

# LA DISPUTA POR EL GALEÓN SAN JOSÉ Y SU PECIO: ESTUDIO DE CASO DE LA NACIÓN QHARA QHARA (PUEBLOS INDÍGENAS DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA) BAJO LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\*

## THE DISPUTE FOR THE SAN JOSÉ GALEON AND HIS PETICE: CASE STUDY OF THE QHARA QHARA NATION (INDIGENOUS PEOPLES OF THE PLURINATIONAL STATE OF BOLIVIA) UNDER THE JURISPRUDENCE OF THE IDH COURT

Andrea Paola Buitrago Rojas \*\*, Guillermo Alfonso Gómez Agudelo \*\*\*  
y Laura Carolina Alonso Osorio \*\*\*\*

Esta investigación tiene por objeto caracterizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en relación con los bienes muebles, con el fin de determinar el precedente judicial existente en las sentencias respecto de asuntos étnicos proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de construir una red discursiva que dé cuenta de los códigos que emergen de la narrativa ancestral y cultural de la Nación Qhara Qhara, pueblos indígenas originarios de Bolivia, en relación con la discusión jurídica por la propiedad del pecio que se encuentra en el galeón *San José* en aguas del territorio colombiano.

**Palabras claves:** Galeón *San José*, derecho a la propiedad colectiva, pueblos indígenas y nación Qhara Qhara.

*The purpose of this research is to characterize the right to collective property of indigenous peoples in relation to movable property, in order to determine the existing judicial precedent in the judgments on ethnic matters issued by the Inter-American Court of Human Rights and to build a network discursive that accounts for the codes that emerge from the ancestral and cultural narrative of the Qhara Qhara Nation, indigenous peoples of Bolivia, in relation to the legal discussion for the ownership of the wreck found in the San José Galleon in the waters of the territory Colombian.*

**Key words:** Galeón *San José*, right to collective property, indigenous peoples and Qhara Qhara nation.

### Introducción

Los trabajos jurídico-sociales acerca del galeón *San José* dan cuenta de la discusión pertinente a la historia, la propiedad del navío y la carga, pero la perspectiva jurídica de los derechos de los pueblos indígenas bajo el legado histórico no es recurrente en estos trabajos, ya que “son escasas las referencias en la historiografía colonial a la Academia de Minería de Potosí, y la razón es sencilla pues gozó

de una corta vida y un escaso impacto en la sociedad y minería del Potosí del siglo XVIII” (Gaviria, 2019: 109). Es el caso de los documentos históricos que registran el año 1537 como la fecha en que se realizó el primer transporte de oro y plata de América a España bajo la protección de la Real Armada. A finales del siglo XVI y comienzos del XVII los viajes marítimos fueron recurrentes entre ambos continentes, pero hacia la mitad del siglo XVII la decadencia del tráfico de galeones

\* Proyecto financiado por la Unidad de Investigación de la Convocatoria FODEIN 2020, código 20480020 de la Universidad Santo Tomás, Colombia.

\*\* Departamento de Humanidades y Formación Integral e Instituto de Estudios Socio históricos Fray Alonso de Zamora, Universidad Santo Tomás, Colombia. Correo electrónico: andreabuitrago@usantotomas.edu.co

\*\*\* Departamento de Humanidades y Formación Integral, Grupo de Investigación CETHI, Universidad San Tomás, Colombia. Correo electrónico: guillermogomez@usantotomas.edu.co

\*\*\*\* Facultad de Filosofía y Lengua Castellana, Universidad Santo Tomás, Colombia. Correo electrónico: lauraalonso@usantotomas.edu.co

era absoluta, por lo que “los comerciantes de Lima y Perú preferían comerciar con Buenos Aires a través del estrecho de Magallanes y la Provincia de la Nueva España y Tierra Firme que abastecían el contrabando de productos franceses e ingleses” (Villegas, 2018: 103).

Los galeones *San José* y *San Joaquín* fueron contruidos bajo la dirección de Pedro de Aróstegui y su hijo en 1696, contando con una capacidad de 500 tripulantes y una deficiente calidad de madera, debido a la crisis económica española bajo el reinado de Carlos V. Esto obligó a que el bajel estuviera anclado en Cádiz desde 1696 para realizarle reparaciones, ya que la madera empezó a pudrirse de manera incipiente. En 1706 se ordenó la salida de la flota bajo el mando de don José Fernández de Santillán, quien había sido nombrado en 1687 como capitán de la Armada que tenía por objeto transportar los tesoros de América a España. Haring (1939) relata que los barcos mercantes no podían realizar por sí solos el viaje a las Indias por lo que tenían que realizarlo en flotillas para combatir la piratería del Caribe, defender la costa del mar Atlántico, proteger el comercio en México y escoltar la flota cuando salía y regresaba de las Indias, siendo el caso de la Armada de galeones. Zaragoza (2005) ha documentado los trabajos de Dionisio de Alcedo y Herrera, quien en un escrito al descendiente del conde de Casa Alegre (sucesor de José Fernández de Santillán) relató los sucesos que produjeron el hundimiento del barco. Se cuenta que el *San José* fue cargado de tesoros desde Perú por una feria realizada en Portobelo, luego fue dirigido a Cartagena para emprender el regreso a Cádiz. Aunque los informes indicaron la presencia de buques de guerra, Fernández de Santillán tomó la decisión de realizar el viaje debido a la protección ofrecida por Abraham Duquesne. El navío fue atacado y hundido el 8 de junio de 1708 por la escuadra inglesa del vicealmirante Carlos Wagner, a diferencia del *San Joaquín* que resistió el ataque y escapó rumbo a España con el poco tesoro que le quedaba:

Hacia las 5 y media de la tarde comenzó la batalla, cerca de las islas del Rosario y el Tesoro y de Barú. El Expedition entró en combate con el *San José*, que se había adelantado al encuentro del enemigo. Tras cerca de dos horas y media se vieron resplandores y fognazos en el *San José*.

