Análisis de la victoria legal española sobre Odyssey Marine Exploration (OME).

El estatus jurídico de los pecios históricos: el caso de la Fragata "Nuestra Señora de las Mercedes" (2007–2012).



Licenciado en Derecho
HÉCTOR LÓPEZ ARÉSTEGUI

El sociólogo y polígrafo francés Gustave Le Bon (1841–1931), precursor de la moderna teoría de la influencia de los medios de comunicación masiva, escribió en su libro titulado *Ayer y Hoy* (1917): *"No se hace el derecho, él se hace. Esta breve formula contiene su historia"*. Esta sentencia me ha guiado en mi singladura en el estudio del tema del estatus jurídico de los pecios históricos, el cual inicié interesándome en el caso de la fragata española "Nuestra Señora de las Mercedes" –sostenido en los Estados Unidos durante un lustro (2007–2012)–, y culminó con la victoria legal de la Corona hispana y la repatriación de la carga del pecio el 24 de febrero del año 2012.[1] El seguimiento de este litigio me hizo ver que el número de interrogantes y vínculos interdisciplinarios (el Derecho Marítimo, el Derecho Internacional Público, la Historia Marítima y Naval, la política naval de los Estados, etc.) en el tema, iban más allá de la cuestión primera que planteaba en el año 2008, en un artículo publicado



Recuperación del cargamento de la Fragata Nuestra Señora de las Mercedes.

en esta misma *Revista*[2]: la pertenencia del entonces llamado tesoro de "La Mercedes". Cinco años después de haberle presentado, amigo lector, la problemática de los pecios históricos, creo encontrarme en capacidad de exponerle mis conclusiones finales sobre el valor histórico, legal y político de estas naves, que como la fragata "Mercedes" necesitan ser defendidos como lo que realmente son, Patrimonio Cultural de la Humanidad.

Una derrota bicentenaria

El naufragio de la fragata "Mercedes" tuvo como contexto histórico la cima de la hegemonía napoleónica en Europa. España se encontraba sometida a la presión francesa y al acoso naval británico. Corría el año 1803 y las arcas reales hispanas apenas habían recibido ingresos fiscales de América desde el 14 de febrero de 1797 (combate del Cabo de San Vicente), a tal punto que ni la alianza de la Real Armada española y la Marina francesa compensaba la pérdida de unidades sufrida por ambos países. Entretanto, en el Callao, un convoy de la Real Armada española se preparaba a zarpar rumbo a Cádiz, con escala en Montevideo. Su misión era escoltar un grupo de fragatas mercantiles y transportar fondos fiscales americanos para las exhaustas arcas reales. El 31 de marzo de 1804 zarpaba del Callao la flotilla con su carga de 253.606 pesos de la Corona y 691.205 pesos de fondos privados[3] y diverso tipo de mercancía, como consta en los legajos Lima 648, Lima 1440 y Lima 1535, del Archivo General de Indias. Cuatro meses después, el escuadrón tocaba tierra en Montevideo y, tras una breve estancia para embarcar pasajeros y carga, prosiguió su travesía.

A fines de setiembre la costa española estaba a la vista. Pocos días después la singladura fue interrumpida por cuatro fragatas británicas. Eran las siete de la mañana del 05 de octubre de 1804. Un comisionado británico, por orden de su jefe, Comodoro Graham Moore, conminó a los oficiales españoles a rendirse y dejar conducir sus naves a puertos ingleses. La valiente negativa hispana fue el motivo de uno de los combates más memorables de la historia naval española en el que –citando las palabras del Capitán de Navío y escritor español Cesáreo Fernández Duro (1830–1908)–, se manifestaron *"...la abnegación, el sufrimiento, el valor sereno, más aún que el respeto, el afecto a los jefes, oficiales y compañeros, el desinterés y sobre todo el profundo sentimiento religioso [...], he aquí las condiciones demostradas por nuestra gente de mar".*[4] En aquella trágica hora no hubo mejor ejemplo de esas virtudes que el dado por don Diego de Alvear y Ponce de León (1749–1830), Brigadier General de la Real Armada española, quien fue testigo del hundimiento de la fragata "Nuestra Señora de las Mercedes", y con ella la pérdida de su familia –con excepción de un hijo que le acompañaba a bordo de "La Medea"– y toda la fortuna que había forjado durante su larga y destacada carrera en el Río de la Plata.

