
REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Marcelo Dias Varella

Ardyllis Alves Soares

Editor Assistente

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

Editores convidados:

Marcilio Toscano Franca Filho

Ardyllis Alves Soares.

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 17	n. 3	p. 1-606	dez	2020
--	----------	-------	------	----------	-----	------

El rol del derecho en la construcción del patrimonio cultural subacuático: apreciaciones a partir del estudio del caso de la Corbeta Inglesa Swift en Argentina*

The role of law in the construction of underwater cultural heritage: insights from a case study, Argentina

Norma Elizabeth Levrاند**

Nadia Bressan Bernhardt***

Resumen

El objetivo del trabajo es describir el proceso de protección del patrimonio cultural subacuático que se produjo por el hallazgo de la Corbeta inglesa HMS Swift en Argentina en 1982, antes de la aprobación y ratificación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático de UNESCO. A partir del estudio de caso se analiza el rol del derecho en el proceso de construcción del patrimonio cultural. La metodología utilizada es cualitativa, a partir del análisis de contenido de documentos secundarios y fuentes legales y jurisprudenciales; ello se triangula con un análisis de actores relevantes en el caso. La Corbeta inglesa Swift naufragó en la ría Deseado en 1770. En el año 1982 un particular solicitó su reflotamiento. Si bien la ley de Navegación exige la notificación al cónsul respectivo, la autoridad consideró que este pecio pertenecía a la provincia de Santa Cruz que, mediante decretos, lo declaró “yacimiento arqueológico de interés histórico”. Llegado a la Corte Suprema, ésta consideró cumplido el procedimiento, sin cuestionar la legitimidad del dominio. A partir del análisis de los argumentos de este fallo y del accionar de otros actores se concluye que la dinámica de las normas jurídicas y su interpretación judicial propiciaron la tutela de este bien. El caso es previo a las normativas internacionales que actualmente regulan la materia, por ello su análisis normativo posee el valor de evidenciar cómo el derecho internacional ha avanzado en direcciones más protectorias del patrimonio cultural subacuático, dándole preponderancia a lo colectivo por sobre lo privado.

Palabras clave: Patrimonio cultural subacuático. Corbeta Swift. Derecho. Expertos. Comunidad.

Abstract

The objective of this paper is to describe the process of protection of the underwater cultural heritage that was produced by the discovery of the English Corvette HMS Swift in Argentina in 1982, before the approval and

* Recibido em 15/08/2020
Aprovado em 24/03/2021

** Doctora en Derecho, Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Derecho Laboral. Abogada. Investigadora Asistente de CONICET. Docente adjunta del Seminario Optativo de Relaciones Laborales de la Facultad de Ciencias de la Gestión (UADER); jefa de trabajos prácticos de Ciencia, tecnología y Sociedad de la Facultad de Ingeniería y Ciencias Hídricas (UNL).
E-mail: normalevrاند@gmail.com

*** Abogada (UNL) y Esp. en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción (UNR).
E-mail: nadia_bernhardt@yahoo.com.ar

ratification of the Convention on the Protection of the Underwater Heritage of UNESCO. Based on the case study, the role of law in the process of construction of cultural heritage is analyzed. The methodology used is qualitative, based on the content analysis of secondary documents and legal and jurisprudential sources. This is traingled with an analysis of relevant actors in the case. The English Corvette Swift was shipwrecked in the Deseado estuary in 1770. In 1982 a private individual requested that it be refloated. Although the Navigation Law requires notification to the respective consul, the authority considered that this wreck belonged to the province of Santa Cruz, which, through decrees, declared it an “archaeological site of historical interest.” The Supreme Court considered the procedure completed, without questioning the legitimacy of the domain. From the analysis of the arguments of this judgment and the actions of other actors, it is concluded that the dynamics of the laws and their judicial interpretation led to the protection of this asset. The case is prior to the international regulations that currently regulate the matter, therefore its normative analysis has the value of showing how international law has advanced in more protective directions of underwater cultural heritage, giving preponderance to the collective over the private.

Keywords: Underwater Cultural Heritage. Swift Corvette. Law. Experts. Community.

1 Introducción

Desde tiempos inmemoriales el hombre se ha lanzado a la mar en su afán de conocer y conquistar mundos, develando los misterios que éste le ocultaba. Las civilizaciones fueron construyendo diferentes vehículos para la navegación, pero no fue sencillo, el agua no es el hábitat natural humano y en ella existen innumerables riesgos. La evolución y la aplicación de nuevas tecnologías han permitido contribuir a gobernar, aunque no del todo, estos riesgos y a mitigar la incertidumbre que envolvía a los navíos que iniciaban sus aventuras. Sin temor a exagerar podemos decir que el medio acuático ha desempeñado un papel fundamental en la historia de la humanidad; pues ha sido y es fuente de recursos vitales, pero además posibilitó la comunicación, el transporte, el comercio, la exploración, la pesca, e incluso, se ha constituido como arena de combate en cuantiosas confrontaciones bélicas. Los naufragios son la máxima ex-

presión de aquellos “riesgos del mar” que acechan a los buques en sus expediciones. Esta intervención humana ha dejado sus rastros en el fondo del mar, sembrándolo de restos arqueológicos que son mudos testigos de heroicas y trágicas aventuras.

En 1982 el descubrimiento de un pecio hundido en la ría Deseado iniciará el derrotero de la investigación arqueológica subacuática en Argentina. Las acciones llevadas a cabo por profesionales como así también por los pobladores del lugar estuvieron destinadas a conservar y proteger lo que, entendieron, era un bien del patrimonio cultural.

Para el derecho, la tutela de los bienes del patrimonio cultural genera tensiones entre las categorías jurídicas decimonónicas, como la propiedad privada, y la tutela de bienes comunes. El objeto del presente trabajo es describir un proceso de protección del patrimonio cultural subacuático que se produjo en Argentina antes de la aprobación y ratificación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático de UNESCO (2001)¹. Aquél proceso implicó fuertes tensiones entre el derecho de propiedad de los buques hundidos y el derecho al patrimonio cultural subacuático.

A partir del relato histórico del hundimiento y hallazgo de la Corbeta H.M.S. Swift, del análisis de una sentencia en que se solicita el reflotamiento conforme las reglas del derecho de la navegación, y de la descripción de los actores más relevantes en este proceso pretendemos dar cuenta de la construcción de un patrimonio subacuático en la localidad de Puerto Deseado. A tal fin realizaremos un análisis de la normativa aplicable al caso como así también de las nuevas normas incorporadas al ordenamiento jurídico argentino, que aportan matices importantes a fin de considerar las tensiones que se produjeron en el caso.

Pretendemos señalar que la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de la Convención Internacional de Patrimonio Subacuático, relajaron el conflicto entre la propiedad privada y la pública, mudando de una lógica en la que primaba la solución privatista hacia una lógica colectivista, en la que todos los actores cooperan para la preservación del patrimonio subacuático.

¹ La misma fue ratificada por ley 26.556 del 15/12/2009.