Se oyó griterío y al final una llama se elevó por encima del palo mayor. En el tiempo que se tarda en rezar un Credo, casi seiscientas personas se hundieron con la Capitana de Galeones. Sobrevivieron siete marineros que estaban en las gavias. Tan extraña explosión es parte del misterio del *San José* (Villegas, 2018: 108).

Fue hasta 1982 que reapareció en la historia mundial el *San José*, al ser aparentemente localizado por la empresa norteamericana Sea Search Armada, que contó con la autorización de la Dirección General Marítima de Colombia (DIMAR); poniendo en controversia la propiedad del derrelicto y su carga. Para el 2007 la Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoció la propiedad del 50% de los tesoros a la empresa norteamericana, pero en virtud de la Ley N° 1675 de 2013 (con la que se construyó un marco jurídico para regular el patrimonio cultural sumergido) el porcentaje otorgado se limitó al 5%, siempre y cuando el tesoro no fuera parte del patrimonio arqueológico de Colombia. El expresidente Santos anunció el verdadero hallazgo del *San José* en el 2015, argumentando la existencia de diferencias entre las coordenadas de ubicación proporcionadas por la Sea Search Armada y la ubicación material del bajel.

Autores como Germán (2017), Ramírez y Salas (2017), Vega *et al.* (2018) y Pallares (2018) han denunciado la importancia de integrar el contexto de hundimiento de un buque de Estado en acción de guerra a la controversia, lo que generaría la inmunidad soberana de España por la bandera que lleva el *San José*. A esto se suma la Convención sobre el patrimonio subacuático (2001) de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que persiguió mecanismos de cooperación internacional que asumieran reglas técnico-arqueológicas para la conservación y reconoció la inmunidad soberana de los buques de Estado sumergidos; implicando la adhesión española en el 2005 y el rechazo de Colombia.

Mateus (2016) propone una disertación de la propiedad del navío desde la perspectiva jurídica internacional y local colombiana, donde muestra la imposibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones internacionales, como es el caso del “Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989 (...) y la Convención sobre Patrimonio

Cultural Subacuático de 2001” (Mateus 2016: 20146); siendo únicamente aplicable el derecho interno, es decir la Ley N° 1675 de 2013, el Código Civil y el Código de Comercio de Colombia que determinan que toda especie náufraga debe tener un dueño aparente o conocido de forma privada. Sin embargo, es necesario precisar que en los últimos años el Estado colombiano ha desarrollado un constante cambio de decisiones políticas y creaciones jurídicas (*Ley N° 1675 de 2013, Decreto 1698 de 2014, Sentencia 264 de 2014 de la Corte Constitucional, el Decreto Único Reglamentario 1080 de 2015, el Decreto 1530 de 2016, el Decreto 1389 de 2017 y la Sentencia 02704 del Consejo de Estado del 2018*) bajo la categoría de “Patrimonio cultural sumergido”, modificando la situación jurídica nacional e internacional del *San José*. El gobierno de turno manifestó públicamente el reconocimiento del galeón como patrimonio cultural de la humanidad, proponiendo una lectura del valor científico e histórico del pecio del *San José* que desde la Numismática permitiría “entender mejor la economía de la América colonial y la nueva política reformista que inició la dinastía borbónica del rey Felipe V” (Vázquez, 2018: 187).

El estudio de caso que se propone en este trabajo es acerca del galeón *San José* y la Nación Qhara Qhara, pueblos indígenas originarios de Bolivia, quienes a lo largo de su historia han desarrollado prácticas culturales de memoria como ejercicio de la propiedad comunal en algunos de los bienes muebles que por tradición e historia ancestral saben que se encuentran en el navío, ya el “patrimonio vendría a ser la forma de relacionarnos con el pasado correspondiente a un ‘régimen de historicidad’ presentista, esto es, (...) un fenómeno que no debe ser ‘asumido’ sencillamente como un fenómeno epocal (como una mutación ontológica que se nos impone), sino ponderado y sopesado, en tanto implica el suplantamiento de un modo de relacionarnos con el pasado que propiciaba la crítica del presente” (Aravena, 2014: 77).

Los indígenas han visitado de manera diplomática a Colombia en el 2017, 2018 y 2019, buscando ser incluidos con autonomía y autogobierno en el proceso de identificación y destinación de los bienes sumergidos; lo que pone en disputa la existencia de un derecho patrimonial colectivo desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos que puedan tener los pueblos indígenas extranjeros en Colombia respecto

del pecio de la embarcación. La Vicepresidencia de la República recibió a la Nación Qhara Qhara en diciembre de 2019 y asignó una audiencia en el primer semestre del 2020, pero por la actual situación de pandemia, esto no ha sido posible, por lo que se presenta esta investigación como una forma paralela de darle publicidad a la situación de los derechos de los pueblos indígenas.

### Metodología

En este trabajo fueron implementadas dos metodologías de investigación, una atendió a un ejercicio de la dogmática jurídica y la otra al análisis de la narrativa indígena, cuya lectura permitió construir un panorama complementario que analiza y propone una solución del caso. En primer lugar, se reconstruyó el precedente judicial en materia de pueblos indígenas proporcionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, elaborando líneas jurisprudenciales que partieron de preguntas dinamizadoras de la protección internacional de bienes muebles bajo la categoría de propiedad colectiva; ya que la jurisprudencia es una herramienta imprescindible a la hora de fijar el alcance del Derecho, donde la regla del precedente y su observancia suele justificarse acudiendo a argumentos como la igualdad de trato, la seguridad jurídica y la predictibilidad de los sistemas jurídicos. Al respecto Pulido (2018) y López (2011) han advertido que el precedente judicial otorga una garantía a los asociados del *Rule of law*, ya que bajo un seguimiento sistemático de las sentencias de Altos Tribunales permite ubicar una postura concreta respecto de un problema en un período determinado.