Tras el rastro de la fragata "Mercedes"

La búsqueda del pecio de "La Mercedes" involucró a muchas expediciones, las cuales enfilaban proa hacia las coordenadas referidas por el Capitán de "La Fama" –una de las fragatas integrantes del convoy–, Miguel Zapiain y Valladares, que constituyen el límite marítimo entre España y Portugal, sin lograr recuperar los bienes que transportaba "La Mercedes". Cuando la compañía de salvamento marítimo estadounidense Odyssey Marine Exploration (OME) anunció en su página web[5] el hallazgo del pecio, que llamó "Cisne Negro" (18 de mayo de 2007), la prensa británica reportó: *"una fortuna más allá de la imaginación de cualquier pirata del Caribe ha sido hallada en las infames y traicioneras aguas de las islas Sorlingas (Scilly Isles): 17 toneladas de monedas de oro y plata –500.000 en total– de uno los pecios lucrativos jamás encontrados".*[6] La noticia del descubrimiento no fue bienvenida en España. Por el contrario, inmediatamente dio pie a sospechas. La OME había obtenido dos meses antes el permiso conjunto del Reino Unido y del Estado español para buscar los restos del HMS "Sussex", un buque de línea británico que se hundió frente a Gibraltar en 1694. Las indagaciones de la Guardia Civil española concluyeron señalando la existencia de irregularidades en las actividades de OME en el Estrecho de Gibraltar y la declaración del hallazgo de varios descubrimientos

en el distrito judicial donde tiene su sede Odyssey Marine Exploration: Tampa, Florida.

No es nuestro propósito –por razones de espacio– detallar el desarrollo del litigio que siguió el Estado español contra el cazatesoronorteamericano, el cual involucró al Estado peruano y a un grupo de descendientes de los propietarios de la mercancía y fondos privados a bordo de "La Mercedes". El apretado resumen que hacemos no puede profundizar en los factores intervinientes, los cuales resumimos en cuatro considerandos de orden conceptual, jurídico, político e histórico. Estos son:

- Conceptualmente: Tesoro y Patrimonio Cultural son antinómicos. Tesoro es la concentración de riqueza inmovilizada y escondida, en particular de metales preciosos o cualquier otro bien de escasez relativa. Patrimonio Cultural es el conjunto de bienes intelectuales, artísticos, tecnológicos, etc., con carácter condensador de los valores, creencias y conocimientos de una sociedad. Los bienes identificados y clasificados como patrimonio cultural no son susceptibles de comercio ni de apropiación privada, por ser de dominio público. El tesoro es un objeto mueble de valor y se encuentra en el mundo del comercio;
- Jurídicamente: Existe una discrepancia frontal entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Marítimo Privado. Los instrumentos jurídicos internacionales en materia de Patrimonio Cultural colisionan con el Derecho Marítimo Privado en su vertiente anglosajona, particularmente en su versión norteamericana. En los Estados Unidos se ha distorsionado la figura del contrato de salvamento para permitir la creación de una industria de expolio del Patrimonio Cultural Subacuático, cuantificado por la Unesco en un estimado de 3'000.000 de pecios en los fondos marinos;
- Políticamente: Las grandes potencias navales buscan la mejor manera de proteger los pecios de sus buques de guerra y de servicio oficial. El salvamento no autorizado y los actos sacrílegos en tumbas de guerra no están amparados por ninguna ley nacional. Todos los Estados tienen como estándar la política de no abandono de sus naves y aeronaves oficiales en el fondo marino. Estados Unidos mantiene una línea muy clara en esta materia, expresada en la declaración oficial del presidente Clinton, el 19 de enero de 2001;[7]
- Históricamente: En los numerosos simposios académicos celebrados el año 2012 para conmemorar el bicentenario de la Constitución de Cádiz

