

- Ortiz Sotelo, J. (2003). Arqueología Submarina y naufrágios en el Perú. *Revista de Marina*, 48-54.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Peñas Esteban, F. (2018). Clío y Palas Atenea: Apuntes sobre el papel constitutivo de la Historia en la Teoría de Relaciones Internacionales. *Relaciones Internacionales*, 59-93.
- Pérez Turrado, G. (1992). *Armadas Españolas de Indias*. Madrid: Mapfre.
- Pirotte, O. (1973). La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice. *Revue Générale de Droit International Public*, 133-134.
- Presidencia de la República - Colombia. (05 de diciembre de 2015). *Youtube*. Recuperado el 21 de marzo de 2018, de Declaración del Presidente Santos sobre hallazgo del Galeón San José - 5/Dic/2015: <https://www.youtube.com/watch?v=FQhzCF0Qmf0>
- Quiróz Paz Soldán, E. (1991). *Visión Histórica de Arequipa 1540-1990*. Arequipa: UNSA.
- Rahn Phillips, C. (2010). *El tesoro del "San José"*. Madrid: Marcial Pons Historia.
- Ramella, P. A. (1967). Los principios del Derecho internacional público a través de la Carta de la Naciones Unidas. *Revista de Política Internacional*, 65-87.
- Rengifo Lozano, A. (2008). Avances y perspectivas del Derecho para la Restitución de bienes culturales a sus países de origen el Caso del Patrimonio Cultural. *Prolegómenos; Derechos y valores*, 119-140.
- Rey, S. (2012). Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos compatibles? *Derechos Humanos*, 73-100.
- Reyna, I. R. (2010). La chicha y Atahualpa: El encuentro en Cajamarca en la suma y narración de los Incas de Juan Diez de Betanzos. *Perífrasis*, 22-36.
- Rodríguez Aguilar, I. (2010). ¿Especies náufragas: patrimonio cultural y factor de desarrollo económico y social? *Memorias*, 223-244.
- Rodríguez Cedeño, V. (1998). *Primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.
- Rojas Amandi, V. M. (2010). *Derecho Internacional Público*. Ciudad de México: Nostra Ediciones.
- Rubio Ardanaz, J. A. (2009). El concepto de patrimonio marítimo y de cultura: gestión museística e iconos públicos en el País Vasco. *Itsas Memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, 57-82.
- Rubio Correa, M. (2005). La vigencia y validez de normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Themis*, 7-18.
- Ruiz Manteca, R. (2013). *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático*. Madrid: Ministerio de Defensa de España.

- Salmón Gárate, E., & Blanco Vizarreta, C. (2012). El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (págs. 13-52). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Salmón, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sarmiento, L. (2007). Tesoros sumergidos. *Ars Medica Revista de Humanidades*, 185-198.
- Sea Search Armada contra La Nación Colombiana, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Procuraduría General de la Nación, Expediente: 08001-3103-010-1989-09134-01 (Corte suprema de Justicia Sala de Casación Civil 5 de julio de 2007).
- Sea Search Armada v. The Republic of Colombia, Civil Action No. 10-2083 (JEB) (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA 24 de octubre de 2011).
- Serrano Mangas, F. (1991). *Nafragios y rescates en el tráfico indiano durante el siglo XVII*. Lima: Seglusa Editores.
- Sorensen, M. (1973). *Manual de derecho internacional público*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Symonides, J. (2005). Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos. *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, 53-64.
- Terreros Andréu, C. (2014). El expolio de Patrimonio Cultural: problemas de conceptualización jurídica. *e-rph, Revista electrónica de patrimonio histórico*, 1-15.
- Thomas, C. (14 de noviembre de 2013). *LSE Law, Society and Economy Working Papers*. Recuperado el 22 de abril de 2018, de The Concept of Legitimacy and International Law: <http://eprints.lse.ac.uk/51746/>
- Thomas, C. (2013). The Concept of Legitimacy and International Law. *LSE Legal Studies Working Paper Series*, 33.
- Torres Sánchez, R. (1986). La esclavitud en Cartagena en los siglos XVII y XVIII. *Contrastes*, 81-101.
- Truyol Serra, A. (1998). *Historia del derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- Ulloa, A. (1957). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Iberoamericanas.
- Vadi, V. S. (2007). The Challenge of reconciling Underwater Cultural Heritage and Foreign Direct Investment: A case study. *The Italian Yearbook of International Law*, 143-158.
- Valencia Llano, A. (2014). Los orígenes coloniales del Puerto de Buenaventura. *Historia y Memoria*, 221-246.
- Vargas Ugarte, R. (1981). *Historia del Perú*. Lima: Carlos Milla Batres.

Villanueva, E. (1969). España y el reconocimiento de la Independencia del Perú. *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, 623-741.

Virally, M. (1973). Fuentes del Derecho Internacional. En M. Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público* (págs. 149-198). Mexico: Fondo de Cultura Económica.

Yuste, C. (1987). Francisco Ignacio de Yraeta y el Comercio Transpacífico. *Estudios de Historia Novohispana*, 189-217.

Yusty Basterreche, J. (1997). Gobierno y Armada española en la monarquía absoluta. Aproximación histórica a la organización de la Armada española. *Cátedra Jorge Juan : ciclo de conferencias : Ferrol, curso 1995-1996* , 87-114.

Zamora Manzano, J. L. (2001). El salvamento y la asistencia marítima en el derecho romano. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 373-404.

Zapata S.J., G. (2006). La Condición Política en Hannah Arendt. *Papel Político*, 505-524.