En segundo lugar, se expone un estudio narrativo empleando el *software* Atlas-Ti y la teoría fundamentada que parte de fortalecer una propuesta teórica bajo códigos que emergen de la voz de las personas, consolidando una red discursiva que otorga sentido y estructura respecto de la enunciación colectiva de un grupo social. La narrativa recopilada es el producto de entrevistas realizadas a las máximas autoridades de gobierno judicial de la Nación Qhara Qhara concernientes al caso del *San José*. A modo de conclusión, se contrastan los resultados jurídicos de las líneas jurisprudenciales con la red discursiva, constituyendo la síntesis y resolución del caso.

## Resultados

### 1. El pecio del galeón *San José* y los derechos de los pueblos indígenas

En este apartado se propone examinar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho a la propiedad colectiva y la diversidad étnica y cultural de grupos étnicos que resultan aplicables al caso del pecio del *San José*, ya que estos fallos son vinculantes a Colombia por vía del artículo 93 de la Constitución Política, al que se integra la protección internacional de los derechos humanos. Se examinaron nueve sentencias entre el período 2001-2020, fechas en la que se registran fallos resolutivos en materia de grupos étnicos y propiedad colectiva. Es importante advertir la aplicación del principio internacional de Igualdad y No discriminación sobre los derechos de los pueblos indígenas, en la medida que la Nación Qhara Qhara está conformada por un conjunto de pueblos originarios de Bolivia, extranjeros en el territorio y en la jurisdicción colombiana, cuya condición no impide el reconocimiento y aplicación de las obligaciones asumidas internacionalmente.

#### 1.1. *La propiedad colectiva y su relación con la diversidad cultural y étnica en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

La primera sentencia se inscribe en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), donde la Corte IDH interpreta el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de *San José* de Costa Rica) en relación con la propiedad privada, que comprende el derecho que tiene toda persona a usar y gozar de sus bienes, los que pueden ser limitados por la ley bajo escenarios de utilidad pública o interés social, generando una indemnización. Es por ello que se define la categoría de bienes 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 tener un valor” (Corte IDH, 2001: 76). Se hace énfasis en la importancia de interpretar un tratado internacional de derechos humanos como instrumentos vivos de derechos, lo que asiente un acoplamiento en el tiempo a las circunstancias de

vida reales y específicas, involucrando una exégesis del artículo 21 bajo la connotación de propiedad colectiva o comunal a pueblos indígenas. Esta última es el resultado de una forma de vida y de tradiciones comunitarias que llevan a reconocer la propiedad colectiva de la tierra, que no se perfila de forma individual sino grupal, bajo una cosmovisión donde la relación con la tierra orienta el sentido de la vida cultural, espiritual y económica de los pueblos indígenas, legado de transmisión a las generaciones futuras. Asimismo, la simple posesión es suficiente para obtener una afirmación de este derecho y un registro oficial, aun en los casos que se carezca de un título, reconociendo el valor jurídico de la costumbre.

En el caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam (2005) este tribunal reiteró el reconocimiento de la propiedad colectiva con la simple posesión de la tierra debido a “los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral” (Corte IDH, 2005: 57). Este derecho es el resultado de implementar el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en el artículo 13 advierte “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (Corte IDH, 2005: 80), por lo que en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005) se asevera la trascendencia de integrar una definición y relación de la propiedad colectiva conforme con la diversidad étnica y cultural. “La base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente” (Corte IDH, 2005: 72-73). Este tipo de relaciones se ubican bajo expresiones tradicionales, ceremoniales, espirituales, así como prácticas económicas y ambientales relacionadas con la cultura étnica, lo que supone que la protección de los territorios tradicionales y recursos naturales relacionados con la cultura de los pueblos indígenas deban ser reconocidos y protegidos por el artículo 21 de esta Convención, “así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados” (Corte IDH, 2005: 80). Finalmente, se reitera la definición del concepto –bienes– como derecho

del patrimonio de una persona, repitiendo que esto implica tanto a bienes muebles como inmuebles.

El uso de los términos propiedad y posesión colectiva es explicado en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay (2006) al asumir una connotación colectiva bajo una relación de pertenencia grupal, gozando de una protección jurídica producto de la relación con el derecho a la diversidad cultural y étnica. Se insiste en la posesión de la tierra como el único requisito que deben tomar los Estados para reconocer y registrar la propiedad colectiva. En los casos donde esta posesión se haya interrumpido por causas ajenas a la voluntad de los pueblos (situaciones de violencia o amenazas) surge el derecho a recuperar la propiedad, como expresión de garantía indefinida pero dependiente de la relación espiritual y tradicional: siempre y cuando se mantenga una relación con los bienes que se adhieran a esta, junto con la desaparición de impedimentos del ejercicio de este derecho; exceptuando los casos de traslado de la propiedad a un tercero de buena fe.

El caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam (2007) integra el análisis del Comité de Derechos Humanos (PIDCP) sobre el artículo 27 que permite identificar el derecho de un individuo y un grupo a gozar de su cultura en relación con el territorio y sus recursos, así como el derecho a su propio desarrollo social, cultural, económico y espiritual que emerge del territorio tradicional. Las formas de mantener la relación con la tierra que tienen los pueblos indígenas son referidas en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay (2010) que confirma la jurisprudencia previa y explicita “el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura” (Corte IDH, 2010: 30), siempre y cuando los pueblos indígenas no tengan impedimento de realizar estas actividades.

La relación que existe entre el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal indígena y la democracia se documenta en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador (2012), ya que la consulta previa se constituye como una “de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular

su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta” (Corte IDH, 2012: 43). La recurrente integración interna de la Consulta previa en el derecho interno de los Estados la ha constituido en una norma convencional y un principio general del Derecho Internacional. Esta deberá realizarse de buena fe, persiguiendo un acuerdo o consentimiento de las medidas al ser un instrumento de participación y diálogo entre las partes.