(1812), en España, se reconocía que los españoles no podían conocerse a sí mismos sin mirarse en el espejo de los pueblos de habla española al otro lado del Atlántico.[8] Sin embargo, en América Latina este hito de nuestra historia transatlántica pasó casi desapercibido, como si nosotros, los iberoamericanos, desdeñáramos el elemento hispano de nuestra identidad y los tres siglos de monarquía ultramarina que los forjaron. El filósofo, arqueólogo e historiador británico Robin George Collingwood (1889–1943) advertía a sus alumnos en la Universidad de Oxford las consecuencias inmediatas de esta actitud: la descontextualización de los hechos históricos y una interpretación equívoca de estos. En el caso de "La Mercedes", los abogados del Estado peruano hicieron una lectura errónea de nuestra historia virreinal, como explicaremos posteriormente.



Botones del uniforme de un marino de la Real Armada encontrados entre la carga de la Fragata Mercedes. Aunque su hallazgo fue posterior, son prueba fehaciente del estatus militar de la nave, el cual Odyssey Marine Exploration Inc (OME) negó sistemáticamente en el litigio.

Dos conceptos destacan en los considerandos jurídicos y políticos: la Ley del Almirantazgo y la Inmunidad Soberana. El primero es el campo del Derecho anglosajón que se ocupa de los contratos marítimos, daños y lesiones que surjan de las relaciones de operadores privados de buques mercantes y de transporte de pasajeros. Las naciones influenciadas por la Ley del Almirantazgo británica se apoyan en jurisdicciones locales de poder limitado. Su versión estadounidense es de carácter federal y de mayor libertad de interpretación de sus complejas normas sustantivas y procesales. El segundo es la doctrina legal que sustenta las relaciones entre los Estados y se funda en el principio *par in parem non haet imperium*[9] (los iguales no tienen jurisdicción uno sobre el otro). Su origen yace en los privilegios mutuos de los monarcas medievales. Estados Unidos lo constitucionalizó judicialmente en la sentencia dada por su Tribunal Supremo en el caso del bergantín "Exchange" versus Mac Faddon (1812). La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar) señala en sus artículos 95[10] y 96[11] que los buques de Estado y de servicio oficial gozan de *Inmunidad Soberana*. En las naciones de Derecho anglosajón las Cortes del Almirantazgo tratan esta materia con mucha regularidad.

Análisis legal del proceso

La actuación de las partes involucradas en el proceso –desde la primera instancia ante la Corte Distrital de Tampa, Florida, a la apelación final en el Undécimo Circuito de Apelación de Georgia– mantuvo una línea argumental que resumimos así:

1. Odyssey Marine Exploration (OME): Al principio del litigio Odyssey sostuvo que no encontró un pecio sino carga dispersa en el lecho marino. Cuando se hizo evidente que el llamado "Cisne Negro" era "La Mercedes", la compañía estadounidense alegó que las pruebas de ello no eran fiables y, posteriormente, que no se trataba de un buque de Estado, sino de una fragata mercante que transportaba bienes privados y, por tanto, no estaba sujeta a la Inmunidad Soberana acordada por la Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA,1976), la ley norteamericana que regula esta materia;

2. El Reino de España: La argumentación española contradecía en todos sus términos los alegatos y pretensiones de Odyssey Marine Exploration. El "Cisne Negro" era "La Mercedes", una nave de propiedad de la Corona cuyos derechos seguían vigentes, pues jamás se había renunciado a ellos. La OME había expoliado un buque de Estado español, protegido por la Foreign Sovereign Immunity Act, el Tratado de Amistad y Relaciones Generales entre los Estados Unidos de América y España[12] (03 de julio de 1902) y el precedente judicial sentado a favor del Reino en la sentencia del caso de las fragatas "La Galga" y "La Juno" (21 de julio de 2000);

