

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

SENTENCIA SU-649 DE 2017

Referencia: Expediente T-3.402.625

Acción de tutela interpuesta por Felipe Rincón Salgado contra la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo proferido el 19 de enero de 2012 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Handwritten signature and date:
7/10/2017
3:40

Segunda, Subsección A, dentro de la acción instaurada por Felipe Rincón Salgado contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A y el Consejo de Estado, Sección Primera, Subsección A.

La Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional, en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como del Artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, en Auto del 22 de marzo de 2012, escogió para efectos de revisión la acción de tutela de la referencia.

En sesión del 18 de abril de 2012, la Sala Plena de la Corte Constitucional, asumió el conocimiento de la tutela de la referencia para pronunciarse mediante una sentencia de unificación, conforme lo ordena el Artículo 54 A del Acuerdo 05 de 1992 cuando se trata de asuntos que revisten trascendencia constitucional.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con los documentos y pruebas obrantes en el expediente, el señor Felipe Rincón Salgado interpuso acción de tutela contra la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo y la Sección Primera del Consejo de Estado, con base en los siguientes:

1. Hechos

El accionante alega la vulneración del derecho fundamental al debido proceso dentro de la acción popular¹ interpuesta contra La Nación - Presidencia de la República- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, para la protección de los derechos colectivos de los colombianos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, que estima conculcados con la entrega de los bienes históricos y arqueológicos que integran el denominado Patrimonio Cultural Quimbaya, efectuada por el Presidente (e) de la República Carlos Holguín Mallarino a la Reina Regente del Reino de España, María Cristina de Habsburgo-Lorena en el año 1893.

¹ Repartida al Juzgado 23 Administrativo del Circuito de Bogotá con el radicado 2006-0155.

Los hechos dentro de la acción popular son los siguientes:

1.1. El 20 de agosto de 1891, el señor Fabio Lozano Torrijos vendió la colección Quimbaya al Gobierno de la República de Colombia, representado para tales efectos por los señores Carlos Uribe y Marco Fidel Suárez por un valor de \$70.000; *“transfiriéndose por el mismo hecho al Gobierno la propiedad de aquella colección de objetos para que pueda disponer de ella como a bien lo disponga”*².

En el contrato de compraventa se describió el objeto material como: *“una colección de objetos o dijes de oro procedente de una guaca o depósito hallado en el corregimiento de Finlandia, Departamento del Cauca y que hubo por compra que de ellos hizo el Señor Domingo Álvarez, vecino de esta ciudad. Dicha colección es la misma que se halla actualmente en poder del Banco de Bogotá, y está clasificada en sesenta y dos (62) números con cuatrocientos treinta y tres objetos (433), que tienen de peso veintiún mil doscientos gramos (21224g), según la relación que se adjunta al presente contrato”*³. Estos objetos fueron elaborados por los indígenas pertenecientes a la cultura Quimbaya, que estaban ubicados en el territorio que actualmente corresponde al Departamento del Quindío⁴.

1.2. El 20 de julio de 1892 en el mensaje rendido por el Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino a las Cámaras Legislativas (publicado en el Diario Oficial número 8868 del 22 de julio de 1892), se informó lo siguiente: *“Se ha enviado a Madrid la colección más completa y rica en objetos de oro que habrá en América, muestra del mayor grado de adelanto que alcanzaron los primitivos moradores de nuestra patria. La hice comprar con ánimo de exhibirla en las exposiciones de Madrid y Chicago y obsequiársela al gobierno español para un museo de su capital, como testimonio de nuestro agradecimiento por el gran trabajo que se tomó en el estudio de nuestra cuestión de límites con Venezuela y la liberalidad con que hizo todos los gastos que tal estudio requería. Como*

² Cuaderno 1. folio 33 y 34.

³ Ibid.

⁴ Como consta del documento *“Concepto Técnico sobre la Colección Quimbaya Museo de Américas de Madrid, España”*, elaborado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH. Véase Cuaderno 1. Folios 383 a 397.

obra de arte y reliquia de una civilización muerta, esta colección es de un valor inapreciable⁵.”