2 El caso: hundimiento, surgimiento y búsqueda de la historia

La Corbeta de guerra británica H.M.S. Swift fue destinada a la base de Puerto Egmont en las Islas Malvinas en 1769, formando parte de las fuerzas navales que operaron en dicho puerto cuando España quiso recuperar la posesión de las Islas. Entre otras misiones, debía explorar la región, y en cumplimiento de la misma, abandonó el Puerto en marzo de 1770. Las condiciones climáticas llevaron al barco hacia el continente, internándose en la ría Deseado, un puerto natural conocido ya por los navegantes ingleses del siglo XVI. Lamentablemente las condiciones geológicas de dicho puerto no eran ventajosas, atento a que se encontraban obstáculos sumergidos. El 13 de marzo los fuertes vientos del sur, la llevaron a encallar en una roca. Luego, se deslizó hacia popa y se hundió en aguas profundas. En este naufragio perecieron 3 de los 91 tripulantes².

Afortunadamente, y luego del rescate, el resto de la tripulación fue puesta a salvo y volvieron a su país de origen. Mas la Corbeta quedó sumergida en las aguas de la ría Deseado por más de dos siglos, y con ella, su historia.

En 1975, el australiano Patrick Gower, descendiente del segundo oficial de a bordo de la nave Erasmus Gower, emprendió un viaje hacia Puerto Deseado a fin de conocer los restos de la Corbeta. Sir Erasmus Gower había escrito sus memorias, entre las cuales relataba la aventura con la Corbeta Swift y las mismas fueron publicadas en 1803. Pero su descendiente, desconcertado, comprobó que en el lugar nadie conocía la historia de la Corbeta. La ría había mantenido sumergido su secreto, hasta su llegada.

Algunos años más tarde, en virtud de la difusión de la crónica de Sir Erasmus Gower, un grupo de habitantes de Puerto Deseado, localidad ubicada sobre la ría, emprenden la búsqueda de la nave naufragada. Se crea la “Subcomisión de Búsqueda y Rescate de la Corbeta Swift”, dependiente del Club Náutico “Capitán Oneto” de Puerto Deseado, integrada originalmente por Marce-

lo Rosas, Mario Brozoski, Daniel Guillen y Marcos Oli-va Day. El 04 de febrero de 1982 encuentran la Corbeta H.M.S. Swift a 100 metros del Puerto Deseado.

En este caso se presentan un conjunto de actores que poseen diferentes intereses, y emergen en distintos momentos para configurar la protección del patrimonio subacuático o cuestionar tal categoría. En la tabla N° 1 se identifican los actores y, brevemente su interés.

Tabla 1: Actores relevantes. Fuente: elaboración propia

Actor	Interés en el caso
Grupo de buzos amateur de la localidad de Puerto Deseado	Interés de un posible hallazgo, inquietudes personales de cada integrante.
Museo Municipal Mario Brozoski	Preservar los bienes recuperados del pecio.
Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano - Arq. Dolores Elkin	Investigar y recuperar bienes del patrimonio subacuático - Desarrollar la disciplina de la arqueología subacuática en Argentina.
Provincia de Santa Cruz	Generar una política pública de conservación del patrimonio cultural subacuático.
Corte Suprema de Justicia de la Nación	Resolver un proceso judicial sobre el bien.

El primer grupo de actores en el caso analizado está conformado por los buzos amateur que, interesados por un posible hallazgo, emprenden la búsqueda del pecio. Entre los cuatro integrantes del grupo, sin embargo, los intereses van cambiando a través del tiempo. De este modo, como se analizará en el siguiente apartado, unos años después del hallazgo, uno de ellos inicia un proceso judicial tendiente a reclamar la propiedad del pecio y de los objetos que forman parte del mismo.

El segundo actor relevante es el Museo Municipal Mario Brozoski, que se creó en 1983 con la categoría de Museo Regional Provincial. La finalidad primordial de la institución es resguardar el patrimonio cultural de la Provincia de Santa Cruz, en particular aquél proveniente del hallazgo del naufragio de la Corbeta Swift. Actualmente la institución depende del Municipio de Puerto Deseado. Desde los primeros años el museo contó con expertos en conservación y restauración de bienes a fin de evitar el traslado de las piezas hacia otras localidades.

² El relato de estos eventos se conoció en la publicación de una por el tripulante Erasmus Gower. GOWER, Erasmus. *An Account of the Loss of His Majesty's Sloop Swift: in Port Desire, on the Coast of Patagonia, on the 13th of March, 1770; and of Other Events which Succeeded, in a Letter to a Friend.* Londres: W. Winchester and Son, 1803.

Estos expertos realizaron importantes acciones de capacitación del personal del Museo e, indirectamente, de la comunidad.

En 1987 a partir de la creación del Grupo de Trabajo de Patrimonio Subacuático dependiente del Comité Argentino del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS, Argentina), el Museo Mario Brozoski solicita su intervención a fin de efectuar un diagnóstico del estado del pecio, evaluar las condiciones del sitio y estimar los recursos para ejecutar los trabajos. Se realizaron cuatro campañas, una en 1987, una en 1988, y dos en 1989, financiadas por la Municipalidad de Puerto Deseado, el aporte de empresas y particulares.

Algunos años más tarde aparece en escena el tercer actor relevante: el Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano (INAPL). En la década de 1990, encarnado en la arqueóloga Dolores Elkin, se conformó un pequeño equipo interdisciplinario denominado Investigación y Conservación del Patrimonio Cultural Subacuático Argentino³. En palabras de Elkin “[...] gracias a este hallazgo nacería no sólo el museo local Mario Brozoski [...] sino también la especialidad de arqueología subacuática en nuestro país.”⁴.

Si concebimos al patrimonio cultural como un dispositivo sostenido por redes expertas⁵, consideramos necesario dilucidar algunas relaciones que se entablan entre dicho dispositivo y sus fundamentos. Por una parte el rol de los expertos nucleados en el Museo y en el INAPL permite analizar la articulación entre estos conocimientos expertos y la administración de los bienes del patrimonio subacuático. Como indican Dellino y Endere⁶, desde el Museo se solicitó al Estado Nacional asistencia técnica y científica para preservar los restos del naufragio, acuerdo que inició el trabajo con INAPL a partir de 1997. Ello da una pista del trabajo experto como “político”, es decir, reinterpreta el accionar de

los agentes científicos, a pesar de la convicción que se esgrime en el campo científico acerca de la objetividad y neutralidad del mismo⁷.

Si se considera que el primer programa de arqueología subacuática surge a raíz de este hallazgo, y que no existía hasta el momento personal calificado para realizar las actividades de rescate, investigación y preservación de piezas, puede considerarse que esta carencia afecta la gestión del sitio. Ello permite a los expertos del INAPL generar matrices conceptuales que incluyen no sólo la investigación científica sino la gestión e intervención en el sitio como inherente al saber académico.

El cuarto actor es la Provincia de Santa Cruz, que mediante un conjunto de normas jurídicas⁸ declara que el objeto del naufragio pertenece al patrimonio cultural provincial y crea un Museo para la preservación del mismo. Estas normas configuran una mínima política pública en torno al patrimonio cultural subacuático, entendida como acción colectiva e intencionada que un gobierno define para alcanzar determinados objetivos⁹.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien dirime el proceso iniciado por uno de los buzos que hallaron el pecio, juega un rol fundamental no sólo por la decisión a la que arriban, sino por los fundamentos que se desgranar en la sentencia.

Jurídicamente la impronta del hallazgo y la fundación del museo que reúne los objetos rescatados remiten a una cuestión mayor. La pregunta sobre la propiedad de dichos bienes y el posible conflicto entre la titularidad de la Corbeta y del patrimonio cultural subacuático merece un estudio sistemático del derecho vigente. Las argumentaciones jurídicas propuestas en distintos momentos de este caso evidencian las tensiones entre dos derechos fundamentales: el derecho de propiedad y el derecho al patrimonio cultural subacuático.