3. El Estado peruano: El buque y su carga provenían del Perú y, por tanto, constituían parte de su patrimonio cultural según el artículo 149 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar). Asimismo, el Estado español y la República del Perú eran sucesores del Imperio español, que incluía las Indias Occidentales y, en consecuencia, estaban en igual condición de derechos sobre el "tesoro" de "La Mercedes". Esta aseveración se sustentaba en el texto de la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados respecto a Propiedad Estatal, Archivos y Deudas (1983) y el Derecho Internacional vigente en el momento de su hallazgo;

4. Los descendientes de los pasajeros: Se constituyeron dos grupos de descendientes como parte procesal. En su petitorio solicitaban que, si la Corte determinaba que los artefactos y monedas recobrados por OME procedían de la fragata "Nuestra Señora de las Mercedes", esta hiciera valer sus derechos como herederos de los bienes y monedas, propiedad de sus ancestros.

Obviamente, la argumentación de las partes estaba determinada por el momento y su rol en el proceso. La OME disfrutó inicialmente del beneficio de la cuidadosa planificación logística y legal de la operación "Cisne Negro". El ingente acervo documental que aportó España y el posicionamiento político de "La Mercedes" como símbolo de la defensa del patrimonio histórico español y el progresivo develamiento de las intenciones y metodología delictiva de trabajo de la OME –opuesta a los protocolos internacionales de arqueología subacuática– permitió que, en primera instancia, el juez Mark D. Pizzo emitiera un Reporte y Recomendación favorable al Estado español (03 de junio de 2009). Este fue ratificado en segunda instancia por el juez Steven D. Merryday (22 de diciembre de 2009). Finalmente, el veredicto del Undécimo Circuito de Apelaciones (22 de setiembre de 2011) sancionó favorable y definitivamente la recomendación inicial del juez Pizzo sobre el caso de "La Mercedes". La experiencia y seriedad del equipo legal del Estado español, dirigido por el abogado James Goold, se impuso al juego procesal y jurisprudencial "bizantino" de sus contrapartes de Oddysey Marine Exploration.

Respecto a la argumentación peruana, ya hemos dicho que su piedra de toque fue el artículo 149 de la Convemar. Este no contiene definiciones, prioridades ni procedimientos específicos para la problemática del Patrimonio Cultural Submarino. El artículo acotado solo tiene un valor declarativo y, por lo tanto, insubstancial para fundamentar el petitorio que hacía nuestro país. Asimismo, al pretender que la Corte estadounidense apoyara nuestro "derecho" en una Convención internacional no vigente ni reconocida como Derecho consuetudinario internacional –como es el caso de la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados respecto a Propiedad Estatal, Archivos y Deudas (1983)– le solicitábamos a los jueces que emitieran un fallo utilizando un tratado no vigente ni ratificado por su propio Estado, atentando así contra el principio de división de poderes de su Constitución.

No menos grave fue nuestra falta de visión histórico–política de los hechos. Dejando de lado medio siglo de historiografía y la compleja realidad socio-cultural virreinal, la demanda peruana se apoyó en los mitos nacionales creados durante el período de creación de nuestro Estado–Nación, obviando los poderosos elementos de identidad y comunión entre peninsulares e indianos anteriores a la Independencia. Personajes como Pablo Antonio de Olavide y Jáuregui (Lima, 1725 – Baeza, Andalucía, 1803), Juan Francisco Bodega y Cuadra (Lima, 1743 – San Blas, México, 1794) y Vicente Morales Duárez (Lima, 1757 – Cádiz, 1812) son fundamentales en la Ilustración española y americana. Olavide fue un gran administrador a quien España le debe la reforma urbana de Sevilla