En el caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros *vs.* Panamá (2014) se hace un resumen de todos los elementos que implica el derecho a la propiedad colectiva. Se destaca la aclaración de voto del juez Mac-Gregor Poisot al resumir las características del derecho a la propiedad colectiva: 1) es una construcción jurídica para proteger la diversidad cultural y étnica bajo el ejercicio de la propiedad, como una institución alterna a la propiedad privada, 2) es una interpretación extensiva del artículo 21 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3) la protección de la tierra se fundamenta en la necesidad de reconocer la cultura y de poderla transmitir a generaciones futuras y 4) el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva requiere del reconocimiento de un título, cuyo proceso se realiza a partir de una delimitación y demarcación del territorio de común acuerdo con los pueblos indígenas y sus vecinos. Así como los límites: 1) el interés público o social, 2) el desarrollo de megaproyectos de exploración, explotación y extracción de recursos y minerales, en los que debe existir la participación de cada pueblo, y 3) toda afectación de la propiedad colectiva debe tener una reparación o indemnización, según corresponda.

Por último, el caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina (2020) arguye que la propiedad colectiva también protege los recursos naturales e incorporeales que se encuentren ligados a la cultura. Se asiente la definición de recursos como aquellos que bajo un ejercicio de tradición han sido empleados por las comunidades para “la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida” (Corte IDH, 2020: 37). Se destaca la interpretación del derecho a participar en la vida cultural y comunitaria, y el deber estatal de proteger la diversidad cultural que de acuerdo con la UNESCO “es tan necesaria para el género humano como la

diversidad biológica para los organismos vivos; constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras” (Corte IDH, 2020: 71). La Corte IDH culmina afirmando la importancia de tutelar la libertad de las personas en relación con el derecho a la identidad cultural comunitaria que permite asumir un estilo de vida en relación con la cultura a la que se pertenezca sin negar la evolución histórica que pueda tener la cultura por dinámicas propias e internas de cada sociedad, comunidad o pueblo.

**2. Análisis gráfico de la jurisprudencia de la Corte IDH**

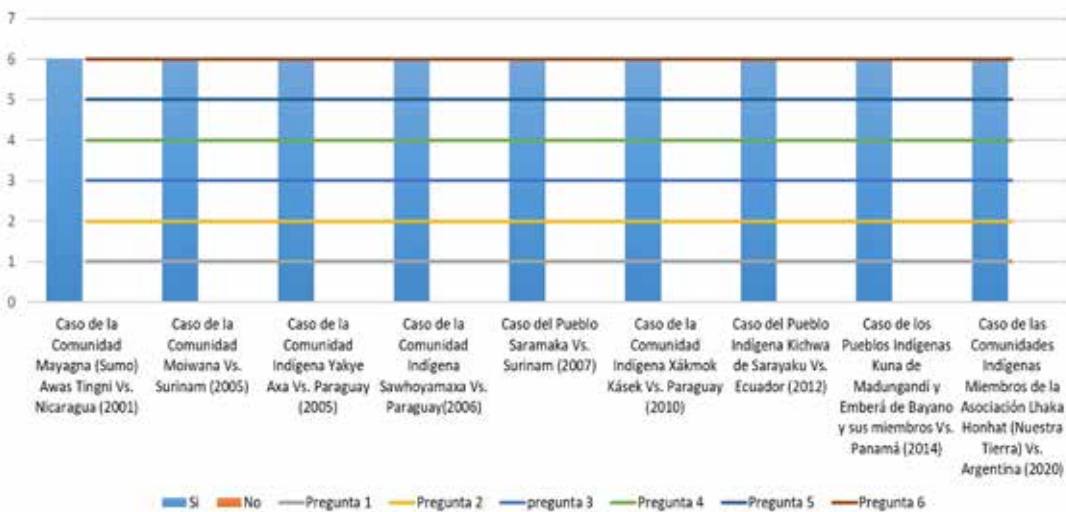
Este apartado propone una síntesis gráfica y descriptiva del precedente judicial propuesto por la Corte IDH en materia de propiedad colectiva, donde la protección al patrimonio permite incluir una interpretación extensiva aplicable a bienes muebles bajo el principio de diversidad cultural y étnica. Por lo que se propusieron en el eje X nueve sentencias y en el eje Y seis preguntas, se ubicaron las respuestas Sí y No para cada caso, dando como resultado las líneas jurisprudenciales. Posteriormente, se argumentan las respuestas otorgando características, variables y límites en la jurisprudencia.

Se destaca de esta gráfica que en la totalidad de las preguntas propuestas las respuestas fueron afirmativas, dando como resultado líneas

jurisprudenciales paralelas en todos los casos, indicando un precedente judicial que ha reiterado la totalidad de disposiciones en materia de propiedad colectiva, asumiendo cronológicamente una reiteración, afirmación y adecuación de la diversidad cultural y étnica aplicable a bienes muebles.

*2.1. ¿La definición y protección jurídica de bienes otorgada en la jurisprudencia de la Corte IDH a la propiedad colectiva de pueblos indígenas incluye bienes muebles? (Pregunta 1)*

La exégesis extensiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es reiterada en la totalidad de la jurisprudencia revisada en esta investigación; sin embargo, es importante mencionar que la mayoría de casos estudian bienes inmuebles, y en los casos que se ubican bienes muebles es porque se trata de recursos. El artículo 21 sobre el derecho al patrimonio busca proteger los bienes inmuebles y muebles que tiene una persona, interpretación que asume un carácter colectivo en pueblos indígenas, esto supondría una protección de carácter colectivo tanto de bienes inmuebles como de muebles, tal y como lo expresan los casos de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (2005) y de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020). Este último, otorga una protección especial y extensiva del derecho de propiedad comunitaria sobre los recursos, debido al uso tradicional y ancestral



Gráfica 1: Línea jurisprudencial sobre el Derecho a la propiedad colectiva, el Derecho a la diversidad étnica y cultural en materia de bienes muebles.

que representan para la subsistencia y desarrollo de las comunidades. Es menester destacar que en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay (2005) se determinó que la protección de la propiedad colectiva se extiende a los territorios tradicionales, recursos naturales y elementos incorporales que guarden relación con la cultura, siendo el caso del pecio del *San José*.