1.3. El 4 de mayo de 1893 durante el Gobierno del Presidente Miguel Antonio Caro, el Ministro Plenipotenciario de Colombia en España, Julio Betancourt hizo entrega material de las piezas referidas y así se lo informó al entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Marco Fidel Suárez: *“Tengo la honra de poner en conocimiento de Su Señoría que hoy he entregado a la Reina Regente los objetos de oro que componen la rica colección de antigüedades Quimbayas, enviadas por el Gobierno como obsequio a España.”*⁶

1.4. La acción popular instaurada por Felipe Rincón Salgado pretende que, una vez la justicia colombiana declare la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, ocasionados con la entrega irregular de la Colección Quimbaya, por parte del Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino al Reino de España, se ordene al Estado colombiano activar los *“procedimientos establecidos por el Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO por su sigla en inglés) a fin de obtener, por parte del Gobierno de España y con mediación de esa organización internacional, la restitución material a Colombia de los bienes históricos y arqueológicos que integran el Patrimonio Cultural Quimbaya.”*⁷

Para sustentar esta pretensión el accionante refiere las implicaciones jurídicas que tiene la reclamación de la colección Quimbaya, en el contexto internacional de varios países que han logrado la restitución de los bienes culturales que han salido en forma ilegal o irregular de sus países de origen.

Para tal efecto, expone casos como la reclamación que Grecia presentó a la Gran Bretaña por los Mármoles del Partenón y el requerimiento de Egipto a Alemania por el busto de Nefertiti, entre muchas otras

⁵ Ibídem, folio 26, Diario Oficial No. 8868 del 22 de julio de 1892.

⁶ Ibídem, folio 9.

⁷ Ibídem, folio 4.

reivindicaciones de países africanos, asiáticos y latinoamericanos. Lo anterior, a través del Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus Países de Origen o su Restitución en caso de Apropiación ilícita, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de la cual Colombia es miembro fundador y a la cual pertenece España⁸ desde 1982.

En segundo lugar el accionante sostiene que las 122 piezas de la Colección hacen parte del patrimonio arqueológico de la Nación:

“...quedó demostrado que la Colección Quimbaya, como parte de la nacionalidad colombiana es expresión de la más alta calidad artística de la cultura y la orfebrería precolombinas [...] que un conjunto de 433 objetos de la Colección Quimbaya fue adquirido con dineros del presupuesto nacional, en virtud de “contrato de compra de una colección de objetos de oro”, celebrado en Bogotá, el 20 de Agosto de 1891 entre funcionarios del Estado colombiano y Fabio Lozano Torrijos actuando como vendedor, con lo cual dicha colección pasó a formar parte de los bienes nacionales de Colombia; [...] que el Señor Carlos Holguín Mallarino, como Presidente de la República, nunca solicitó autorización del Congreso para enajenar las ciento veintidós (122) piezas parte de la Colección Quimbaya que fue transferida a España, como tampoco solicitó al Congreso aprobación de convenio alguno a ser celebrado por Colombia con España que tuviera por objeto la donación o transferencia de esa colección.”⁹

Y que la entrega se efectuó inobservando la prohibición de enajenar bienes del Estado, sin autorización del Congreso:

“[L]a transferencia de la Colección Quimbaya violó claras normas de la Constitución Política de 1886 entonces vigente, que imponían al Presidente Holguín la obligación de obtener autorización previa del Congreso de la República de entonces para proceder a transferir la Colección Quimbaya como ‘obsequio’ a España, en particular el artículo 76.11, que imponía al Gobierno la obligación de actuar bajo autorización de dicha Corporación de

⁸ España ratificó como miembro de la UNESCO la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural el día 4 de mayo de 1982 y la Convención sobre Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales el día 10 de enero de 1986. www.unesco.org/eri/la/conventions

⁹ Cuaderno 1, folios 1 al 25.

elección popular cuando se tratase de “enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional”, como también de los artículos 76.18 y 120.20 de la carta fundamental, que exigían al Congreso la aprobación de los convenios o acuerdos que el Gobierno celebrase con otros Estados, para el caso España.”¹⁰

1.5. Sobre el acto de entrega de la Colección Quimbaya, es preciso señalar que, de acuerdo con el informe¹¹ rendido por el Senado de la República a petición del Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, no obra en los archivos de la entidad registro de autorización alguna por parte del Congreso de la República, al Presidente Carlos Holguín Mallarino para la entrega o enajenación de los bienes que conforman el Tesoro Quimbaya.

1.6. Por último, es necesario indicar que las 122 piezas entregadas al Reino de España, actualmente se encuentran en el Museo de América, ubicado en Madrid (España).

2. Decisiones judiciales dentro de la acción popular

2.1. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia de primera instancia del 4 de septiembre de 2009, el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, desestimó los argumentos presentados a manera de excepciones por las entidades accionadas y amparó los derechos colectivos a la moralidad pública y la defensa del patrimonio público, invocados por el actor. Para adoptar esa decisión judicial delimitó el problema jurídico, en los siguientes términos:

“1° ¿Existe violación a los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público, generados como efecto de la entrega que hizo el gobierno colombiano a la Reina de España de 122 piezas en oro de la cultura Quimbaya, comprados con dineros del Estado?

2° ¿Puede considerarse que el patrimonio público y el cultural como subespecie de éste, solo puede ampararse por medio de la acción popular por hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la ley 472 de 1998?”