Estado en el que se encontraba el cargamento de la Mercedes al momento de su extracción. La recuperación y puesta en valor de estos objetos requiere un diligente trabajo especializado, el cual viene realizando en el Museo de Arqueología Subacuática (ARQUA), con sede en la ciudad de Cartagena, Murcia, España.

y el poblamiento del interior de Andalucía. El cabal Comandante Bodega y Cuadra figura en el cuadro de honor de los exploradores españoles del siglo XVIII. El jurista Morales Duárez fue Presidente de las Cortes de Cádiz, milenario puerto atlántico español donde peninsulares y americanos se abocaron a dar una Constitución para los españoles de ambos lados del Atlántico. Hoy en día se reconoce que nuestra Independencia, en términos de una guerra civil, nunca mejor ilustrada que en el abrazo de parientes y amigos en ambos ejércitos previo a la batalla de Ayacucho, como lo relata el Mariscal Willliam Miller (Wingham, Inglaterra, 1795 – Lima, 1861) en sus *Memorias*, editadas en Londres en 1829.[13] ¿Cabía fundamentar nuestro petitorio haciendo símiles con el colonialismo europeo del siglo XIX y la disolución de la Unión Soviética?

La posición de los descendientes era más endeble que la peruana, a tal punto que era evidente que su presencia como parte litigante tenía carácter instrumental en beneficio de los intereses de OME. Las palabras de José María Moncasi de Alvear, descendiente del Brigadier Diego de Alvear y Ponce de León, son ilustrativas:

"Odyssey ha convocado a estas personas, les ha prometido un porcentaje muy alto de una eventual ganancia, pero que no se dejen seducir, pues no se sabe cómo van a valorar todo en el caso que prosperen sus recursos, algo muy improbable. Animaría a los descendientes peruanos de quienes murieron en la tragedia (diciéndoles) que la historia nos une más que el valor económico".[14]

"La Mercedes" y el futuro de los pecios históricos

No es un secreto que, en el corazón del marino, late el deseo ferviente del retorno. Puedo afirmar indubitablemente que nunca se aguardó tanto un buque como en el caso de "La Mercedes". Así, pues, las palabras del embajador español en los Estados Unidos, Jorge Dezcallar, en la ceremonia de repatriación de la carga del pecio, fueron muy significativas: *"Hoy finaliza un viaje que se inició hace 200 años. Hoy se completa la misión de 'La Mercedes'. Si ellos no pudieron llegar a su destino al menos sí lo va a poder hacer la carga [...]. Hoy recuperamos un legado histórico y no un tesoro. Esto no es dinero, es nuestra historia".*[15] Empero, el final del caso "La Mercedes" dejaba expuesta a la luz las limitaciones y contradicciones de la manera cómo se resuelven hasta ahora este tipo de controversias jurídicas. Mariano J. Aznar, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Jaume I, de Castellón, y miembro del Consejo Científico del Plan Nacional de Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de España, lamentaba que ninguna de las sentencias favorables a España en la materia ["La Mercedes", "La Juno y La Galga"] *"hacía referencia al Convenio de la Unesco sobre la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001 o sus principios inspiradores, aceptados expresamente por la Administración norteamericana".*[16] No se puede defender el Patrimonio Cultural Subacuático solamente por vía indirecta, es decir, el principio de Inmunidad Soberana. Esta situación anómala se produce porque Estados Unidos permite que su jurisdicción sea utilizada para fines de expolio. Asimismo, tampoco se puede tolerar que se caiga en retrocesos lamentables, como el ocurrido en Colombia, cuya nueva Ley de Patrimonio Cultural faculta a una comisión a decidir que el oro, plata, joyas y lingotes extraídos de un pecio dejarán de ser considerados patrimonio y protegidos como tal, debido a su abundancia. Este "criterio de repetición" nació de una sentencia de la Corte Constitucional colombiana del año 2003.