2.2. *¿La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia del derecho a recuperar la propiedad colectiva? (Pregunta 2)*

En la totalidad de los casos estudiados se ubica de forma reiterativa la búsqueda de recuperar la propiedad colectiva por parte de pueblos indígenas; sin embargo, a nivel jurisprudencial se puede ubicar un reconocimiento y descripción del derecho a recuperar la propiedad colectiva. Se estima que cuando se haya arrebatado la posesión de los bienes por expresiones de violencia, amenazas o causas ajenas a la voluntad de los pueblos indígenas, el derecho a recuperar la propiedad colectiva asume un término indefinido, el que depende del momento en que hayan desaparecido las causas o expresiones de poder que impidieron ejercer la propiedad, siempre y cuando se mantenga como condición una relación espiritual y material de identidad con los bienes que se esperan recuperar.

2.3. *¿El derecho de recuperar la propiedad colectiva es aplicable a bienes muebles? (Pregunta 3)*

El precedente judicial expresa que la protección de la propiedad colectiva aplica tanto a bienes muebles como a bienes inmuebles, es decir, territorios ancestrales, recursos naturales y elementos incorporales que desde una perspectiva cultural se desprendan de este vínculo.

2.4. *El límite del uso y goce del derecho a la propiedad privada son el “interés social o utilidad pública, cuya privación genera el derecho a la indemnización” ¿Esto es aplicable a la propiedad colectiva? (Pregunta 4)*

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte IDH, tanto la propiedad colectiva como la propiedad privada son derechos susceptibles de limitación bajo escenarios donde prime el interés

público y social y el desarrollo de proyectos de exploración, extracción y explotación de recursos y minerales. Estos límites deben generar una indemnización afín con el principio y el derecho a la diversidad étnica y cultural, donde el desarrollo de la Consulta Previa determine las posibles afectaciones culturales y ambientales señaladas por las comunidades étnicas; aludiendo al caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros *vs.* Panamá (2014), donde se manifestó que la aplicación de límites a la propiedad colectiva deben asumir una reparación o en su defecto una indemnización (las que deben ser precedidas del desarrollo de la consulta previa). Por último, en el caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina (2020) se exterioriza la importancia de ubicar el derecho a la participación en relación con proyectos u obras sobre la propiedad comunitaria en proyectos económicos que tengan implicaciones sobre la propiedad colectiva.

2.5. *¿El derecho a la propiedad colectiva permite proteger el derecho a su propio desarrollo social, cultural y económico? (Pregunta 5)*

El desarrollo social, cultural y económico es un derecho que en materia étnica implica una articulación con la diversidad étnica y cultural y con los derechos económicos, sociales y culturales, para así salvaguardar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El examen de este derecho se sitúa en el Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam (2007) donde se vinculan estas perspectivas del desarrollo con la propiedad colectiva, la ancestralidad y espiritualidad de cada pueblo indígena.

2.6. *¿El derecho a la consulta previa aplica sobre bienes muebles? (Pregunta 6)*

La propiedad colectiva guarda relación con la consulta previa, ya que esta permite activar un mecanismo que busque asegurar la participación y autodeterminación de los pueblos étnicos en decisiones en las que se vean afectados. Es así como la extensión de la consulta previa a la propiedad incluye tanto bienes inmuebles como muebles, siendo un criterio necesario para que pueda tener eficacia la protección de la identidad y la cultura de los pueblos indígenas.

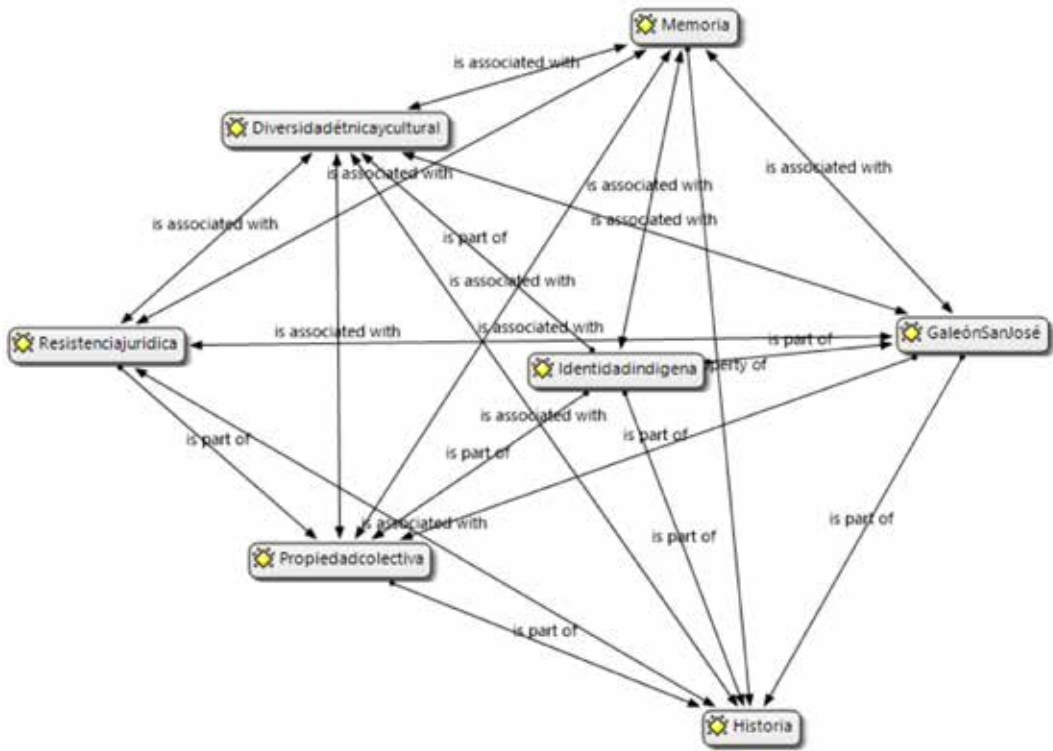
### 3. El galeón *San José* y la Nación Qhara Qhara: narrativa propia por la defensa de la historia, la cultura y la paz ancestral