¹⁰ *Ibíd.*, folio 16.

¹¹ *Ibíd.*, folios 255 a 258.

En la parte resolutive de la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá se ordena lo siguiente:

“Primero: Desestímense los argumentos expuestos a manera de excepciones propuestas por las entidades accionadas, por las razones que vienen consignadas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Declarar, para los efectos de la presente acción, la clara y ostensible inconstitucionalidad del acto de transferencia de las 122 piezas de oro de la cultura Quimbaya, denominada “Tesoro Quimbaya” al gobierno español, bienes respecto de los cuales se predica su evidente connotación y valor histórico y cultural para nuestro pueblo, que hace parte de nuestra identidad nacional.

Tercero: Amparar los derechos colectivos a la moralidad pública y defensa del patrimonio público por las razones que vienen expuestas y en consecuencia, se ordena a las entidades accionadas iniciar y llevar hasta su culminación, todas las actuaciones de orden administrativo, jurídico, diplomático y económico inclusive que sean necesarias tendientes a repatriar y/o readquirir las 122 piezas de oro de la cultura Quimbaya, conocidas como “Tesoro Quimbaya”, pudiendo incluso para ello, como medida para su repatriación o readquisición, indemnizar a los tenedores de buena fe.

Cuarto: Conformase un Comité de Verificación de las actividades consignadas en la presente sentencia, el cual estará integrado por las siguientes personas: Un (1) delegado del Ministerio de Cultura, un (1) delegado del Ministerio de Relaciones Exteriores, Un (1) delegado del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, un (1) representante de la Academia de Historia del Quindío, Un (1) delegado de la Procuraduría General de la Nación, y un (1) delegado de la Defensoría del Pueblo, quien lo presidirá. Oficiese a las autoridades respectivas para que materialicen la conformación del Comité de verificación creado, quienes rendirán informes trimestrales a este Juzgado sobre los avances y logros de las gestiones que vienen ordenadas en la presente sentencia.

Quinto: Reconózcase al accionante a título de incentivo una suma equivalente al 15% del valor patrimonial de los bienes cuya recuperación

realice las entidades accionadas como efecto de las órdenes que vienen impartidas. En su oportunidad tásense.”¹²

2.2. Impugnación

El Ministerio de Relaciones exteriores, el Ministerio de Cultura y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, los cuales fueron vinculados al proceso mediante Auto del 15 de julio de 2008, dentro del término legalmente previsto, impugnaron la decisión proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá.

2.3. Sentencia de segunda instancia

Mediante providencia del 17 de febrero de 2011, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, revocó en su totalidad el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Bogotá y, en su lugar, dispuso denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda, declarando la improcedencia de la acción popular en consideración a que el actor no probó la existencia de la violación de los derechos colectivos a la fecha de producción de los hechos invocados en la demanda.

Para adoptar esta decisión judicial, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, analizó la procedencia del medio de control, a partir de la doble finalidad de la acción popular, a saber: preventiva para evitar la amenaza, vulneración o agravio de los derechos e intereses colectivos y restitutoria para restablecer las cosas al estado anterior, cuando el daño está consumado y ello es físicamente imposible.

El Tribunal resaltó que si bien la acción popular no está sujeta a un término de caducidad, pues se puede interponer mientras subsista la amenaza o el peligro al derecho o interés colectivo, no obstante, sólo puede ser ejercida desde la fecha en que la Constitución y la ley reconoce ciertos derechos como “colectivos”, lo que excluye los hechos u omisiones ocurridos con anterioridad a la fecha de su reconocimiento positivo en el ordenamiento

¹² Cuaderno 2, folio 617.

jurídico colombiano. Para ello cita la Sentencia SU-881 de 2005 y la Sentencia del 5 de febrero de 2004 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado¹³, concluyendo que las normas de carácter sustancial de la Ley 472 de 1998 sólo pueden aplicarse a supuestos fácticos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley y que la acción popular es por excepción aplicable a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de ésta, siempre que el daño permanezca en el tiempo.

En cuanto a los derechos colectivos invocados en la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aborda el análisis de los mismos a la luz de la Constitución Política de 1991, en el sentido de que es a partir de ese cuerpo constitucional que el constituyente les dio reconocimiento, y que la vía procesal contemplada en la Ley 472 de 1998 se aplica, en consecuencia, a los hechos que sean violatorios de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público, sucedidos en vigencia de ésta. Además precisa que bajo la Constitución de 1886 los derechos a la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público invocados por el actor, en ejercicio de la acción popular no habían sido definidos por la ley como derechos de tipo colectivo.