Hemos dejado para el final la debida y necesaria reflexión del lado humano de la tragedia y el litigio de la fragata "Nuestra Señora de las Mercedes". El hallazgo de los botones del uniforme de un marinero en un saco de monedas nos recuerda un hecho que Odyssey Marine Exploration negó sistemáticamente durante todo el proceso: la "Mercedes" es una tumba de guerra. El mar guarda la memoria de quienes sucumbieron en él y embellece su recuerdo. El respeto a su legado es el alma del combate por el Patrimonio Cultural Submarino.

Referencias

1. De Cózar, Álvaro (2012, 24 de febrero). "Dezcallar: Hoy finaliza un viaje que se inició hace 200 años". El País.
2. López Aréstegui, Héctor Santiago. "La Fragata Mercedes: tragedia, picaresca y litigio judicial". Revista de Marina. Marina de Guerra del Perú. Año 101. N° 2, 2008.
3. De Cózar, Álvaro (2008, 07 de setiembre). "Los 130 dueños del tesoro de Odyssey". El País
4. Fernández Duro, Cesáreo (2009). Naufragios de la Armada Española. Relación histórica formada con presencia de los documentos oficiales que existen en el Archivo del Ministerio de Marina. Junta de Andalucía: Editorial Renacimiento. Colección Isla de Tortuga, p. 23.
5. http://shipwreck.net/pr134.php
6. Kennedy, Maev (2007, 19 de mayo). "Treacherous seas, a mystery wreck – and a $500 m haul of treasure". The Guardian.
7. "United States Policy for the Protection of Sunken Ships". Comunicado de la Oficina del Secretario de Prensa. Washington, DC, 19 de enero de 2001.
8. Astorga, Antonio (31 de enero de 2012). "Carmen Iglesias: Los políticos meten la mano en la Historia con fines divisorios". ABC.
9. Diez de Velazco Vallejo, Manuel (2007). Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, p. 259.
10. Artículo 95. Inmunidad de los buques de guerra en altar mar. Los buques de guerra en alta mar gozan de completa inmunidad de la jurisdicción respectiva de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.
11. Artículo 96. Inmunidad de los cuerpos utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial. Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial tendrán, cuando estén en alta mar, completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.
12. Pulido, María (2007, 02 de junio). "Un tratado de 1902 garantiza los derechos de España sobre tesoros de navíos hundidos". La Razón.
13. "El efecto general que aquellas escaramuzas producían era en extremo hermoso y agradable; y el interés de la escena se variaba y crecía con la suspensión del fuego a intervalos, en virtud de tácito consentimiento.

    Durante estos intervalos, varios oficiales de uno y otro partido, se adelantaban y hablaban entre ellos. En uno de ellos el Brigadier Tur, al servicio español, envió un recado a su hermano, quien habiéndose casado con una hermosa señorita limeña, se había hecho virtualmente americano, y era en aquel momento Teniente Coronel en el Ejército Independiente.

    Los dos hermanos se juntaron, y el mayor principió la conversación diciéndole cuánto sentía que un español estuviese en las filas de los insurgentes, pero le añadió, que a pesar de su sentimiento en aquel punto, no podría olvidar el cariño que le había profesado y le aseguraba que podía contar con su protección cuando la batalla que iba a darse le pusiera en manos de los realistas, lo cual no haría con ningún otro español en aquellas circunstancias.

    El Teniente Coronel le dijo en contestación que, si le había llamado a insultarlo, habría sido mejor que no se hubieran visto, y dio la vuelta y se marchó. Entonces el General realista corrió hacia él, se disculpó, y a la vista de los dos ejércitos se abrazaron los hermanos de modo más tierno y cariñoso".

    Miller, General Guillermo (1910). Memorias del ... al Servicio de la República del Perú. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. Tomo II, Capítulo XXV, pp. 171-172
14. Vaccaro, Yolanda (2011, 02 de diciembre). "Odyssey y los tesoros submarinos". El Comercio.
15. De Cózar, Álvaro (2012, 24 de febrero). "Dezcallar: Hoy finaliza un viaje que se inició hace 200 años", El País.
16. Ibídem.