En el desarrollo de entrevistas semiestructuradas a líderes de justicia indígena se ubicaron códigos recurrentes cuya relación se presenta en la red conceptual. Para comprender estas relaciones se expone la definición y alcance de cada código, así como su correlación de forma descriptiva; ubicando allí el relato, la tradición, cultura e Historia de la Nación Qhara Qhara sobre el *San José*.

Identidad indígena: La Nación Qhara Qhara se reconoce como un conjunto de pueblos indígenas que están vivos e históricamente han tenido una continuidad territorial y ancestral. Se encuentran ubicados en Bolivia, en el sur oeste, entre el altiplano y los valles; dentro de los departamentos de Potosí y Chuquisaca. Se organizan por *markas*, dentro de las cuales están la Marka Quilla Quilla, la Marka Payacullo, la Marka Polpo y la Marka Poroma, también tienen *jatun ayllus* (*Jatun Ayllu Pati*, *Jatun Ayllu Chaqui* y el *Jatun Ayllu Yura*), dentro de estos existen núcleos que reciben el nombre de *ayllu*,

donde se ubica un *kuraka* que refiere al sistema de gobierno, cuyas autoridades tradicionales se identifican como *tata kuraca*, *Mama kuraca*, *tata jilakata* y *mama jilakata*. Existe un Concejo de gobierno que integra la Nación indígena, donde participan representantes legítimos de las diferentes *markas* y *ayllus*.

La reivindicación de la identidad es el resultado de un proceso histórico que inició en “1582 donde nuestros ancestros *kuracas* demandan a la Corona española por la explotación y la abolición de la *mita* en Potosí, asimismo en 1787 cuando 08 *Ayllus* de la Marka Quilla Quilla le pagan a la Corona española por su territorio” (cita tomada de entrevista), lo que implicó la sublevación de estos pueblos en 1781. En el período de la República (1809-1894) exigieron la restitución del sistema de gobierno, dando como resultado la titulación de la propiedad colectiva del territorio a los *ayllus* de la Marka Quilla Quilla en el año de 1900. Finalmente, en la época contemporánea, producto de un proceso judicial contra Bolivia, lograron obtener el reconocimiento de la personería jurídica y el registro de identidad como pueblo indígena (Sentencias 0242 de 2014,



Gráfica 2: Red conceptual sobre la Narrativa de la Nación Qhara Qhara y el galeón *San José*.



0022 de 2015, 0092 de 2015, 0137 de 2015 y 0006 de 2016). “Es importante destacar que para este proceso se realizó un censo interno de la población que identificó a un total de 20.000 familias y aproximadamente 40.000 habitantes, esta información reposa con precisión en nuestros títulos colectivos de nuestras marcas” (cita tomada de entrevista). Es así como “la capacidad de reinterpretación y resiliencia de la que dio numerosas pruebas el pueblo andino durante la época colonial se transmite hoy mediante un legajo popular dotado de distintas modalidades, en este caso míticas y dramáticas” (Roy 2017: 109) manifiestas en la historia e identidad de la Nación Qhara Qhara.

*Historia:* De acuerdo con la documentación que reposa en el Archivo Histórico de Bolivia, los líderes indígenas relatan que la historia del galeón *San José* da cuenta de la extracción de oro y plata en el Potosí durante seis años, en escenarios de esclavitud y muerte, así como por las tazas cobradas con ocasión de la concesión que existió entre el virrey y el rey; haciendo énfasis en el saqueo de las tumbas de los huancas (padres y ancestros originarios). Pero aquellas tumbas que no fueron saqueadas son sagradas y significan “una manifestación espiritual de la compañía que realizan las huancas sobre nosotros” (cita tomada de entrevista). Siguiendo a Menard (2016), se debe ubicar una lectura del devenir de la imagen indígena por fuera de una lectura evolucionista que “las lee como indicadores de una etapa linealmente condenada por el sentido unívoco de un tiempo absoluto, para considerarla como un montaje singular de tiempos, un vehículo y una potencia de temporalidades diferentes” (Menard 2016: 139).

*Memoria:* Esta se inscribe en el relato transmitido durante generaciones acerca de una traición, quince años antes de la llegada de los españoles, propiciada por un hijo del Inca quien avisó a los españoles de la existencia del Potosí, una montaña de plata. Al encontrarla, los españoles sometieron a varios pueblos indígenas para que explotaran y saquearan la plata, por lo que existieron diversas rebeliones que buscaron proteger la sangre de la mama quilla (la luna). “Este conocimiento lo hemos mantenido durante todas las generaciones porque hace parte de nuestra identidad, de nuestra memoria, de nuestra conciencia y espiritualidad, ya que de aquí se ha tomado la plata que se ha llevado dentro del galeón

*San José*” (cita tomada de entrevista). Esta narración se acompaña del recuerdo del saqueo del oro, piedras preciosas, armas bélicas de oro y plata, así como brazaletes de bronce que tenían de los Incas, al comprender la definición de Qhara Qhara como el soldado del Inca.

*Propiedad colectiva:* Este código integra la definición de los bienes muebles que se encuentran en el derrelicto, cuya identidad antropológica corresponde a la propiedad de la Nación Qhara Qhara, “dada la trascendencia espiritual, cultural e histórica que estos bienes muebles representan para nosotros, nos hemos dedicado a buscarlos y a recuperarlos durante toda nuestra historia, pasando por las rebeliones de esos tiempos hasta la fecha actual donde tenemos una Comisión jurídica” (cita tomada de entrevista).