Anexos

Anexo A - Solicitud de Información dirigida a la Marina de Guerra del Perú.

Lima, 01 de marzo de 2018

Solicito: Información por Ley de Transparencia

Sr.
Gonzalo Nicolás Ríos Polastrí
Comandante General de la Marina de Guerra del Perú (COHGUENAR)

Presente.-

Es grato dirigirme a usted y saludarlo cordialmente.

El motivo de la presente es para solicitar información en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información pública, Ley nro. 27806.

Yo, Julián Bruce Zavala Calloapaza, identificado con DNI nro. 45836016, y en la condición de ciudadano peruano solicito se me precise si la Marina de Guerra del Perú cuenta con procedimiento o reglamentación sobre el tratamiento de restos de embarcaciones sumergidos en alta mar o bienes subacuáticos cuyas acciones comprendan extracción, custodia, traslado, o alguna acción a fin a su protección.

De contar con la documentación solicitada pide se otorgue copia fedateada de esta a costo del solicitante. Con el fin de ser notificado con vuestra respuesta fijo como correo electrónico: julian.zav@gmail.com.

Agradezco de antemano el tiempo y la atención prestada.

Atentamente,


Julián Bruce Zavala Calloapaza
DNI: 45836016

MARINA DE GUERRA DEL PERU
ESTACION NAVAL DE LA COMANDANCIA
GENERAL DE LA MARINA-LA PERLA
OFICINA POSTAL IOP-11
01 MAR 2018
RECIBIDO
AREA LIMA-CALLAO
402 12-25 Fmrc: [initials]

Tao. Manuel C
6101522-18
05 MAR.

Anexo B - Respuesta de la Marina de Guerra del Perú, autorización de ingreso al Archivo Histórico de la Marina.



PERÚ

Ministerio
de Defensa

Marina de Guerra
del Perú

Secretaría de la Comandancia
General de la Marina

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"

La Perla, **03 ABR. 2018**

V.200- **1780**

Señor
Julián Bruce ZAVALA Calloapaza
Correo electrónico: julian.zav@gmail.com
Lima.-

Por especial encargo del señor Almirante, Comandante General de la Marina, tengo el agrado de dirigirme a Ud. para expresarle mi cordial saludo y a la vez, referirme a su carta de fecha 01 de marzo del 2018, mediante la cual solicita la búsqueda de Información, a fin de efectuar una investigación de carácter académico.

Al respecto, hago de su conocimiento, que la Dirección de Intereses Marítimos tiene a cargo el Archivo Histórico de la Marina, donde se conservan algunos documentos relacionados con su petición; como la colección Fernández de Navarrete y la Expedición Malaspina, motivo por el cual se le hace extensiva la invitación al citado Archivo Histórico, ubicado en la Av. La Marina Cdra N° 36 La Perla - Callao; asimismo, para las coordinaciones del caso podrá contactarse con los números telefónicos 207-8900 y 514-2930 anexo 238B.

Hago propicia la ocasión para manifestarle los sentimientos de mi más distinguida consideración y deferente estima.