Respecto a la permanencia del daño en el tiempo, el Tribunal Administrativo se fundamentó en las Sentencias T-293 de 1998, T-372 de 2000 y T-446 de 2007 proferidas por la Corte Constitucional, así como en el contrato de donación, al cual le atribuye el carácter de acuerdo de voluntades de ejecución instantánea: *“de manera que el daño patrimonial queda consumado en el mismo momento en que el donante transfiere el dominio del bien a favor del donatario, de manera que el mismo no tiene la condición de permanente. Tampoco es cierto que la acción vulnerante del derecho colectivo invocado por el actor permanezca en el tiempo, por dos razones: la primera, porque a la fecha del negocio jurídico no existía norma alguna que definida (sic) a la moral administrativa o la protección del patrimonio público como derecho colectivo; y, la segunda, por cuanto el concepto de acción vulnerante se refiere a la permanencia en el tiempo de las causas generadoras de la vulneración de los derechos colectivos.”*

14

¹³ C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

¹⁴ Cuaderno 5, folio 235.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, actuando en condición de juez de la acción popular de segunda instancia, revocó en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá y, consecuentemente, declaró la improcedencia de la acción, en los siguientes términos:

“**PRIMERO.- REVÓCASE** en su totalidad la sentencia proferida el cuatro (4) de septiembre de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, y en su lugar se dispone:

1°. **DENIÉGASE** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la parte demandada.

2°. **DECLÁRESE** la improcedencia de la Acción Popular en consideración a que el actor no ha probado la existencia de violación de derechos colectivos a la fecha de producción de los hechos invocados en la demanda, en consecuencia **DENIÉNGASE** (sic) **LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**”¹⁵

2.4. Trámite de revisión de la acción popular

El 7 de abril de 2011 el accionante Felipe Rincón Salgado presentó solicitud de revisión de la acción popular, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Mediante providencia del 2 de junio de 2011, la Sección Primera del Consejo de Estado, actuando como organismo de cierre de la acción popular, se abstuvo de seleccionar para revisión la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en el incumplimiento de la carga justificativa que le correspondía presentar al accionante en su solicitud de revisión¹⁶.

En aplicación del Artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el Artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, en virtud del cual se creó el

¹⁵ Cuaderno 5, folio 270.

¹⁶ Cuaderno 5, folios 293- 294.

mecanismo de revisión eventual de las acciones populares, el accionante presentó¹⁷ solicitud de insistencia para revisión de la acción popular ante el Consejo de Estado.

Por medio de providencia del 7 de julio de 2011, la Sección Primera del Consejo de Estado, confirmó la decisión por la cual se abstuvo de seleccionar para revisión la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Con base en lo anterior, el señor Felipe Rincón Salgado interpuso acción de tutela contra las providencias judiciales emitidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, alegando la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

3. La acción de tutela

El accionante manifiesta que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso con las siguientes providencias judiciales: (i) la sentencia del 17 de febrero de 2011 proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que revocó la decisión proferida en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá en el marco de la acción popular referenciada; (ii) el auto del 2 de junio de 2011 proferido por la Subsección A de la Sección Primera del Consejo de Estado, que decidió negativamente la solicitud de revisión de la sentencia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y (iii) el auto del 7 de julio de 2011, emitido por la misma Subsección del Consejo de Estado que resolvió la insistencia presentada por el accionante y, a su vez, confirmó la decisión de no seleccionar para revisión.

Sobre estas providencias, el accionante solicita al juez de tutela, *“sean amparados mis derechos fundamentales (sic) al debido proceso, en consecuencia de lo cual se servirán revocar el fallo proferido por los Magistrados accionados, accediendo a las pretensiones de la demanda de acción popular, dejando en firme la sentencia de primera instancia*

¹⁷ Por oficio del 23 de junio de 2011.

proferida por el Juez 23 Administrativo de Bogotá, fechada el 4 de Septiembre de 2009."¹⁸

De manera puntual, el accionante sostiene que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró el derecho fundamental al debido proceso, refiriéndose a la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, poniendo de presente, las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En tal sentido, afirma que la autoridad judicial accionada incurrió en los siguientes defectos: procedimental absoluto, fáctico, sustantivo, decisión sin motivación y desconocimiento del precedente judicial, para lo cual, sustentó las causales de procedibilidad de la acción de tutela, de la siguiente manera:

3.1. Defecto procedimental

Frente a la ocurrencia de un defecto procedimental absoluto el accionante señala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no tuvo en cuenta que las disposiciones de la Constitución de 1886 fueron preservadas por el Constituyente en la Carta Fundamental de 1991, de lo cual se deduce que las violaciones a la Constitución Política por parte del ex presidente Carlos Holguín Mallarino se mantienen en el ordenamiento jurídico colombiano y, por tanto, deben tener una cesación de efectos, de conformidad con los mecanismos hoy disponibles en el derecho colombiano.