³ ELKIN, Dolores. Bucear en la historia: Puerto Deseado y Peñínsula de Valdez. *En Patagonia*, Buenos Aires, v.1, n. 2, p. 6-42, 2004.

⁴ ELKIN, Dolores. Un naufragio, un diario y un hombre. *Novedades de Antropología*, Buenos Aires, v. 69, p. 11-13, ago./nov. 2011. p. 12.

⁵ MURIEL, Daniel. El patrimonio como tecnología para la producción y gestión de identidades en la sociedad del conocimiento. *Revista Chilena de Antropología*, n. 19, 2008. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCA/article/viewArticle/14318> Acceso en: 25 out. 2020.

⁶ DELLINO, Virginia; ENDERE María Luz. The HMS Swift shipwreck. The development of underwater heritage protection in Argentina. *Conservation and management of archeological sites*, v. 4, p. 219-231, 2001.

⁷ En este aspecto puede consultarse: KENNEDY, David. Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance. *Sydney Law Review*, v. 27, p. 1-24, 2004.

⁸ Consideramos entre ellos los decretos 1430/82 y 20/85 que atribuyen la propiedad del hallazgo a la Provincia de Santa Cruz por considerarlo un yacimiento arqueológico; el decreto 1322/83 que creó el Museo Regional Provincial de Puerto Deseado y el decreto 1959/88 por el cual se transfiere el Museo al ámbito municipal.

⁹ MARTÍNEZ NOGUEIRA Roberto. La coherencia y la coordinación de las Políticas Públicas: aspectos conceptuales y experiencias. *In: PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO* (ed.) *Los Desafíos de la Coordinación y la integralidad de las políticas y gestión pública en América Latina*. Buenos Aires: Jefatura de Gabinete de Ministerios, Presidencia de la Nación, 2010. p. 13-46.

3 Una bifurcación en la protección del patrimonio subacuático

El 13 de febrero de 1984 ingresa en la Prefectura Nacional Marítima un pedido de reflotamiento de la Corbeta, solicitado por Daniel Guillén. Conforme lo manifiesta en su demanda, el 4 de febrero de 1982, en ejercicio de su actividad de buzo localiza la Corbeta hundida y da aviso a las autoridades.

Al ser el primer hallador, inicia el trámite administrativo a fin de ejercer el “derecho de preferencia” que le acuerda el art. 390 de la Ley de Navegación N° 20.094. Mediante el mismo, quien localiza el pecio tiene derecho a solicitar el reflotamiento, extracción, remoción o destrucción del mismo, el que deberá realizarse en los plazos y condiciones fijados por la autoridad marítima. Quien realiza esta actividad tiene derecho a ser reembolsado de los gastos y remunerado previo a la entrega del buque a sus dueños.

El procedimiento administrativo implica la notificación previa al titular del pecio y si el buque es de bandera extranjera al cónsul respectivo, a fin de que pueda oponerse. En esta inteligencia, Guillén solicitó que se notifique al Cónsul del Reino Unido, atento a que la Corbeta era un buque de guerra de la Corona Británica. No obstante, la Prefectura entendió que la notificación debía hacerse a la Provincia de Santa Cruz, que en virtud de los Decretos Provinciales N° 1430/82 y 20/85 alegaba su condición de propietaria.

En esta instancia la Provincia manifestó su oposición al reflotamiento, y con tal fundamento la Autoridad Marítima negó el mismo.

Daniel Guillén interpone un recurso jerárquico contra la disposición de la autoridad administrativa, el cual es denegado y abre la vía para la apelación judicial. Interpuesta la demanda judicial contra el Estado Nacional, el caso es considerado de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien falla el mismo el 24 de agosto de 1995 en contra del actor. La decisión se tomó por mayoría, existiendo dos disidencias: sobre las costas y sobre el fondo de la cuestión.

El argumento central del decisorio de la Corte, consistió en entender que la autoridad administrativa había obrado conforme a derecho, puesto que no tenía competencia para dilucidar cuestionamientos sobre la legitimidad del título de “propietario” que se arrogaba

la Provincia. En síntesis, el Alto Tribunal entendió que la Prefectura cumplió con el trámite previsto en la ley 20.094. Los argumentos esgrimidos por el actor, cuestionando la legitimidad de la “propiedad” declarada por la Provincia en los decretos aludidos, debieron ser dilucidados en una acción de inconstitucionalidad de tales normas, cuyo proceso se dirime en los Tribunales Provinciales.

La disidencia planteada por los Dres. Eduardo Moline O'Connor y Antonio Boggiano consideró que la Prefectura no ha cumplimentado con el trámite previsto en la Ley de Navegación, ya que su art. 389 prevé expresamente que en el caso de reflotamiento de los buques de bandera extranjera debe darse aviso al Cónsul del Estado correspondiente. Los Ministros disidentes realizan, entonces, otra interpretación de la norma cuestionada. En virtud de la misma, la bandera del buque sería preferente al argumento de titularidad del mismo. Surge de esta manera una división en la letra legal: si el buque es de bandera nacional, deberá notificarse al propietario y si el buque es de bandera extranjera, deberá notificarse al Cónsul respectivo.

4 El derecho aplicable y la tutela del patrimonio cultural subacuático

En este apartado haremos un somero repaso de la normativa vigente. El análisis tendrá como objetivo verificar la existencia de dos lógicas jurídicas sincrónicas: una en la que prevalece el derecho de propiedad, que llamaremos privatista y que se configura con la normativa vigente al momento del hallazgo de la Corbeta; y otra en la que prima el derecho colectivo al disfrute del patrimonio cultural, que surge a partir de la reforma constitucional de 1994.

En tal sentido se analizarán: la Constitución Nacional, las normas contenidas en el Código Civil, y en la Ley de Navegación de Argentina; las provenientes de la Convención sobre el Derecho del Mar¹⁰; la Ley de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico (ley 25.743) y la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático¹¹.

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982 y ratificada por Argentina mediante ley 24.543 el 13/09/1995.

¹¹ Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Sub-

4.1 El modelo privatista: la Corbeta como un tesoro marino

La Constitución Nacional fue reformada en el año 1994, incorporándose en ese momento el derecho al patrimonio cultural en su artículo 41¹². El estatus de derecho fundamental está dado formalmente por la inclusión en la Carta Magna. Esto implica que se encuentra en el punto más alto de la escala de valores jurídicos, ya que por un lado determina la legitimidad de los actos y decisiones del Estado y en general de la sociedad política y por otro incluye los atributos con que los individuos se desenvuelven en su vida en sociedad. Siguiendo a Magdalena Correa Henao,

La condición fundamental de los derechos atribuida por la Constitución, implica que prevalecen sobre toda norma precedente o sobrevinida, que obligan a todos los poderes del Estado, que en ausencia de desarrollo legal puedan ser impuestos o aplicados directamente y que deben tenerse como criterios hermenéuticos preferentes en toda operación de creación o aplicación del Derecho¹³.

En el momento en que se hallaron los restos de la Corbeta, la Constitución no incluía en su articulado una referencia explícita al patrimonio cultural. No obstante, la doctrina jurídica entendió que la facultad del Congreso de proveer lo conducente a la prosperidad del país y al progreso de la ilustración encerraba la posibilidad de legislar sobre bienes culturales¹⁴.