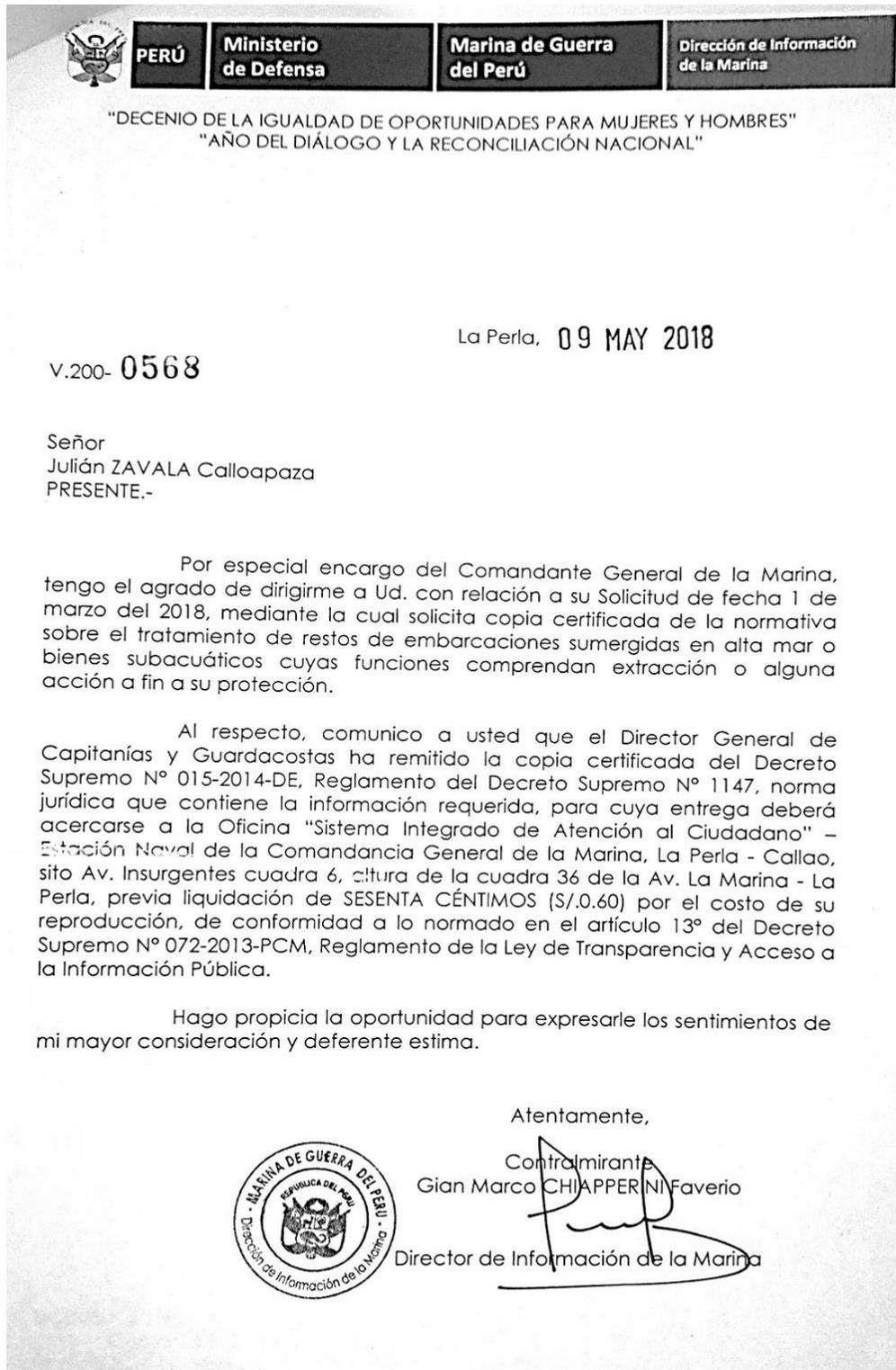


Atentamente,

Contralmirante
Augusto BOHÓRQUEZ Villalta

Secretario del Comandante General de la Marina

Anexo C - Respuesta de la Marina de Guerra del Perú, a la solicitud de información (Ver Anexo A).



Anexo D - Solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, acceso al fondo documental del Archivo Central del referido ministerio de Estado.



FORMULARIO DE SOLICITUD DE ACCESO AL ARCHIVO CENTRAL

SOLICITO:
Acceso al fondo documental del Archivo Central del Ministerio de Relaciones Exteriores
Señor(a): Jefe(a) de la Oficina de Gestión Documental y Archivo

| | |
|---|--|
| I. DATOS DE REGISTRO (uso interno) | |
| N° de solicitud | |

| | |
|--|--------------------|
| II. DATOS DEL SOLICITANTE | |
| Apellidos y nombres | |
| ZAVALA CALLOAPAZA JULIAN BRUCE | |
| Nacionalidad | N° DNI / Pasaporte |
| PERUANA | 45836016 |
| Domicilio nacional y extranjero | |
| AV. SANTA ROSA, CONDOMINIO VILLANOVA 2, DPTO. 502, BELLAVISTA-CALLAO | |
| Correo electrónico | Teléfono |
| julian.zav@gmail.com | 958919816 |
| Institución a la que pertenece y/o acredita | |
| UNIVERSIDAD LA SALLE | |

| | |
|---|-----------|
| III. TEMA DE INVESTIGACIÓN | |
| LEGITIMIDAD DEL ESTADO PERUANO EN EL RECLAMO SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL | |
| SUBACUÁTICO DEL GALEÓN SAN JOSÉ | |
| Periodo histórico que abarca | 1975-1985 |

Lima, 01 de marzo de 2018

Firma

Nota: la presente solicitud deberá ir acompañada de una carta de la institución que acredita la investigación, dirigida al Jefe(a) de la Oficina de Gestión Documental y Archivo.

Anexo E - Carta de presentación emitida por la Universidad La Salle, dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores.



Carta N° 011-2018-R-ULASALLE

Arequipa, 26 de febrero de 2018

Sr.(a)
Jefe(a) de la Oficina de Gestión Documental y Archivo
Ministerio de Relaciones Exteriores
Lima

Asunto: Carta de Presentación

De mi mayor consideración:

Por medio del presente documento me permito presentar a Julián Bruce Zavala Calloapaza identificado con Documento Nacional de Identidad 45836016, egresado de la Carrera Profesional de Derecho de La Universidad La Salle quien se encuentra investigando sobre el tema: *"Legitimidad del Estado Peruano en el reclamo sobre el patrimonio cultural subacuático del galeón San José"*.

Es por esto que solicito amablemente se le brinde el acceso a los fondos documentales, bibliográficos y/o hemerográficos que su institución custodia.

Con el ánimo de apoyar y respaldar el avance de dicho proyecto de tesis, asumo las responsabilidades que corresponden y garantizo el uso correcto que el Señor Zavala hará de dichos servicios cumpliendo con las normas establecidas.

Sin otro en particular me despido de usted muy atentamente quedando a su disposición.

Cordialmente,



Dr. Iván Montes Iturrizaga
Rector
UNIVERSIDAD LA SALLE
imontes@ulasalle.edu.pe

Av. Alfonso Ugarte 517
Arequipa - Perú
Teléfono (51) (54) 606500
www.ulasalle.edu.pe
info@ulasalle.edu.pe

Anexo F - Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, autorización de acceso al fondo documental



Julian Zavala <julian.zav@gmail.com>

Solicitud de acceso a documentos archivo central de MRE

1 mensaje

Maité Sandra Ibarra Castro <mibarra@mree.gob.pe>
Para: julian.zav@gmail.com

7 de marzo de 2018, 11:45

Estimado Sr. Zavala, le escribo en relación a la solicitud por usted presentada el pasado 1° de marzo para comunicarle que ha sido aceptada, por tanto puede usted acercarse a partir de la fecha.
El horario de atención es de lunes a viernes en horario de 9:00 am. a 4:30 pm, horario corrido.
Atentamente,



Ministerio de Relaciones Exteriores

Maité Sandra Ibarra Castro
Oficina de Gestión Documental y Archivo | OOI
Jirón Lampa 545, Cercado de Lima, Perú
Teléfono: (511) 2042606
www.mree.gob.pe

El contenido de este mensaje en su totalidad (texto y adjuntos) se dirige exclusivamente a su destinatario. Puede contener información privilegiada o confidencial y es para uso exclusivo de la persona/entidad de destino. El Ministerio de Relaciones Exteriores informa que este mensaje contiene información confidencial, cuyo uso, copia, reproducción o distribución está prohibida en virtud de la legislación vigente. Si ha recibido este mensaje por error, le solicitamos comunique al remitente y proceda a su eliminación.