3.2. Defecto fáctico

En cuanto al defecto fáctico sostiene que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se esforzó vanamente en sustentar que existió un "*contrato de donación*" entre Colombia y España, cuando la realidad es que no aparece en el proceso prueba de tal circunstancia.

3.3. Defecto sustantivo

Sobre el defecto sustantivo afirma que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca hace una constatación de fondo, reconociendo que del

¹⁸ Cuaderno de tutela, folio 25.

acervo probatorio que obra en el expediente resulta claro para la Sala que *“la donación hecha por el Presidente Carlos Holguín Mallarino al Gobierno Español de las 122 piezas de oro, pertenecientes al denominado Patrimonio Cultural Quimbaya, resulta contraria a la Constitución vigente para la época¹⁹”*, declaración que para el accionante no guarda coherencia alguna con la decisión de fondo tomada por dicho Tribunal al revocar la sentencia de primera instancia.

3.4. Decisión sin motivación

Respecto a la decisión sin motivación, el accionante se fundamenta, de una parte, en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se niega a reconocer su competencia para decidir la cuestión de fondo sometida a su conocimiento, argumentando que no le concierne pronunciarse sobre la validez de un contrato celebrado por el gobierno colombiano con un gobierno extranjero en el año 1892²⁰ *“para la Sala es claro que el juez popular no es competente para pronunciarse sobre la validez de un contrato celebrado por el gobierno colombiano con un gobierno extranjero, en el año 1892.”²¹*

Aunado a lo anterior manifiesta que, aunque se trata de un extenso fallo, carece de fundamentos: *“El fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca carece de toda motivación por cuanto se limita a resumir la demanda, a describir el trámite procesal, a transcribir unas sentencias del Consejo de Estado, tratándose , en definitiva de un fallo ostentoso , desmedido e innecesario, carente de análisis y de suficiente motivación porque , aunque es un documento extenso, carece de una valoración detallada y razonada del porqué se acogen unos argumentos y se rechazan otros, incluyendo los argumentos sustentados por el fallador de primera instancia, el Juez 23 Administrativo de Cundinamarca.”²²*

¹⁹ Cuaderno de tutela, folio 17.

²⁰ Cuaderno 4, folios 163 y s.s.

²¹ Folio 291 de la sentencia.

²² Cuaderno de tutela, folio 20.

3.5. Desconocimiento del precedente

Sobre el desconocimiento del precedente, el accionante alega que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inaplicó jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en materia de procedibilidad de la acción popular por hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 472 de 1998²³.

En atención a lo expuesto, solicita: *“sean amparados mis derechos fundamentales (sic) al debido proceso, en consecuencia de lo cual se servirán revocar el fallo proferido por los Magistrados accionados, accediendo a las pretensiones de la demanda de acción popular, dejando en firme la sentencia de primera instancia proferida por el Juez 23 Administrativo de Bogotá, fechada el 4 de Septiembre de 2009²⁴.”*

Finalmente, el accionante pone de presente que contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que controvierte mediante la presente acción de tutela, no procede ningún recurso ordinario ni extraordinario, pues la Sección Primera del Consejo de Estado negó el mecanismo de revisión interpuesto por el accionante para que se revisara la sentencia del Tribunal.

4. Traslado y contestación de la demanda

En respuesta a la acción de tutela interpuesta contra la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Magistrado Ponente de la providencia judicial proferida en el curso de la acción popular objeto de estudio, manifestó que para adoptar la decisión se abordó el marco normativo vigente para la fecha de la ocurrencia de los hechos, se estudiaron los derechos colectivos invocados por el actor y su vigencia en el ordenamiento constitucional colombiano, se analizó la procedencia de la acción popular para la repatriación del Tesoro Quimbaya:

“[L]a Sala, en dicha oportunidad revocó la sentencia apelada y en su lugar negó las pretensiones de la demanda por cuanto el demandante no probó que

²³ El Actor citó el desconocimiento de las Sentencias C-215 de 1999, T-698 de 2004 y C-335 de 2008.

²⁴ Cuaderno de tutela, folio 25.

a la fecha de la celebración del contrato de donación del Tesoro Quimbaya existía ley en la que se defina que el “patrimonio público”, el “patrimonio cultural y el arqueológico de la nación”, y la “moralidad administrativa” eran derechos colectivos protegidos a través de la acción popular” concluyendo que no existe vulneración alguna del derecho al debido proceso alegado en la demanda, ya que ha dado estricto cumplimiento a los deberes legales, por lo que la tutela deberá ser negada (sic) al no haberse incurrido en vía de hecho, destacando que no está demostrada ninguna de las causales previstas por la Honorable Corte Constitucional al no aplicarse normas que no estuvieran contempladas para el trámite de la acción popular.”²⁵

5. Decisión judicial objeto de revisión

Por providencia del 19 de enero de 2012 la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Felipe Rincón Salgado, al considerar que las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en vía de hecho y que no se configuró ninguna de las causales previstas por la Corte Constitucional para su procedencia.