Para la Organización de Naciones Unidas para la Educación y la Cultura (UNESCO por sus siglas en inglés), el patrimonio cultural es “todo objeto al cual

la cultura le otorga un valor. Así, bien cultural refiere no sólo a las manifestaciones del arte en general, sino a toda forma de vida de un pueblo” (UNESCO, Segunda Conferencia General, México, 1982). Para el Derecho, esa definición de patrimonio cultural puede parecer escurridiza. No obstante la doctrina ha concebido una conceptualización a partir de relacionar criterios provenientes de los estudios sobre la cultura¹⁵ y la determinación por el ordenamiento jurídico (a través de declaración por ejemplo) de sus atributos.

Los bienes culturales son complejos. En ellos se manifiesta una realidad fáctica (mueble, inmueble o intangible) y una especial valoración o simbolización sobre el mismo, que implica un reto para el legislador, quien debe prever ambas condiciones al reglamentar la tutela. Esta complejidad conceptual generó, por un lado la existencia de definiciones legislativas poco claras, y por otro la opción del legislador de referir al patrimonio cultural a través de ejemplificaciones y descripciones de los bienes que lo componen¹⁶. En este último caso, la verificación de la inclusión en la lista o de la detentación de los caracteres, da mayor seguridad jurídica al titular dominial de los mismos.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico argentino, formarán parte del patrimonio cultural aquellos bienes que han sido expresamente declarados como tales, o que posean los caracteres establecidos por la legislación para su inclusión en este régimen especial. Esto implica que no es necesario que una norma legal determine o especifique, en cada caso, si el bien está o no sujeto a la reglamentación especial. Por detentar las

acuático, adoptada en el seno de UNESCO en 2001 y ratificada por Argentina mediante ley 26.556 el 18/11/2009 entró en vigor para Argentina el 19/10/2010.

¹² El texto del artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina expresa: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales [...]”

¹³ CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

¹⁴ Esta facultad estaba contenida en el antiguo artículo 67 inciso 16 (actual artículo 75 inc. 18 sin reformas). En ese sentido se aprobaron numerosas leyes que declaran sitios como “monumento nacional” e incluso se creó, en 1941 la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos por ley 12.665.

¹⁵ Los juristas españoles Guillermo Orozco Pardo y Esteban Pérez Alonso afirman que el concepto de patrimonio cultural “descansa sobre criterios extrajurídicos, relativos a valores inherentes a la idea de cultura en cuanto acervo de conocimientos, bienes y principios del pasado y presente de una comunidad, por lo que se debe admitir como una categoría abierta, flexible y amplia, graduándose en función de la relevancia de los valores que cada bien comporta a las distintas clases incluidas en el concepto” (OROZCO PARDO, Guillermo; PEREZ ALONSO, Esteban. *La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural o Artístico*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 56).

¹⁶ Verbigracia en las leyes 25.197 y 25.743 se realiza una definición de lo que consideran “patrimonio cultural” que es susceptible de recibir críticas debido a la deficiente técnica legislativa (en el caso de la ley 25.743, Antonio Calabrese ha realizado un análisis promenorizado en “...”). Ejemplos de enumeraciones legislativas de los bienes pueden citarse el Convenio para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, firmado en La Haya en 1954 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, hecho en París el 17 de noviembre de 1970.

características enunciadas en la misma, sería suficiente para catalogarlo como un bien del “patrimonio cultural argentino”.

Al momento del descubrimiento de los restos del naufragio, los mismos no se encontraban en ningún inventario, ni estaban declarados como “patrimonio cultural” ni poseían características establecidas por alguna ley (nacional o provincial) que los identifique como tales. De hecho eran desconocidos por la mayoría de la población. En consecuencia, no tenían el estatus jurídico de “patrimonio cultural” atento que no habían sido declarados tales.

En la jerarquía legal, en cambio, el viejo Código Civil y Comercial Argentino establecía la titularidad como bien público del Estado Nacional o los Estados Provinciales, de las ruinas o yacimientos arqueológicos de interés científico¹⁷, en el mismo sentido continuó el actual Código Civil y Comercial. Es necesario, en este punto, aclarar el contexto de redacción de este artículo.

En Argentina regía, desde 1913, la ley 9.080 cuyo artículo 1° establecía la propiedad pública del Estado Nacional de los yacimientos y objetos arqueológicos y paleontológicos. Al sancionarse la ley 17.711 modificatoria del Código Civil, se reforma el régimen reconociendo el dominio público provincial. A partir de esta ley las provincias comienzan a legislar en sus ámbitos jurisdiccionales sobre estos bienes. Es decir que a la época en que la Corbeta fue hallada, estaba vigente una norma que reconocía la importancia del patrimonio arqueológico, y la titularidad del mismo como un bien público provincial (atento a la localización de la misma pues el cauce del río Deseado nace y muere en territorio santacruzense).

La ley 9.080 adoptó la idea de una “arqueología de los objetos”, propia de la época en que fue sancionada, en que la arqueología se preocupaba por recuperar objetos de las poblaciones originarias y realizar sobre los mismos un estudio metódico. En el caso de la ley 17.711, no determinaba lo que se entiende por un “yacimiento arqueológico o paleontológico”, dichas definiciones serán tomadas de la ciencia arqueológica y paleontológica del momento, aunque sí establece una finalidad de protección de los mismos: el interés científico en su conservación.

¹⁷ Esta disposición se encontraba en el Código Civil vigente al momento del hallazgo, en el artículo 2340; el nuevo Código Civil y Comercial la mantiene en el artículo 235 inc. h).

No es posible dejar de mencionar que en el artículo 2.342 del Código Civil vigente al momento del hallazgo se realiza una mención explícita a los buques naufragados en las costas¹⁸. Pero en este caso la doctrina consideraba que la propiedad se adquiere en virtud del derecho de presa marítima¹⁹, es decir que dicha titularidad deriva de las normas del derecho de guerra, por las cuales el Estado vencedor es titular de los bienes del Estado vencido que quedan en su poder. Atento que en el caso estudiado Argentina no se encontraba en guerra con el Reino Unido, no es posible argumentar a partir de este artículo para fundamentar la apropiación del pecio por parte del Estado Provincial.

Conforme la normativa local, la Corbeta pertenece al Estado provincial de Santa Cruz, quien se lo atribuyó por medio de los decretos 1430/82 y 20/85; incorporándola a su patrimonio cultural por ser un yacimiento arqueológico de interés histórico y basando su apropiación en que la embarcación era una cosa mueble abandonada en un bien de dominio público provincial (el cauce del río).

Debe considerarse, sin embargo, que la Corbeta no forma parte del cauce. Entonces es necesario encontrar otra explicación para la alusión a dicho artículo. Una posibilidad estaría dada por la consideración del buque como un inmueble por accesión²⁰, dado que se encuentra adherido al suelo sin posibilidad de separarse de él. A

¹⁸ Código Civil Argentino, Art. 2.342 inc. 5: “*Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: [...] 5° Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios.*”. En 2014 se sanciona el Código Civil y Comercial que no posee una norma similar a la transcripta.