*Diversidad étnica y cultural:* El saqueo de los recursos en el Suma porco ha generado una relación espiritual que busca proteger la plata y el oro para obtener el descanso en paz de los ancestros y de los pueblos indígenas. Los tupus, sarcillos, jarrones de cerámica, ollas y adornos de oro y plata que están en el *San José* representan la vida espiritual de los huancas que ha sido ultrajada, dejando evidencia en las tumbas saqueadas, siendo símbolos de identidad ancestral. “Sabemos que mucha de nuestra plata ha sido transformada en monedas. Por lo que cuando recuperamos esas monedas las usamos de manera especial en nuestras celebraciones espirituales y tradicionales, ya que estos objetos representan símbolos de nuestra cosmovisión y creencias” (cita tomada de entrevista).

Las celebraciones y festivales dan cuenta de las relaciones espirituales con estos bienes, es el caso de la fiesta de reyes que se celebra el 6 de enero donde hacen un cambio de autoridades, así como el ritual del 21 de junio en el solsticio andino por la pacha mama, el festival del 21 de septiembre donde se agradece la cosecha recibida y el 21 de diciembre donde se presenta la mejor parte del maíz cosechado. Se usan las monedas como adornos en sus atuendos y guanteras, las autoridades llevan sus bastones de mando, emplean vasos, platos y charolas para servir las bebidas y comidas especiales; todos estos objetos derivados de la plata que fue saqueada del Potosí, con el fin de mantener una relación tradicional con la sangre de la mama quilla (plata) que constituye un sacramento. Por lo que extrañan los objetos que fueron usurpados, “ya que de poseerlos

se permitiría un mayor reencuentro de nuestro presente con nuestro pasado, con nuestros ancestros, con nuestros dioses, con nuestra historia y memoria en la que se viven los efectos de la usurpación y robo a nuestra Nación” (cita tomada de entrevista). La trascendencia que tiene la recuperación de estos bienes es la necesidad de reparar espiritualmente un lamento divino y ancestral de una desgracia que solamente es comprendida bajo la cosmovisión indígena que terminó por impactar el capital social de esta Nación, ya que una lectura desde la Geografía permite entender “como un recurso del territorio, es decir, un conjunto de relaciones multiescalares y multidimensionales, físicas y simbólicas, establecidas entre los miembros de una colectividad y entre estos y los ecosistemas que conforman la naturaleza de un lugar” (Tosetti, López y Meseguer, 2018: 132) que fue alterado en la relación territorio-recursos-bienes muebles (tumbas de los huancas)-diversidad cultural-pasado-presente-futuro-paz social.

*Resistencia jurídica:* Los pueblos indígenas han liderado diálogos y visitas amistosas a Colombia, buscando ejercer una resistencia y defensa jurídica por el pecio del *San José*, ya que “no es suficiente declarar como un patrimonio cultural de la humanidad los recursos que se encuentran en el galeón, sino que la protección consiste en su verdadero valor histórico reconociendo a los pueblos indígenas que estamos vivos y eso debe plasmarse en los acuerdos y eso es lo que falta”(cita tomada de entrevista).

*Galeón San José:* A lo largo de los anteriores códigos se ha explicado la relación que tiene la Nación Qhara Qhara con el pecio del navío, por lo que es importante añadir una categoría y es la búsqueda de la paz social entendida como “convivir en una situación pacífica porque esta historia sobre lo que ha sido sustraído y se encuentra en el galeón *San José* en Colombia, se debe conservar y preservar a su cabalidad para reparar los daños reales y materiales de la historia colonial que se debe compartir con otros pueblos y estados” (cita tomada de entrevista).

Es así como la red discursiva permitió ubicar como eje del caso la identidad indígena cuya afirmación es producto de un pasado histórico documentado y afianzado por la memoria colectiva que protege el legado y conocimiento ancestral, como expresión de diversidad cultural; afianzando la existencia de pueblos indígenas vivos que sufren los efectos del genocidio étnico, del hundimiento y

hallazgo del *San José*. La historia conduce a afianzar una identidad colectiva y cronológica diversa, donde el pasado da cuenta del presente y el futuro se construye con los hechos del presente; por lo que la vida y el tiempo colectivos cuentan con la participación de los ancestros. Recuperar el pecio del *San José* significa reparar lo arrebatado y afirmar una paz social, un descanso que evita la desgracia. La memoria aparece en el recurso y expresión de la diversidad cultural en rituales, festivales y celebraciones que junto con la resistencia jurídica son expresiones que reivindican de la vida colectiva bajo la cosmovisión indígena.

### Conclusión

El hallazgo del galeón *San José* ha significado para la humanidad un cuestionamiento respecto del patrimonio cultural sumergido, discutiendo la propiedad del navío en relación con la bandera y la historia del naufragio; pero también por la propiedad del pecio, el hallazgo y la historia que en materia de pueblos indígenas se denota la controversia acerca de los derechos a la propiedad del pecio en materia de bienes muebles. La jurisprudencia de la Corte IDH ha denotado la existencia de un contundente precedente judicial que unánimemente termina por afirmar la existencia del derecho a la propiedad colectiva a grupos étnicos buscando proteger el patrimonio tanto de bienes inmuebles como de bienes muebles, dentro de estos se registran los recursos, bienes incorporeales y bienes materiales que guardan una relación con el territorio, la cultura y el desarrollo colectivo de cada pueblo o comunidad; cuando estos bienes son arrebatados bajo escenarios de fuerza mayor y violencia se ubica la existencia de un derecho a recuperarlos cuyo límite es la continuidad de una relación con estos, así sea de carácter cultural, donde se pone de presente la necesidad de plasmar la relación con los ancestros como expresión de la diversidad étnica y cultural que pone de manifiesto la importancia de proteger la espiritualidad, ancestralidad, cultura y sobre todo la paz social a la que aspira la Nación Qhara Qhara en el reencuentro con el pecio del *San José*, que denota la historia viva de estos pueblos, necesaria de integrar en una comprensión diversa, plural y democrática de la propiedad bajo el reconocimiento de los derechos humanos que se articulan a las obligaciones asumidas por el Estado colombiano en materia de grupos étnicos. También se registran

límites a este derecho como es la utilidad pública y el interés público o social, caso en el que se genera un derecho de indemnización; cobrando especial importancia el derecho a la Consulta previa, expresión de diálogo y democracia con los grupos étnicos para la protección de la propiedad y la diversidad.