En el acápite de consideraciones, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado se refirió a la procedencia excepcional de la acción de tutela con base en las determinaciones que al respecto ha efectuado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de dicha Corporación desde la emisión de la Sentencia C-543 de 1992, precisando que la procedencia de la acción está supeditada a que con la providencia se haya vulnerado el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia y aparezca clara su trasgresión, cuestión que a juicio de esa Corporación no se presentó, toda vez que: *“la providencia motivo de inconformidad fue proferida conforme a los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios obrantes en el proceso y de conformidad con la normatividad aplicable al asunto. La decisión adoptada no fue tomada de forma caprichosa ni arbitraria, fue dictada acogiendo criterios legales y procedimentales y el actor hizo uso de los medios establecidos en la ley”*²⁶.

²⁵ Cuaderno de tutela, folios 34 y 35.

²⁶ Cuaderno de tutela, folio 47.

En virtud de lo anterior, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, rechazó por improcedente la acción de tutela presentada:

“El actor tuvo la oportunidad procesal de controvertir el material probatorio aportado al proceso ordinario, tanto en la primera instancia ante el Juzgado Administrativo como en la segunda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, motivo por el cual no puede pretender a través del trámite de la acción de tutela abrir nuevamente el debate probatorio, por encontrarse en desacuerdo con la valoración de los documentos que fueron aportados al expediente.

La decisión adoptada no fue tomada de forma caprichosa ni arbitraria, fue dictada acogiendo criterios legales y procedimentales y el actor hizo uso de los medios establecidos en la ley.

En consecuencia, la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo a los medios de defensa consagrados en la ley, ni puede convertirse en una instancia más a la que se pueda recurrir con el fin de controvertir unos argumentos que debieron ser materia de estudio por el juez ordinario, pues de permitir tal posibilidad se desnaturalizaría la acción de tutela como mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales.”²⁷

Cabe resaltar que el accionante no impugnó la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, razón por la cual esta fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

6. Documentos y pruebas obrantes en el expediente

En el expediente de acción de tutela obran, entre otros, los siguientes documentos:

6.1. Copia del expediente contentivo de la acción popular instaurada por el señor Felipe Rincón Salgado.

²⁷ Cuaderno de tutela, folio 46 y 47.

- 6.2. Copia de las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá y de segunda instancia por el la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca²⁸.
- 6.3. Copia de las providencias proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 2 de junio y 7 de julio de 2011, mediante las cuales no accedió al mecanismo de revisión de la acción popular solicitado por el demandante²⁹.
- 6.4. Copia de la providencia proferida el 19 de enero de 2012 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual fue denegada la acción de tutela impetrada por el accionante contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2011, proferida por la Subsección A, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y contra las providencias de la Sección Primera del Consejo de Estado del 2 de junio y 7 de julio de 2011, mediante las cuales no accedió al mecanismo de revisión de la acción popular³⁰.

En el expediente de acción popular obran como pruebas documentales principales las siguientes:

- 6.5. Contrato de compraventa de una colección de 433 objetos de oro de la colección Quimbaya adquiridos por el Estado Colombiano el 20 de Agosto de 1891³¹.
- 6.6. Mensaje del Presidente (encargado) Carlos Holguín Mallarino al Congreso de la República, publicado en el Diario Oficial el 22 de julio de 1892, en el cual le informa su decisión de obsequiar la Colección Quimbaya al Reino de España³².
- 6.7. Nota diplomática del 4 de mayo de 1893, sobre la entrega de la Colección Quimbaya a la Reina Regente de España, con ocasión de

²⁸ Cuaderno 1 al 5.

²⁹ Cuaderno 5, folios 280 al 311.

³⁰ Cuaderno de tutela, folios 39 al 48.

³¹ Cuaderno 1, folios 33 y 34.

³² Cuaderno 1, folios 26 al 32.

las celebraciones del Cuarto Centenario del Descubrimiento de América³³.

- 6.8. Informe del Congreso de la República de fecha 14 de diciembre de 2007, sobre inexistencia de registros de autorización por parte dicha Corporación legislativa al ex Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino para celebrar tratado y enajenar bienes nacionales u obsequiar la Colección Quimbaya al Reino de España³⁴.