¹⁹ Así, Elena Híton y Salomé Wierzba indican que “*En ejercicio de la soberanía, el Estado ejerce una ocupación o apoderamiento de la propiedad privada. En la guerra terrestre se trata del botín y en la marítima de la presa*” (HIGTON Elena; WIERZBA Salomé. Comentarios a los arts. 2311 a 2350 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 10-135. p.118). Raymundo Salvat, comentando el mismo inciso expresa “*La condición para que estas cosas se consideren bienes privados del Estado, como resulta del texto expreso de la ley, es que ese trate de cosas pertenecientes a enemigos o corsarios; enemigos, es decir, cosas pertenecientes a un país en guerra con el nuestro o a sus súbditos [...]*” (SALVAT, Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino: parte general: de las cosas, de los hechos y actos jurídicos*. 8. ed. Buenos Aires: La Ley, 1947. p. 96).

²⁰ El Código Civil y Comercial Argentino, en el artículo 226 establece “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.*”

fin de sostener esta postura, sería necesario aceptar que el reflotamiento del buque (y por ende su separación del suelo) es imposible. Según la argumentación de la demanda, el mismo decreto en un momento se fundamenta que la Corbeta es una cosa mueble perdida, y en otra instancia se dice que es una cosa mueble abandonada; cuestiones que son jurídicamente distintas.

Para que la cosa se considere abandonada la doctrina exige dos condiciones: a) un acto de desprendimiento material de la cosa; b) la intención de no continuar ejerciendo el dominio sobre la cosa²¹. Es importante aclarar que no se configura el supuesto por la actitud pasiva del propietario, puesto que el dominio subsiste aún cuando no se lo ejerza (artículo 1.942 del Código Civil y Comercial). Es necesario un obrar positivo del propietario, que deliberadamente abandone la cosa para que la misma sea apropiada por el primer ocupante de ella. En este caso, evidentemente, falta la voluntad del dueño de abandonar la cosa.

De manera concordante, la ley de navegación establece un régimen específico para quien recoja de las playas o del agua bienes provenientes de naufragios, y también para quien intente reflotar los restos de naufragios. En todos los casos está prevista la notificación al titular dominial a fin de que ejerza su derecho de dominio o manifieste su voluntad de desprenderse de la cosa²².

Por último, es conducente destacar que hay algunos autores que han fundamentado la apropiación de ciertos pecios basándose en las disposiciones contenidas en la “Ley de Tesoros”²³. Pero al respecto, nuestro Código Civil y Comercial ha regulado en el artículo 1951 la exigencia que los mismos se encuentren escondidos y sin

memoria o indicio de quién sea su dueño. Ello definitivamente no es aplicable a un buque del cual tenemos datos acerca de su filiación.

Por lo antedicho entendemos que no es posible aplicar al caso las disposiciones de los bienes abandonados, atento a que no existió una voluntad manifiesta del Reino Unido de desprenderse de la Corbeta, y la mera inactividad para su recupero, como se glosó, no implica la pérdida de dominio de la misma.

Por su parte la ley de navegación, acorde a la época en la que fue dictada, no preveía la posibilidad de rescate de pecios que poseyeran valor cultural. Evidentemente las disposiciones atinentes al salvamento, que se desarrollan a continuación están concebidas para el rescate de buques comerciales o de aquellos que puedan perjudicar la navegabilidad de los ríos y mares.

Así, esta ley recepciona en su artículo 6 una antigua idea plenamente aceptada a nivel internacional, que establece que el buque será considerado como un fragmento del territorio de la bandera que enarbola, y por lo tanto, en todo lo atinente a su orden interno será regulado por la ley de su pabellón. Lo mismo sucedería aunque el buque navegue por aguas jurisdiccionales de un Estado extranjero, siempre y cuando sus actividades se enmarquen en lo entendido como “paso inofensivo”. Estas disposiciones tuvieron como objetivo dar un régimen jurídico a la comunidad viajante, a fin de establecer el derecho aplicable al caso concreto en una materia caracterizada fundamentalmente por la internacionalidad, y la puesta en contacto de ordenamientos jurídicos de diversos países. Así, con el objetivo de unificar criterios legislativos, han surgido un sinnúmero de instrumentos internacionales, entre ellos encontramos la Convención de Montevideo de 1940 (suscripta por Argentina) donde se recepta formalmente el principio antes mencionado, y además se acepta la imprescriptibilidad del dominio y la inembargabilidad de los buques estatales. Son considerados estatales aquellos buques afectados al cumplimiento de un servicio público, sin importar la titularidad sobre el mismo. En el caso de la H.M.S Swift, no hay dudas que al formar parte de la flota de la Real Armada Británica, y estar destinado a la guerra, está protegida por esta convención; por lo tanto, siempre será de propiedad del gobierno británico, hasta tanto no medie un efectivo desprendimiento del dominio.

La ley de Navegación contempla, como adelantamos, la posibilidad de que los propietarios de los pecios

²¹ Respecto de este último requisito, se exige que el abandono traduzca un propósito deliberado de abdicar del dominio: “Dicho acto tiene que ser voluntario, pues de no ser así, la cosa no será susceptible de apropiación [...]” (AREAN, Beatriz. Comentarios a los arts. 2524 al 2610 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 490-562. p.492). Por ello, el mismo Código Civil (hoy derogado), en el artículo 2.528 establecía que no son susceptibles de apropiación “los despojos de los naufragios”.

²² Sin embargo, la doctrina ha reconocido que si se tratare de buques enemigos, estas cosas pasan al dominio privado del Estado en virtud de lo establecido por el artículo 2.342, inciso 5 del Código Civil ya mencionado (SALVAT Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino: derechos reales*. Buenos Aires: Dominio Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962. p. 122).

²³ FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavallia, 2010.

o terceros, intenten iniciar tareas de reflotamiento, recuperación o extracción de los buques hundidos en aguas jurisdiccionales. El ordenamiento jurídico también reconoce el derecho de preferencia a quien primero diese la ubicación exacta de la embarcación. En este caso, uno de sus halladores fue Daniel Guillén, por lo tanto resultaba beneficiado por este favor concedido por la ley. Una interpretación dogmática de la normativa vigente evidencia que una vez que Guillén realiza el pedido de reflotamiento, se debió notificar al Cónsul británico (y no al gobierno santacrucense) puesto que conforme la ley analizada, la Convención de Montevideo y el Código Civil (vigente en ese momento), jamás se extinguió el dominio sobre este buque, así como tampoco se vio debilitado el lazo que unía al Reino Unido con la corbeta Swift, por el mero transcurso del tiempo.

Todo lo anterior demuestra que al momento del hallazgo de la Corbeta la misma no estaba identificada como “patrimonio cultural argentino” y las normas que le eran aplicables tenían la lógica privatista de los ordenamientos decimonónicos. Ello implicaba otorgar facultades extraordinarias al propietario (disponer, usar, gozar e incluso destruir la cosa) y la exclusividad del derecho respecto de terceros. Por esta razón se consideraba importante notificar al propietario de cualquier acción que se realizase sobre la cosa (v.g. el reflotamiento en la ley de navegación) y sólo perdía tal derecho por el abandono voluntario de la cosa.