Imprima este mensaje y/o sus adjuntos solamente si es necesario hacerlo. Reduzcamos el consumo innecesario de papel. Cuidar el medio ambiente es responsabilidad de todos

Anexo G - Solicitud de información dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.



Julian Zavala <julian.zav@gmail.com>

Se acaba de enviar su Solicitud

1 mensaje

tai@ree.gob.pe <tai@ree.gob.pe>
Responder a: tai@ree.gob.pe
Para: julian.zav@gmail.com

7 de marzo de 2018, 11:58

Estimado Sr./Sra./Srta. ZAVALA CALLOPAZA JULIAN BRUCE

Su solicitud fue registrada con el siguiente código: TAI-000099-2018. Tener en cuenta este código para futuras consultas al respecto del estado del documento.

Atentamente.

Oficina de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Anexo H - Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores, a la solicitud de la Información (Anexo G).



"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"

Lima 03 de abril del 2018

OF. RE (TAI) N° 0-2- B / 139

Respuesta a Solicitud de acceso a la información pública de Julian Bruce Zavala en SAIP N° 099

Señor
Julian Bruce Zavala
Lima.-

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación a su pedido de acceso a la información pública SAIP 099 del 26 de marzo del presente año, al amparo a la Ley 27806.

Al respecto, la Dirección General para Asuntos Culturales de esta Cancillería, ha enviado la siguiente información:

"Con relación a la solicitud formulada por el señor Julián Bruce Zavala Calloapaza, respecto a obtener información sobre el Galeón San José, hundido en aguas colombianas y si el Estado Colombiano realizó consulta al Estado Peruano sobre el particular entre los años 2012 y la actualidad, esta Dirección General informa que no cuenta en sus archivos con documentación relativa a este tema por lo que no podría atender el pedido en cuestión."

Adicionalmente se señala que los temas relativos a los procesos que el Estado Peruano lleve a cabo para la repatriación de naves y el reclamo de cargamentos de navíos hundidos, tienen un carácter reservado."

Dios guarde a usted,



Victor Francisco Mantara Bahamonde
Ministro Consejero
Jefe de la Oficina de Transparencia y
Acceso a la Información

VFMBUcPm

Anexo I - Carta de presentación emitida por la Universidad La Salle, dirigida a la Biblioteca Nacional del Perú.



Carta N° 009-2018-R-ULASALLE

Arequipa, 12 de febrero de 2018

Juan Antonio Silva Sologuren
Jefe Institucional
Biblioteca Nacional del Perú
Lima

Asunto: Carta de Presentación

De mi mayor consideración:

Por medio del presente documento me permito presentar a Julián Bruce Zavala Calloapaza identificado con Documento Nacional de Identidad 45836016, egresado de la Carrera Profesional de Derecho de La Universidad La Salle quien se encuentra investigando sobre el tema: *"Legitimidad del Estado Peruano en el reclamo sobre el patrimonio cultural subacuático del galeón San José"*.

Es por esto que solicito amablemente se le brinde el acceso a los fondos documentales, bibliográficos y/o hemerográficos que su institución custodia.

Con el ánimo de apoyar y respaldar el avance de dicho proyecto de tesis, asumo las responsabilidades que corresponden y garantizo el uso correcto que el Señor Zavala hará de dichos servicios cumpliendo con las normas establecidas.

Sin otro en particular me despido de usted muy atentamente quedando a su disposición.

Muy atentamente,


Dr. Iván Montes Iturrizaga
Rector
UNIVERSIDAD LA SALLE
imontes@ulasalle.edu.pe



Av. Alfonso Ugarte 517
Arequipa - Perú
Teléfono (51) (54) 606500
www.ulasalle.edu.pe
info@ulasalle.edu.pe

Anexo J - Solicitud de información dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.



Julian Zavala <julian.zav@gmail.com>

Solicitud de transparencia

1 mensaje

Julian Zavala <julian.zav@gmail.com>
Para: contactenos@cancilleria.gov.co

3 de mayo de 2018, 18:24

Lima, 01 de mayo de 2018

Solicitó: Información en el marco de Ley Nro. 1712 Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública

Sr(a).
Encargado de Transparencia
Ministerio de Relaciones Exteriores

Presente.-

Es grato dirigirme a usted y saludarlo cordialmente.

El motivo de la presente es para solicitar información en el marco de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública, Ley nro. 1712 de marzo de 2014.

Mi nombre es Julián Bruce Zavala Calloapaza, identificado con Documento Nacional de Identidad nro. 45836016, con nacionalidad peruana; egresado de la Universidad La Salle, Arequipa - Perú. Por motivo del desarrollo de mi tesis, solicito a la Cancillería del Estado Colombiano se me pueda precisar si en el marco del supuesto hallazgo del galeón San José, hundido en el combate de Barú, anunciado por el Sr. Presidente de la República de Colombia, en 2015, se realizó consulta al Estado Peruano, **al respecto; entre los años 1975 al 1985 y, de igual forma, entre 2012 a la actualidad. De ser afirmativa la respuesta, se agradecería pudiera remitir copia de la comunicación remitida.**

La naturaleza de la solicitud tiene fines académicos, cabe precisar el desarrollo de tesis de investigación jurídica. En este sentido y en razón del ejercicio del principio de transparencia, buena fe y de no discriminación, se reitera el pedido.