7. Actuaciones en sede de revisión

7.1. Vinculación de entidades estatales

Teniendo en cuenta que en el curso de la acción popular el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia de primera instancia del 4 de septiembre de 2009 amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, invocados por el actor y, consecuentemente, ordenó a la Presidencia de la República –Departamento Administrativo de la Presidencia de la República- y al Ministerio de Relaciones Exteriores: *“...iniciar y llevar hasta su culminación, todas las actuaciones de orden administrativo, jurídico, diplomáticos y económicos inclusive que sean necesarias tendientes a repatriar y/o readquirir las 122 piezas de oro de la cultura Quimbaya, conocidas como “Tesoro Quimbaya”, pudiendo incluso para ello, como medida para su repatriación o readquisición, indemnizar a los tenedores de buena fe.”*, por Auto del veintidós (22) de enero de 2016 la Sala Plena de la Corte Constitucional vinculó al proceso de la referencia a estas entidades del Estado, para que dentro de los tres (3) días siguientes contados a partir de la recepción de dicha providencia, se pronunciaran acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la acción de tutela.

En cumplimiento del requerimiento efectuado por la Corte, las entidades del Estado se pronunciaron conforme se sintetiza a continuación:

³³ Cuaderno 4, folios 198 a199.

³⁴ Cuaderno 1, folios 255 a 258.

7.1.1. Ministerio de Cultura

Juan Manuel Vargas Ayala, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Cultura, mediante oficio³⁵ radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 28 de enero de 2016, solicitó se confirme en su totalidad la decisión objeto de revisión, para lo cual manifestó lo siguiente:

“Revisadas en detalle las providencias de fecha de 2 de junio y 7 de julio de 2011, proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, por medio de las cuales se determinó no seleccionar para revisión eventual la sentencia de fecha 17 de febrero de 2011 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se evidencia que la petición de revisión eventual no cumplía a cabalidad con los requisitos formales, tal y como quedo consignado en las referidas decisiones.

Referido al debido proceso, existe para los peticionarios o accionantes el deber de cumplir con las formas propias de cada procedimiento, en el evento de la solicitud de revisión eventual al accionante debió de haber cumplido los requerimientos formales entre los cuales es indispensable la sustentación de la petición, para que se pueda establecer la procedencia o no de la revisión, máxime cuando se trata de providencias que han puesto punto final a una controversia, al haberse consolidado la ejecutoria de la decisión a revisar.

(...)

Se evidencia que el accionante en tutela, dirige toda su argumentación a cuestionar la decisión del Tribunal Administrativo, mas no presenta una sola razón por las cuales el Juez de tutela deba revocar las dos decisiones del Consejo de Estado que resolvieron la petición de revisión eventual, de manera que pudiese adentrarse al estudio de la otra decisión cuestionada.”

³⁵ Folios 121-130.

7.1.2. Presidencia de la República

La Presidencia de la República, por intermedio de la apoderada judicial Martha Alicia Corssy Martínez y mediante oficio³⁶ radicado en la Secretaría General el 28 de enero de 2016, se pronunció frente al auto de vinculación de fecha 22 de enero de 2016 con el fin de solicitar a la Corte Constitucional la improcedencia de la tutela en estudio y, en caso de estimarla procedente, se deniegue por ausencia de vulneración de los derechos cuya protección se invoca. Para tal efecto, se sustenta en los argumentos que se transcriben a continuación:

“...Así, independientemente de la posición del ejecutivo colombiano, sobre la imposibilidad jurídica de adelantar acciones para obtener la devolución del Patrimonio Quimbaya, lo cierto es que el Estado Colombiano hizo una declaración unilateral de su voluntad frente a España, que resulta jurídicamente vinculante en el derecho internacional.

(...)

Por lo tanto, el Estado Colombiano ahora no podría retractarse sin incurrir en responsabilidad internacional, según lo prescribe el artículo 27 de la Convención de Viena.

(...)

Así las cosas, solo en el evento en que España manifestara su voluntad unilateral de entregar al Estado Colombiano (tal vez también a título de donación) la colección que le fue donado en el siglo XIX, ese tesoro podría volver a Colombia.”

En lo concerniente a la aplicación de los tratados internacionales en el tiempo sostiene:

En cuanto a Colombia, es preciso señalar que la Convención UNESCO entró en vigor el 24 de agosto 1988, una vez aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 63 de 1986, al tiempo que el Convenio

³⁶ Folios 132-142.

UNIDROIT entró en vigor el 1° de diciembre de 2012 y fue aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 1304 de 2009.