A esto se suma la narrativa de la Nación Qhara Qhara que afirma una identidad indígena que afianza una relación donde la historia del *San José* se hace presente en la existencia de estos pueblos, que bajo un pasado de violencia y esclavitud permitió la extracción de recursos naturales y el pago de impuestos; conduciendo a un escenario de desgracia en la que viven el pasado y el presente junto con sus ancestros. Bajo celebraciones y rituales han mantenido una relación con estos bienes, pero el hallazgo en el territorio colombiano del *San José* implicó la posibilidad de transformar la historia y

vida cultural que como pueblos asumen, buscando conseguir una paz social con otros Estados y naciones indígenas que comparten un pasado de violencia común. Sin embargo, los límites establecidos por la Corte IDH ponen de presente la posibilidad de enunciar el patrimonio cultural sumergido de la humanidad como una figura jurídica que deberá ser precedida de una indemnización y de un proceso de consulta previa, asegurando la participación y autonomía de estos pueblos.

### Agradecimientos

Este trabajo fue realizado con el apoyo especial del Tata Samuel, Tata Zenobio, Mama Martha y el Dr. Carlos Revilla, el Instituto de Estudios Sociohistóricos Fray Alonso de Zamora y la Universidad Santo Tomás, Colombia, la *Revista Diálogo Andino* de Chile y los jurados evaluadores.

### Referencias Citadas

- Aravena, P.  
2014 Patrimonio, historiografía y memoria social: “presentismo radical” y abdicación de la operación histórica. *Revista Diálogo Andino* 45: 77-84.
- Gavira, M.  
2019 La Academia de Minas de Potosí. La corta trayectoria de una institución minera, 1779-1782. *Revista Diálogo Andino* 58: 23-41.
- Germán, I.  
2017 La protección del patrimonio cultural subacuático tras la reforma del código penal 2015 y el debate en torno al galeón *San José*. *Revista Sobre Patrimonio Cultural* 9: 1-23.
- Haring, C.  
1939 *El Comercio Entre España y Las Indias en la Época de los Habsburgo*. Fondo de Cultura Económica, México.
- López, D.  
2011 *El Derecho de los Jueces*. Legis, Bogotá.
- Mancebo, I.  
2017 La protección del Patrimonio Cultural Subacuático tras la reforma del Código Penal de 2015 y el debate en torno al galeón *San José*. *Revista Sobre Patrimonio Cultural* 9: 1-23.
- Mateus, A.  
2016 Comentario del Observatorio de Derecho Internacional con relación al galeón *San José*. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 9: 433-435.
- Menard, A.  
2016 El devenir imagen del Indígena. *Revista Diálogo Andino* 50: 133-140.
- Miraz, V.  
2018 La prensa colombiana y el galeón *San José*: un interés político y jurídico pero no numismático. *Revista Numismática Hécate* 5: 181-189.
- Pallares, J.  
2018 El caso del galeón *San José* en el marco del derecho internacional. *Revista Mario Alario D'Filippo* 10: 50-66.
- Pantoja, E.  
2018 El galeón *San José*: la batalla jurídica. *Revista de Historia Naval* 36: 9-33.
- Pulido, F.  
2018 *Jueces y Reglas, La Autoridad del Precedente Judicial*. Universidad de La Sabana, Chía.
- Ramírez, K. y Salas, R.  
2017 ¿En dónde fue hallado el galeón *San José* y a quien le pertenece este gran tesoro?. *Nueva Época* 49: 291-324.
- Roy, H.  
2017 El inca y su refugio mítico: Espacio de regeneración y de resistencia. *Revista Diálogo Andino* 54: 103-111.
- Sentencia CIDH  
2005 Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas del 15 de junio de 2005.
- Sentencia CIDH  
2005 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas del 17 de junio de 2005.
- Sentencia CIDH  
2006 Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas del 29 de marzo de 2006.
- Sentencia CIDH  
2008 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 12 de agosto de 2008.
- Sentencia CIDH  
2010 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paragua. Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de agosto de 2010.

## Sentencia CIDH

2012 Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones del 27 de junio de 2012.

## Sentencia CIDH

2014 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí Y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 14 de octubre de 2014.

## Sentencia CIDH

2020 Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de febrero de 2020.

Tapia, A.; López, J. & Meseguer, O.

2018 Capital social de la comunidad de timar, región de Arica y Parinacota, como recurso territorial para la adaptación

ante perturbaciones ambientales. *Revista Diálogo Andino* 55: 131-142.

Vega, G.; Serebrenik, S. y Aponte, M.

2018 Colombia y la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar: análisis jurídico frente al dilema de la ratificación. *Revista Chilena de Derecho* 1: 105-130.

Villegas, D.

2018 La flota de las indias y el hundimiento del San José. *Repertorio Histórico de la Academia Antioqueña de Historia* 104: 19.

Zaragoza, J.

2005 *Piraterías y Agresiones de los Ingleses y de Otros Pueblos de Europa en la América Española Desde el Siglo XVI al XVII Deducidas de las Obras de D. Dionisio Alsedo y Herrera*. Vol. 1, Renacimiento, España.