Con el fin de ser notificado con vuestra respuesta fijo como dirección electrónica: julian.zav@gmail.com.

Agradezco de antemano el tiempo y la atención prestada.

Atentamente,

Julián Bruce Zavala Calloapaza
DNI 45836016

Adjunto:

A fin de acreditar la razón de la información adjunto carta de presentación emitida por la Universidad La Salle dirigida al Archivo General de la Nación del Estado Peruano.

-

Anexo K - Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, a la solicitud de información (*Anexo J*).



Julian Zavala <julian.zav@gmail.com>

PQRSDF - Expediente N° 2018/1001755

1 mensaje

contactenos@cancilleria.gov.co <contactenos@cancilleria.gov.co>

25 de mayo de 2018, 17:12

Para: julian.zav@gmail.com

Cc: quejasyreclamos@cancilleria.gov.co

Señor:

Julián Bruce Zavala Calloapaza

Respetado Señor:

Reciba un cordial saludo del Centro Integral de Atención al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores - CIAC.

En cumplimiento al procedimiento estipulado en el parágrafo del artículo 14 la ley 1755 de 2015, le informamos que su caso es motivo de consulta interna con diferentes áreas, por lo cual solicitamos una prórroga de los términos señalados por la ley. Así mismo le indicamos que su respuesta será enviada a más tardar el 19 de junio de 2018

Estamos trabajando para que la respuesta se otorgue lo más pronto posible.

Agradecemos su comunicación. Las solicitudes que usted desee interponer ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, deberán hacerse exclusivamente a través del formulario único de registro de solicitudes que podrá encontrar en el siguiente enlace: <http://pqrs.cancilleria.gov.co/SolicitudPQRSF.aspx>

Atentamente,

Grupo Interno de Trabajo Centro Integral de Atención al Ciudadano

Ministerio de Relaciones Exteriores

Bogotá D.C., Colombia

2 archivos adjuntos

 Comunicacion_Electronica_S-GCIAC-18-020296_20180525_051230.pdf
468K

 noname
16K



Julian Zavala <julian.zav@gmail.com>

PQRSDF - Expediente N° 2018/1001755

1 mensaje

contactenos@cancilleria.gov.co <contactenos@cancilleria.gov.co>

18 de junio de 2018, 12:56

Para: julian.zav@gmail.com

Cc: quejasyreclamos@cancilleria.gov.co

Señor:

Julián Bruce Zavala Calloapaza

Respetado Señor:

Reciba un cordial saludo del Centro Integral de Atención al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores - CIAC.

De acuerdo a su solicitud radicada el 3 de mayo del pasado, y cuya respuesta fue prorrogada hasta el próximo 19 de junio, de manera atenta se informa que una vez consultados los archivos de este Ministerio, no se encontró documento alguno relacionado con una supuesta consulta al Estado peruano en el marco de hallazgo del Galeón San José.

Por su parte, y en atención a que este asunto está en cabeza del Ministerio de Cultura, se solicitó a esa entidad verificar en sus archivos, entidad que confirmó que no se halló ningún documento relacionado con el tema objeto de su consulta.

Por favor no responda este correo, es parte de un sistema de información Automático.

Las solicitudes que usted desee interponer ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, deberán hacerse exclusivamente a través del formulario único de registro de solicitudes que podrá encontrar en el siguiente enlace: <http://pqrs.cancilleria.gov.co/>

Recuerde que esta nueva herramienta la hemos implementado para mejorar cada vez más nuestro servicio