4.2 El modelo comunitario: la identificación del patrimonio cultural subacuático

A la postre se fue configurando otra lógica en el sistema jurídico axiológico. Si bien no eran aplicables al momento del hallazgo, creemos oportuno mencionar las normas contenidas en la Convención sobre el Derecho del Mar, la Ley de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico y la Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuático pues dan cuenta de este nuevo paradigma. Las mismas contienen argumentos que pueden apoyar la tutela de la Corbeta como parte del patrimonio cultural subacuático argentino, a partir de considerarlo un derecho fundamental amparado por el artículo 41 de la Constitución Nacional.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar adoptó una postura proclive a la protección del patrimonio subacuático, en virtud de los diferentes regímenes jurisdiccionales establecidos en la

misma²⁴. De esta manera, podemos encontrar el principio general en el artículo 303, que establece la obligación de los Estados de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar. Un régimen específico se establece en el artículo 149 relativo a la regulación de la Zona (espacio marino fuera de los límites de la jurisdicción nacional). Se ordena que estos objetos de carácter arqueológico o histórico se dispongan “*en beneficio de toda la Humanidad*”. No obstante, a renglón seguido advierte acerca de los derechos preferentes de ciertos Estados que poseen un especial vínculo con dichos objetos.

En virtud de esta normativa, y por la ubicación de la Corbeta Swift, Argentina posee un derecho exclusivo sobre este objeto arqueológico en cuanto tal. Sin embargo, por el juego de la normativa del derecho de la navegación, que incluso a nivel internacional reconoce la aplicación de la ley de situación del buque como algo excepcional (v.g. embargo), esta afirmación es puesta en duda. En principio rige la Ley del Pabellón y así lo ratifica, aunque de manera incierta, la convención analizada.

De la misma jerarquía legal, aunque posterior en su ratificación por Argentina (2010), es la Convención de UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático que establece una obligación general de los Estados Parte de preservarlo. Si bien la protección del patrimonio subacuático fue un tema considerado desde la implementación de innovaciones tecnológicas que permitieron realizar hallazgos de manera más certera y segura²⁵, esta Convención fue el primer instrumento internacional sobre la temática. Mariano Aznar Gomez señala que la *International Law Association* “en 1988 ya

²⁴ “[...] la jurisdicción está repartida como sigue: 1. Los Estados ribereños tienen derechos exclusivos sobre los objetos arqueológicos e históricos en sus aguas interiores, mar territorial y aguas archipiélagicas. 2. Los Estados ribereños tienen jurisdicción por lo que respecta al levantamiento de tales objetos en cualquier zona contigua que ellos hayan proclamado a tal fin. 3. Todos los Estados disfrutan de libertad en aquella parte de la ZEE [Zona Económica Exclusiva] y de la plataforma continental situada fuera de la zona contigua por lo que respecta a la remoción de objetos arqueológicos” (CONDE PÉREZ, Elena. *La investigación científica marina: régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p.25). Sobre las obligaciones internacionales que se generan para la protección del ambiente marino, puede consultarse OLIVEIRA, Carina Costa de; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. *Revista Direito Internacional*, v. 12, p. 108-124, n. 1, 2015.

²⁵ ROBERTS, Hayley. The British ratification of the underwater heritage convention: problems and prospects. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 4, n. 67, p. 833-865, 2018.

había establecido en su seno un Comité sobre el derecho del patrimonio cultural y que un año más tarde [...] empezaría a redactar un Proyecto de convención sobre el patrimonio cultural subacuático²⁶. Sin embargo fueron necesarias varias reuniones de expertos para lograr consenso sobre los principios y reglas generales de esta Convención²⁷.

El objetivo de la Convención es la cooperación entre los Estados para salvaguardar el patrimonio subacuático. Esta preservación deberá hacerse en beneficio de la Humanidad y privilegiará la conservación *in situ* de los bienes²⁸.

En concordancia con la Convención sobre el Derecho del Mar, respeta la soberanía nacional en la reglamentación y autorización de actividades destinadas a la tutela del patrimonio cultural subacuático que se encuentra sumergido en aguas jurisdiccionales. No obstante, en su Anexo prevé las “*Normas relativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático*” que los Estados Parte deben incorporar en su legislación.

De esta manera se puede observar una globalización del derecho aplicable, a partir de la internacionalización de normas emanadas de una Organización de este tipo.

²⁶ AZNAR GÓMEZ, Mariano. Protección en el espacio iberoamericano del patrimonio subacuático y convenios de la UNESCO. In: BARRADO Cástor M. Díaz *et al.* (coord.). *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*. Madrid: Thomson Reuters, 2011. p. 139.

²⁷ Al respecto puede consultarse: GONÇALVES, Ruben Miranda. The protection of the underwater cultural heritage in the Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001. *Revista de derecho*, v. 1, n. 24, p. 247-262, 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100247> Acceso en: 20 mayo 2020.

²⁸ Resulta interesante destacar que la idea de que el país de origen no es siempre el lugar más adecuado para la conservación de los bienes del patrimonio cultural ya ha aparecido en el debate internacional en torno a la protección de los mismos. Así, Saliba Aziz y Fabris Alice Lopes analizan los argumentos enunciados por Grecia para la recuperación de los Mármoles del Partenón y los brindados por Gran Bretaña para mantenerse en posesión de los mismos. A partir de allí las autoras entienden que “*hay dos concepciones (para el regreso o mantenimiento), una nacionalista y otra internacionalista de protección de los bienes culturales. La concepción nacionalista entiende que el patrimonio cultural posee tal título porque es parte de la identidad cultural de un pueblo, estando estrechamente ligado a la idea de cultura. [...] La concepción internacionalista en tanto, tiene como base el hecho de que tales elementos muchas veces son llamados “de la humanidad”, perteneciendo así a la humanidad como un todo y no solamente a un país. Luego, el Estado que tendría prioridad en hospedar estos bienes culturales sería aquél que ofreciera una mayor preservación, integridad y distribución y no necesariamente el país de origen*” (SALIBA, Aziz; LOPES FABRIS, Alice. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017).

Esta clase de regulaciones, denominadas *soft law*, se han incrementado exponencialmente y vienen acompañadas de la necesidad de implementación al interior del Estado²⁹. Dicha implementación, habitualmente realizada por el Poder Ejecutivo, permite advertir que la administración es permeable respecto del plano internacional³⁰ (*cita omitida para preservar autoría*).

La Convención adopta una nueva visión de la tutela del patrimonio, privilegiando dicha protección sobre las normas de salvamento y hallazgos, en concordancia con lo reclamado por la doctrina³¹ y acorde a una visión de los pecios ya no sólo como un bien comercial o un obstáculo a la navegación sino como bienes integrantes del patrimonio cultural de la Humanidad.

Para el caso en estudio, es de vital importancia lo establecido en el artículo 7 inciso 3 respecto de la notificación al Estado de Pabellón del descubrimiento de buques que sean identificables, con la finalidad de cooperar sobre los mejores métodos de protección del mismo.

Finalmente, respecto de la conservación del patrimonio cultural subacuático³², y del acceso del público al mismo, las disposiciones de la Convención ratifican lo obrado en Puerto Deseado, a través de la creación del Museo Mario Brozowski y de la actividad desplegada por el INAPL.

No obstante, es preciso señalar que el Reino Unido (país de bandera del buque) no suscribió a esta Con-

²⁹ Sobre esta categoría normativa, puede consultarse: GALBRAITH, Jean; ZARING, David. Soft law as foreign relations law. *Cornell Law Review*, n. 99, p. 735-794, 2014. Disponible en: <http://cornelllawreview.org/files/2014/05/99CLR735.pdf> Acceso en: 03 mayo 2020.

³⁰ Para consultar esta argumentación con más detalle: LEVRAND, Norma; ENDERE, María. Nuevas categorías patrimoniales: la incidencia del soft law en la reciente reforma a la ley de patrimonio histórico y artístico de Argentina. *Revista Direito GV*, Brasilia, v. 16, n. 2, p. 1-31, 2020. p. 31; LEVRAND, Norma. La tutela jurídica del patrimonio cultural bajo la influencia del soft law: estudio del caso Misiones Jesuíticas Guaraníes en Argentina. *Cuadernos del CLAEH*, v. 37, n. 108, p. 121-142, 2018.