Atentamente,

Grupo Interno de Trabajo Centro Integral de Atención al Ciudadano

Ministerio de Relaciones Exteriores

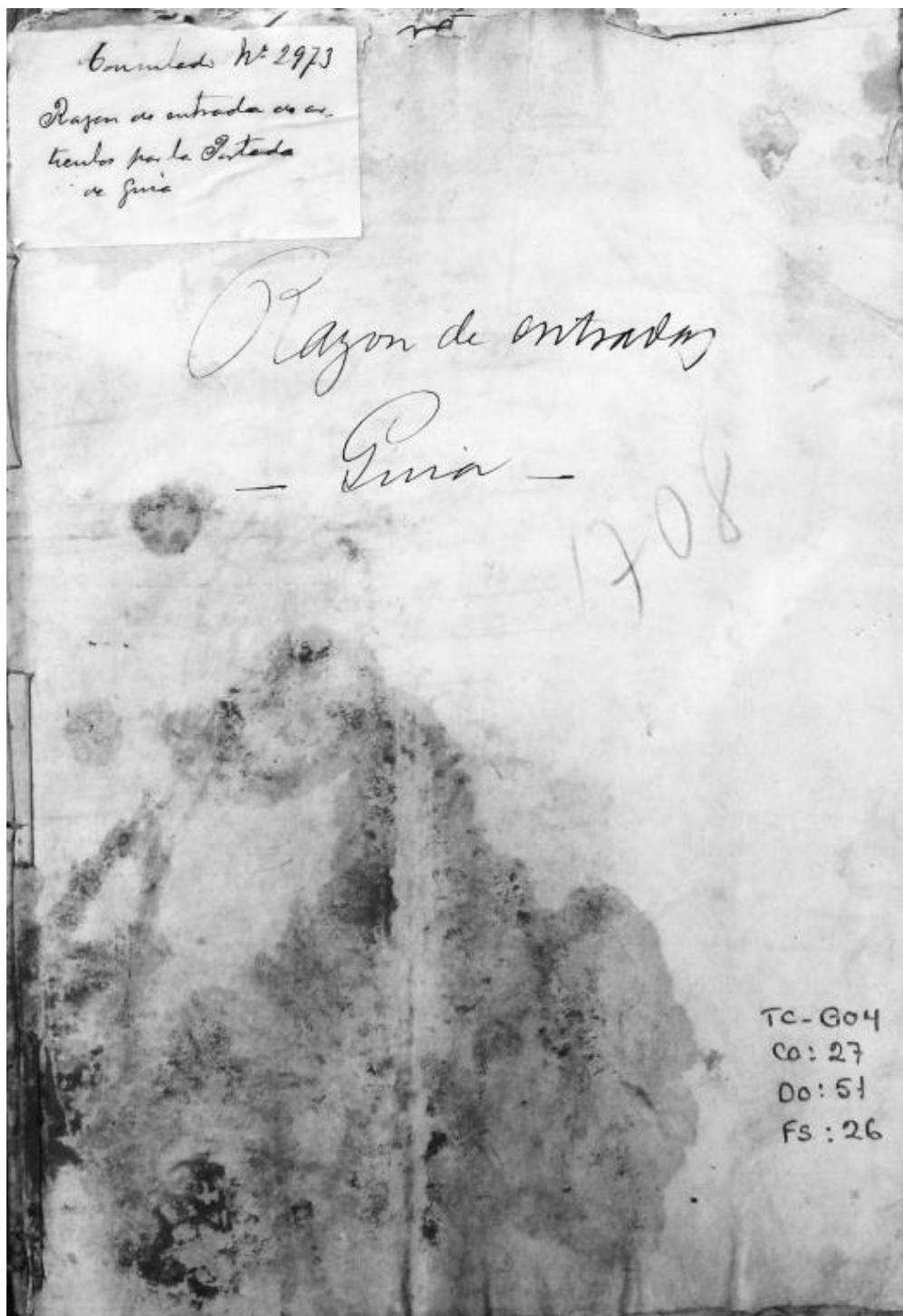
Bogotá D.C., Colombia

2 archivos adjuntos

 Comunicacion_Electronica_S-GCIAC-18-027844_20180618_125605.pdf
468K

 noname
16K

Anexo L - Declaración del ingreso de mercancías a Lima, provenientes de España, Colombia y puertos del Océano Atlántico, (1706 a 1708).



Razón de las Entradas de El Camp de Juncos de 11 de 1706. 1

4 Viz Antt Velaz en 12
 12 - Carj de Nopa de latt

4 Pedro del Jn en 13
 66 - Carj de Azucar
 2 - Zuri tau bracan
 1 - Muleque

4 Jo de Viechi Toncala en 13
 15 - Zuri tau bracan
 2 - fai de lona - 2
 1 - fai de grez de amulony

8. de Jota Martin de la puente en 14
 1 - fai de Nopadca hica
 1 - negro bozal
 1 - Muleque

3 de Jota Jo Joseph Carranga en 14
 2 - fai de Nopadca hica
 1 - Muleque

2 de Jota Jo Lopez en 14
 1 - fai de Nopadca hica
 1 - Caso afori
 1 - negro

4 de Jota Juan Vaca en 14
 3 - Petaca de Nopadca hica
 1 - negro

Anexo M - Registro de ida del galeón "Señor San José", capitana de la Armada de Tierra Firme, su maestre, Luis Vélez de Guevara, que salió con la Flota de José Fernández de Santillán, conde de Casa Alegre, para Tierra Firme, Archivos Estatales (España).

Capitana
Capp; 1706
At. firme
peyda
46.
Maestre Belén
D. Luis Vélez de Guevara
El Galeón nom. S. San Joseph
Capitana de la Armada de Tierra Firme al cargo
del Sr. Gen. Conde de Casa Alegre

CONTRATACION, 1265. N.º 9

AE
ARCHIVO

Anexo O - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, las 200 millas como tema marítimo relevante entre Colombia y Ecuador (*Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú*).

" AÑO DE LA MUJER PERUANA "

EMBAJADA DEL PERU

Of. 5-8-A/263 (EMAR) (D) Bogotá, 15 de agosto de 1975.
 Colombia y el tema del Mar

Señor Ministro de Estado en el Despacho de Relaciones Exteriores Lima.

Señor Ministro:

Dentro del temario de las conversaciones que sostendrán en Quito los Presidentes de este país y el del Ecuador, en la visita que realizará el primero la próxima semana, figura con carácter de prioritario el tema marítimo.

El convenio que sobre delimitación de áreas marítimas firmarán ambos mandatarios habría sido ya negociado y concluido de antemano a estar a las declaraciones que en tal sentido ha formulado el propio Presidente López, y aunque no ha sido dado a la publicidad, de las manifestaciones citadas se infiere que Colombia aplicará la tesis de las 200 millas de mar patrimonial al mar que baña sus costas en el Pacífico.

El mandatario colombiano ha dicho al respecto que ello "responde a un viejo anhelo de las repúblicas hermanas del sur, que de tiempo atrás, han abogado por la extensión de sus mares a las 200 millas."

Por su parte el Ministro de Relaciones Exteriores, Indalecio Liévano, al referirse a los resultados de la última Conferencia de Derechos del Mar, afirmó que los problemas en torno a él serán los del futuro del país, y que en los próximos años Colombia tendrá que delimitar sus áreas marinas y submarinas por lo menos con 16 Estados.

Al respecto anunció que en la Cancillería se está elaborando la redacción de una propuesta colombiana sobre Bahías que sería presentada a la Conferencia sobre Derecho del Mar que se llevará a cabo el año entrante en Nueva York.

Con el presente oficio remito a ese superior Despacho algunos recortes de prensa sobre el particular para el análisis pertinente.

Dios guarde a usted,
S.M.
Luis Barrios Llona
Embajador del Perú

AM/

Ch
 Ministerio de Relaciones Exteriores
 Secretaría General
 MESA DE PARTES
 Recibido 20 AGO. 1975
 REGISTRO
 Recibido
 Clasificación
 COORDINACION Y DESPACHO
 Recibido
 Clasificación
 Trámite y cargo de SS. Política Exterior
 Copias para información
 1
 2
 3
 Observaciones

Anexo P - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, se establece comisión colombiana de Oceanografía (*Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú*).

EMBAJADA DEL PERU

Bogotá, 6 de octubre de 1982.-

"RE" No 5-8-A/256.- (MER).-
Presidente Betancur instala
Comisión Oceanográfica.-

Señor Ministro de Estado en el
Despacho de Relaciones Exteriores.-
Lima.-

Señor Ministro:

El Presidente de la República, doctor Belisario Betancur Cuartas, instaló el 4 de los corrientes, en el Palacio de Nariño, sede del Gobierno, la Comisión Colombiana de Oceanografía.

En escueta información, la prensa local destaca que al acto concurrieron altos oficiales de la Armada colombiana, encabezados por el Comandante General de la Armada, Vicealmirante Héctor Calderón Salazar.

Entre las funciones de dicha comisión, están:

- Estudiar y proponer planes y programas para el fomento y desarrollo de los estudios oceanográficos en las áreas marítimas jurisdiccionales de Colombia, incluyendo proyectos concretos de investigación científica y técnica en ese campo;
- Coordinar y orientar los estudios e investigaciones marinas que realicen o deban realizar los distintos organismos de los sectores público y privado, nacionales y extranjeros;
- Servir de organismo asesor y consultivo del Gobierno en materia oceanográfica y sus diferentes disciplinas.

El Presidente de dicha comisión es el Capitán de Corbeta A.R.C Rafael Steer Ruiz y su Vice-Presidente es el doctor Mauricio Obregón.

Acompaño los recortes periodísticos que dan cuenta del acto, materia del presente oficio, considerando que puede ser de interés, tanto para la Dirección de Soberanía Marítima de nuestra Cancillería, como para el Instituto del Mar del Perú (IMARPE).

Dios guarde a Usted,
S. M.

Juan José Calle y Calle
JUAN JOSE CALLE Y CALLE
EMBAJADOR

GPCH.-
Anexos.-

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Oficina de Trámite Documentario
REGISTRO
Recibido
Clasificación
Tramitación a cargo de
SOBERANIA MAR.
14 OCT. 1982
Copias para información
1 *J. S. CALLE Y CALLE*
2
3
Observaciones: *JTC*

Anexo Q - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, publicación de la Ley 10 de 1978 o "Ley del Mar", a fin a la teoría de las 200 millas. (Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú).

EMBAJADA DEL PERU

Bogotá, 15 de junio de 1984

"RE" N° 5-8-A/298(SMAR)(POL)

Gov. col. reglamentó Ley 10
de 1978 sobre fronteras marí
timas.-----

Señor Ministro de Estado en el
Despacho de Relaciones Exteriores
Lima.

Señor Ministro:

El Gobierno colombiano, mediante Decreto 1436 de fecha 13 del mes en curso, ha reglamentado parcialmente el artículo 9° de la Ley 10 de 1978, conocida como la "Ley Mar", en la que se expresa que el país debe "proceder a señalar en su territorio continental, en el archipiélago de San Andrés y Providencia y demás regiones insulares las Líneas de Base (recta o normal) para la medición de su mar territorial y su zona económica exclusiva (ZEE)" El Decreto recientemente firmado a la vez de que da mayor claridad a las áreas marítimas jurisdiccionales colombianas, y establecer el sistema de líneas de base rectas en los litorales del país, ha determinado que las aguas interiores de éste, se incrementen en aproximadamente un 80%.

2. Sobre este particular el Almirante Gustavo Angel Mejía señala que se ha modificado sustancialmente la Costa Jurídica, sobre la cual el Estado podrá ejercer "una soberanía absoluta sobre la superficie del mar, el espacio aéreo, las aguas, el lecho y el subsuelo" acotando que la medida ofrece cuatro ventajas primordiales:

a) se llena un importante vacío en la legislación marítima colombiana, al clarificar las áreas marítimas jurisdiccionales;

b) Colombia ejercerá una soberanía absoluta sobre las áreas de mayor potencial pesquero, las cuales quedarán dentro de "límites del Mar territorial";

///..

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Oficina de Trámite Documentario
REGISTRO
Recibido
Clasificación
Tramitación a cargo de
SOB.
20 JUN 1984
Copias Col. 877.
Observaciones: Jm

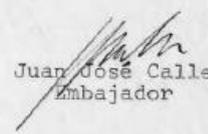
c) extensas áreas comprendidas en la actual Zona Económica Exclusiva, pasarán al régimen de mar territorial, lo cual facilitará la misión de patrullaje de la Armada colombiana;

d) al ampliar el límite exterior de las aguas interiores, su área actual se aumentará "ostensiblemente". El Almirante Angel aclaró que estas líneas no modifican en nada, ni alteran, los Tratados internacionales limítrofes que el país ha suscrito con otros Estados para delimitar la zona económica exclusiva, y que el objetivo del Decreto es cambiar el "status" de una áreas de la zona en cuestión, que pasarán a convertirse en "mar territorial colombiano".