³¹ Al respecto señala Fernandez Domingo que “[...] aspectos tan esenciales como son los del rescate y, sobre todo, el de su posible importancia para el patrimonio de la nación, no se habían vislumbrado”. (FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavalía, 2010. p. 55).

³² “Para Merryman el primer criterio que debe ser observado es el de la preservación, ya que si los elementos fuesen destruidos, la humanidad sería privada de una importante parte de su patrimonio cultural [...] El segundo aspecto a ser observado sería el de la integralidad de los elementos, teniéndose en cuenta la unidad de la obra”. (SALIBA, Aziz; LOPES FABRIS, Alice. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017).

vención. Si bien incorporó en 2005, como política nacional las “*Normas relativas a actividades dirigidas [...]*” que conforman el Anexo de la Convención estudiada, ello demuestra la fuerza globalizadora de este tipo de directrices y no hace exigible el texto de la Convención, la cual aún no ha suscrito.

La pregunta por la posibilidad de proteger la Corbeta conforme la Convención, aún cuando el Estado de bandera del buque no la suscribió, exige considerar las normas del derecho internacional. El mismo está compuesto por el sometimiento voluntario y libre de los Estados a los Tratados y Convenciones, a partir de su suscripción y posterior ratificación y también por el reconocimiento de la costumbre internacional. En este último caso, implicaría la repetición de acciones de salvaguarda del patrimonio cultural subacuático por parte del Reino Unido siguiendo los lineamientos de la Convención. Ninguna de las dos posiciones se verifican en este momento.

Al momento de la discusión de la Convención en el seno de UNESCO, el Reino Unido optó por no votar la misma, arguyendo una serie de cuestionamientos al texto. En lo que nos ocupa, fue importante la alusión a la contradicción evidente entre el texto de la Convención de UNESCO y la Convención del Derecho del Mar anteriormente desarrollada respecto de la inmunidad de los buques estatales³³. Durante varios años se trabajó para convencer al Reino Unido de ratificar la Convención³⁴. Ello incluyó un Proyecto de Revisión que contenía las acciones llevadas adelante por Argentina en el recupero de la Corbeta HMS Swift³⁵.

³³ “*Las discusiones sobre los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado utilizados en el servicio no comercial han demostrado ser polémicas. Ha habido intentos exhaustivos de llegar a un consenso entre las demandas en competencia de la inmunidad soberana disfrutada por los Estados del pabellón, por un lado y las reclamaciones jurisdiccionales de los Estados ribereños por otro. Por desgracia, las diferencias no han sido resueltas. El Reino Unido considera que el texto actual erosiona los principios fundamentales de la costumbre del derecho internacional, codificada en la Convención sobre el Derecho del Mar de ONU, de la inmunidad soberana que es retenida por el Estado sobre los buques de guerra y buques y aeronaves utilizados para el servicio no comercial hasta que no sean expresamente abandonados por ese Estado.*” Posición del Reino Unido en la explicación de la votación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático en 2001 citado por Gribble (GRIBBLE John. The UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001 an impact review for the united kingdom: project design. *Journal Maritime Archeology*, n. 6, p. 77-86, 2011).

³⁴ ROBERTS, Hayley. The British ratification of the underwater heritage convention: problems and prospects. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 4, n. 67, p. 833-865, 2018.

³⁵ GRIBBLE John. The UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001 an impact review for the

Cronológicamente anterior, pero jerárquicamente inferior es la ley de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico N° 25.743. La misma incluye una definición de Patrimonio Arqueológico en su artículo 2³⁶ que contempla el patrimonio sumergido.

Lamentablemente la desacertada alusión al vínculo con “[...] grupos socioculturales que habitaron el país” podría atentar contra la consideración de la Corbeta como “patrimonio arqueológico” de nuestro país. La Corbeta, y todo lo que en ella pueda encontrarse hace referencia a la vida de a bordo de la comunidad viajante, vida que será el fiel reflejo de la cultura británica de aquella época. Con tono casi poético dice el jurista español, Jesús Fernández Domingo indica que

[...] un barco hundido constituye una cápsula de tiempo. Esta embarcación es algo más que el pecio que se nos presenta, que la carga, que las propias víctimas. Es, sencillamente, un momento de una sociedad que se ha quedado, para siempre, fijada en un lugar de la Historia [...] La Arqueología nos regala un día en la vida de unas personas, de un microcosmos, de una sociedad, compleja aunque reducida, varada para siempre en un rincón de la eternidad [...]³⁷.

Es claro que en este punto se produce una colisión entre los derechos reivindicados por la comunidad que construyó vínculos con la historia del barco posteriormente al hallazgo; y los derechos alegados por la comunidad que está legítimamente unida al barco por un vínculo anterior, ya que el pecio encierra un fragmento de su propia historia.

A pesar de lo antes dicho, en caso de considerarse como patrimonio arqueológico argentino, el dominio del mismo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley, corresponde a la Provincia de Santa Cruz. La ley establece un régimen completo de estos bienes, instituyendo una autoridad de aplicación a nivel nacional (INAPL) y respetando las facultades provinciales de establecer sus propias autoridades de control.

Se configura, a partir de la normativa citada, una nueva lógica de prelación de principios, en la que el de-

united kingdom: project design. *Journal Maritime Archeology*, n. 6, p. 77-86, 2011. p. 81.

³⁶ La Ley 25.743, en su artículo 2 establece: “*Forman parte del Patrimonio Arqueológico las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes.*”

³⁷ FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavallía, 2010. p. 12.

recho colectivo a la tutela del patrimonio cultural (como un derecho de la Humanidad en las convenciones internacionales y como un derecho de los habitantes argentinos en la regulación nacional) prevalece sobre el derecho de propiedad y el Estado de pabellón. Esta nueva lógica no desconoce el vínculo entre el Estado de pabellón y el buque, sino que por el contrario intenta que dicho Estado y el Estado en el cual se encuentra el pecio cooperen a fin de lograr una mejor conservación del patrimonio subacuático. La finalidad tuitiva implica que exista un acceso público al mismo, y por ello se fomentan actividades de divulgación y se niega la posibilidad de comercio privado de los bienes.

5 Reflexiones finales

Este trabajo parte del análisis de un caso de estudio que permite visualizar el rol del derecho en el proceso de construcción del patrimonio cultural.

El hallazgo de la Corbeta Swift, producido en un momento en el cual Argentina no contaba con una normativa específica de patrimonio subacuático, y en el ámbito internacional esta temática aún se debatía en los espacios científicos, precipitó una serie de acciones que culminaron con la construcción simbólica del hallazgo como parte de la identidad de Puerto Deseado.

A ello contribuyeron, en primer lugar, los actores que estimularon la catalogación de este pecio como un bien colectivo. Por un lado, con un alcance limitado por su interés, el grupo de buzos amateur que realizaron el hallazgo, posibilitaron posteriores campañas para el rescate de objetos y restos humanos de la Corbeta. Inmediatamente la Provincia de Santa Cruz generó un espacio de investigación y difusión del hallazgo en el actual Museo Municipal Mario Brozoski. Estos factores, sumados a la acción de los expertos que generaron investigación en el ámbito de la categoría “patrimonio subacuático”, permitieron consolidar una comprensión del hallazgo epistémicamente signada por la comunitarización de los objetos rescatados y la creación de un pasado ligado a las exploraciones continentales en los habitantes de la localidad de Puerto Deseado.

Sin embargo, esta construcción del patrimonio cultural no estuvo exenta de tensiones. Las mismas se evidenciaron en la causa judicial, que fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como se ex-

plicó, uno de los buzos que halló el pecio reclamó la propiedad del hallazgo y su reflotamiento conforme las normas jurídicas del derecho de la navegación vigentes en ese momento. En esta encrucijada el rol del derecho y de sus operadores es fundamental, para decidir la disputa a favor del patrimonio cultural.

Si bien el derecho al patrimonio cultural no se encontraba constitucionalizado, el desarrollo del mismo en el ámbito internacional, fundamentalmente a partir de la labor de UNESCO, ofreció argumentos a la Provincia de Santa Cruz para generar normas jurídicas que declararon que la Corbeta Swift pertenecía al patrimonio de la misma. En su interpretación de las normas del derecho de la navegación, la Corte Suprema entiende que esta declaración de la provincia posee mayor legitimidad que la bandera del buque. Por ello convalida la notificación realizada por la autoridad administrativa a la provincia como propietaria del pecio. La legitimidad de esa declaración debe ser cuestionada previamente a la solicitud de reflotamiento, en la interpretación judicial. De este modo se manifiesta el rol que el derecho cumple en la construcción de este patrimonio cultural.

El análisis de las normas jurídicas que juegan sincrónicamente a favor y en contra de la protección del patrimonio subacuático en Argentina da cuenta de las tensiones que se producen en un momento de cambio paradigmático. Este cambio no sólo involucra las lógicas privatista y colectivista de los bienes, sino también los desplazamientos que se producen por la mayor influencia del derecho internacional. La globalización ha trascendido también en el ámbito de la tutela del patrimonio cultural. En efecto, si bien no existe una fuente de Derecho Internacional que obligue al Reino Unido a respetar una Convención que no ha ratificado, dicho país ha incorporado como una política interna las normas que conforman el Anexo de la misma. Ha internalizado, de esta manera, una fuente de derecho internacional no obligatoria para sí, con la consecuencia de aplicar estas normas en su jurisdicción.

El rol del derecho, junto a la labor de los otros actores evidencian la creación de un vínculo entre la Corbeta Swift y la comunidad de Puerto Deseado. Este vínculo, inexistente en 1982, se formó a partir de la apropiación de la historia por parte de la comunidad. Esta apropiación fue fomentada, mediada, por la difusión del hallazgo y de las circunstancias históricas del hundimiento del buque, que se realizó tanto desde la gestión cultural

del Museo como desde las investigaciones del INAPL o desde los medios de comunicación que informaron el descubrimiento y siguieron su derrotero. Pero también es necesario reconocer que dicha apropiación fue apropiada por el juego de normas jurídicas y su interpretación por la Corte Suprema de la Nación. De este modo se creó un patrimonio cultural para Puerto Deseado, y hoy esta sociedad percibe que el pecio le pertenece.

Referencias

- AREAN, Beatriz. Comentarios a los arts. 2524 al 2610 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 490-562.
- ARGENTINA. *Ley 20.094*. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43550/texact.htm> Acceso en: 03 mayo 2020.
- AZNAR GÓMEZ, Mariano. Protección en el espacio iberoamericano del patrimonio subacuático y convenios de la UNESCO. In: BARRADO Cástor M. Díaz *et al.* (coord.). *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*. Madrid: Thomson Reuters, 2011.
- CONDE PÉREZ, Elena. *La investigación científica marina: régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Guillén, Daniel Esteban c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa de la Nación) s/ demanda contencioso-administrativa” CSJN, 24/08/1995. www.csjn.gob.ar
- DELLINO, Virginia; ENDERE María Luz. The HMS Swift shipwreck. The development of underwater heritage protection in Argentina. *Conservation and management of archeological sites*, v. 4, p. 219-231, 2001.
- ELKIN, Dolores. Bucear en la historia: Puerto Deseado y Península de Valdez. *En Patagonia*, Buenos Aires, v.1, n. 2, p. 6-42, 2004.
- ELKIN, Dolores. Un naufragio, un diario y un hombre. *Novedades de Antropología*, Buenos Aires, v. 69, p. 11-13, ago./nov. 2011.
- FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavalía, 2010.
- GALBRAITH, Jean; ZARING, David. Soft law as foreign relations law. *Cornell Law Review*, n. 99, p. 735-794, 2014. Disponible en: <http://cornelllawreview.org/files/2014/05/99CLR735.pdf> Acceso en: 03 mayo 2020.
- GONÇALVES, Ruben Miranda. The protection of the underwater cultural heritage in the Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001. *Revista de derecho*, v. 1, n. 24, p. 247-262, 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100247> Acceso en: 20 mayo 2020.
- GOWER, Erasmus. *An Account of the Loss of His Majesty's Sloop Swift: in Port Desire, on the Coast of Patagonia, on the 13th of March, 1770; and of Other Events which Succeeded, in a Letter to a Friend*. Londres: W. Winchester and Son, 1803.
- GRIBBLE John. The UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001 an impact review for the united kingdom: project design. *Journal Maritime Archeology*, n. 6, p. 77-86, 2011.
- HIGTON Elena; WIERZBA Salomé. Comentarios a los arts. 2311 a 2350 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 10-135.
- KENNEDY, David. Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance. *Sydney Law Review*, v. 27, p. 1-24, 2004.
- LEVRAND, Norma. La tutela jurídica del patrimonio cultural bajo la influencia del soft law: estudio del caso Misiones Jesuíticas Guaraníes en Argentina. *Cuadernos del CLAEH*, v. 37, n. 108, p. 121-142, 2018.
- LEVRAND, Norma; ENDERE, María. Nuevas categorías patrimoniales: la incidencia del soft law en la reciente reforma a la ley de patrimonio histórico y artístico de Argentina. *Revista Direito GV*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 1-31, 2020.

MARTÍNEZ NOGUEIRA Rorberto. La coherencia y la coordinación de las Políticas Públicas: aspectos conceptuales y experiencias. In: PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO (ed.) *Los Desafíos de la Coordinación y la integralidad de las políticas y gestión pública en América Latina*. Buenos Aires: Jefatura de Gabinete de Ministerios, Presidencia de la Nación, 2010. p. 13-46.

MURIEL, Daniel. El patrimonio como tecnología para la producción y gestión de identidades en la sociedad del conocimiento. *Revista Chilena de Antropología*, n. 19, 2008. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCA/article/viewArticle/14318> Acceso en: 25 out. 2020.

OLIVEIRA, Carina Costa de; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. *Revista Direito Internacional*, v. 12, p. 108-124, n. 1, 2015.

OROZCO PARDO, Guillermo; PEREZ ALONSO, Esteban. *La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural o Artístico*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

ROBERTS, Hayley. The British ratification of the underwater heritage convention: problems and prospects. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 4, n. 67, p. 833-865, 2018.

SALIBA, Aziz; LOPES FABRIS, Alice. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017.

SALVAT Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino: derechos reales*. Buenos Aires: Dominio Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962.

SALVAT, Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino: parte general: de las cosas, de los hechos y actos jurídicos*. 8. ed. Buenos Aires: La Ley, 1947.