3.- Es prematuro aún conocer la reacción de los medios de comunicación, y tratadistas sobre el particular, sin embargo se espera que ésta sea favorable a la medida acordada.

4.- Acompaño el texto del Decreto 1436, para los fines a que diere lugar.

Dios guarde a usted.
S. M.


Juan José Calle
Embajador

anexo: 1.
APC/mjr.

Anexo R - Comunicación de la Embajada de Perú en Bogotá-Colombia, Colombia establece su mar territorial y zona económica exclusiva (*Fondo Documental del Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú*).

EMBAJADA DEL PERU

Bogotá, 6 de Agosto de 1984

"RE" N° 5-8-A/ 381 (MAR)

Rem. texto "Ley Mar" col.
y decreto fija líneas de
base medición anchura Mar
territorial y Zona Econom.
Exclusiva.-----

Señor Ministro de Estado en el
Despacho de Relaciones Exteriores
Lima.

Señor Ministro:

En respuesta a su atento oficio N°
5-8-A/77 de 10 de julio pasado, me es grato diri-
girme a ese Despacho a fin de remitirle junto con
el presente oficio el texto de la Ley 10 del 4 de
agosto de 1978 por medio de la cual el Gobierno
colombiano dictó normas mediante las cuales se se-
ñaló que el mar territorial colombiano tenía una
anchura de 12 millas y se declara una Zona Econó-
mica Exclusiva de 200 millas náuticas.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Oficina de Trámite Documental
REGISTRO
Recibido
Clasificación
Tramitación a cargo de /
SOBELCADIA
15 AGO. 1984

2. En el mismo folleto editado por el
Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano, que
lleva por título "Nueva Legislación Colombiana so-
bre Asuntos del Mar", que contiene la Ley 10 de 1978,
se publican los decretos números 1874, 1875, 1876 y
1877 de 2 de agosto de 1979, con los cuales se esta-
blecen normas para la prevención de la contaminación
del medio marino y se adoptan medidas en materia de
recursos naturales marinos.

3. Como se informó a ese Despacho con
nuestro oficio 5-8-A/298 de 15 de Junio último,
con fecha 13 de ese mes el Gobierno colombiano dictó
el Decreto número 1436, que reglamenta parcialmente
el artículo noveno de la Ley 10 de 1978. En dicho
decreto, cuyo texto fuera enviado en esa ocasión, se
establecen las líneas de base recta a partir de las
cuales se mide la anchura del Mar Territorial y la Zo-
na Económica Exclusiva.

Dios guarde a usted.

Juan José Calle
Embajador

JGK/mjr.

Copias para información
1 _____
2 _____
3 _____
Observaciones: *da*

Anexo S - Línea de tiempo, señala las fechas y los eventos con relevancia respecto del caso materia de estudio.

| Año | Fecha | Hecho | Descripción |
|------|--------|---|--|
| 1493 | | Emisión de las Bulas alejandrinas | El Papa Alejandro VI otorga el derecho a conquistar América y la obligación de evangelizarla, a petición de los Reyes Católicos de España. |
| 1532 | 26-Nov | Llegada al Perú Captura de Atahualpa | Llegada de fuerzas militares españolas al Perú. Atahualpa era gobernante de los incas. |
| 1542 | 20-Nov | Emisión de Cédula de Barcelona | Cambio de la organización administrativa y conformación de los virreinos. |
| 1696 | | Construcción del galeón "San José" | Inicio de la construcción de la embarcación. |
| 1699 | | Finalización de Construcción | Entrega del galeón "San José". |
| 1700 | | Guerra de Sucesión española | Inicio del conflicto de la Guerra de Sucesión española. |
| 1706 | 10-Mar | Partida de del puerto de Cádiz | El galeón "San José" forma parte de la Armada de la Carrera de Indias. |
| 1708 | 8-Jun | Salida de Panamá Combate de Barú | La Armada de Carrera de Indias sale de Portobelo con dirección a Cartagena de Indias. Tras la salida del puerto de Cartagena de Indias, se inicia un ataque de parte de naves inglesas. Hundimiento del "San José". |
| 1713 | | Fin de la Guerra de Sucesión española | |
| 1717 | | Creación del Virreinato de Nueva Granada | El gobierno borbónico realizo reformas administrativas, agrupando los territorios de Colombia y Venezuela. |
| 1821 | 28-Jul | Independencia del Perú | Se instaura un nuevo Estado. |
| 1824 | 9-Dic | Capitulación de Ayacucho | Se confirma la conformación de un nuevo Estado. |
| 1865 | 23-Ene | Tratado Vivanco-Pareja | Firma del Tratado entre Perú y España. |
| 1989 | 23-Ene | Hallazgo del "San José" | Glocca Mora Co. reclama el hallazgo del navío. |
| 2007 | 5-Jul | Sentencia de la Corte Suprema de Colombia | Se confirma la sentencia y se reconoce derechos de propiedad sobre los bienes que comprenda el hallazgo. |
| 2013 | 8-Abr | Sentencia de apelación | La Corte de Apelaciones de Washington confirma la sentencia de primera instancia a favor del Estado de Colombia. |
| 2015 | 4-Dic | Hallazgo del "San José" | Juan Manuel Santos, presidente de Colombia, declara el hallazgo del navío. |