Así las cosas, las normas de derecho internacional vigentes, relativas a la repatriación y restitución de bienes culturales no son aplicables al caso en estudio, puesto que el acto mediante el cual Colombia donó los bienes de la colección Quimbaya a España (en 1893) sobrepasa el ámbito de aplicación de los tratados citados, entre otras cosas, ante la imposibilidad que existe en el derecho internacional de aplicar **retroactivamente** los acuerdos internacionales.” (Negrilla propia del texto)

Igualmente, precisó que la legalidad de la entrega de la colección Quimbaya no puede afectarse por valoraciones fundamentadas en el derecho interno colombiano, puesto que en primer lugar, la donación la hizo el Presidente de la República en calidad de Jefe de Estado y como autoridad legitimada en el derecho internacional para representar a Colombia. Y de otra parte, dichos bienes no eran considerados patrimonio nacional al momento de hacerse efectiva la entrega:

“En ese orden de ideas, no podría entenderse que la entrega voluntaria de unas piezas de la Colección Quimbaya efectuada por el Jefe de Estado de Colombia al Reino de España de 1893, en virtud de las facultades y la capacidad que le otorga tanto el derecho interno como el derecho internacional, pueda considerarse ilegal a la luz del ordenamiento jurídico internacional, por cuanto ese acto lo hizo el Presidente de la República de Colombia, en su calidad de Jefe de Estado y representante del Estado colombiano.

(...)

Así las cosas, como quiera que el acto de entrega por parte del Jefe de Estado colombiano de unas piezas de la colección Quimbaya se trató de un acto soberano ejercido en representación del Estado colombiano, es necesario resaltar que la legalidad de un acto internacional como ese no se ve afectada por la calificación que haga en el derecho interno de un Estado respecto de la legalidad o ilegalidad de dicho acto.

(...)

Así pues, y teniendo en cuenta que los bienes de la colección Quimbaya que fueron entregados al Reino de España en 1893 no eran considerados patrimonio nacional, existe otro argumento adicional, no solo para concluir que la donación de los bienes y su entrega fueron lícitos, a la luz del derecho interno colombiano por parte del Jefe de Estado de la época, sino que tales actos no pueden ser considerados como violatorios de los derechos a la moralidad pública y a la defensa del patrimonio público, cuya protección se invocó en la acción popular por el demandante.”

Finalmente, respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto indicó lo siguiente:

“Y, finalmente, la acción de tutela en este caso es improcedente contra las decisiones de instancia porque ellas fueron proferidas por las autoridades judiciales accionadas, con apego al ordenamiento jurídico vigente y sin pretermitir etapas del proceso de la acción popular, o sin valorar las pruebas aportadas al proceso etc., es decir, sin incurrir en una vía de hecho judicial, de modo que la Presidencia de la República comparte sus decisiones dentro de la acción popular promovida por el actor.”

7.1.3. Ministerio de Relaciones Exteriores

Andrés Leonardo Mendoza Paredes, actuando en calidad de Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante oficio³⁷ radicado en la Secretaría General el 28 de enero de 2016, se pronunció dentro del término otorgado en el auto de vinculación del 22 de enero de 2016 para solicitar a la Corte Constitucional no tutelar los derechos invocados por el demandante.

La entidad sostiene que no hubo vulneración del derecho fundamental al debido proceso por cuanto, desde el punto de vista procesal, *“se le garantizó al demandante un efectivo derecho a la administración de justicia a las actuaciones procesales correspondientes y a la segunda instancia.”*

³⁷ Folios 151-163.

De otra parte, sobre el cargo por defecto procedimental absoluto manifiesta:

“En ese sentido, se tiene que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca 1) siguió el trámite señalado dentro del debate jurídico en las acciones populares por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa. 2) No permitió etapas sustanciales del procedimiento ya que se agotaron las distintas etapas procesales garantizando al actor su intervención en aras de garantizar su derecho no solo a la administración de justicia, sino además al debido proceso. 3) No pasó por alto realizar el debate probatorio, el cual se enmarcó en determinar si efectivamente existió una vulneración o amenaza a los derechos colectivos de la moralidad pública y la defensa del patrimonio público reconocidos en la sentencia de primera instancia, haciendo un estudio de los argumentos tanto del demandante como de las entidades objeto de acción.”

Finalmente, respecto de las demás causales que configuran la vulneración del derecho al debido proceso, esto es, defecto fáctico, decisión sin motivación, defecto material o sustantivo y desconocimiento del precedente, el Ministerio señala que no se configuran toda vez que: (i) la acción de tutela no puede entenderse como una tercera instancia, (ii) el *Ad Quem* hizo un análisis de fondo teniendo en cuenta la totalidad de los elementos probatorios, (iii) la decisión se fundamentó en los principios de la autonomía judicial y sana crítica y, (iv) por último, la jurisprudencia expuesta por el actor trata un tema que nada tiene que ver con el problema jurídico a resolver en el presente caso.

7.2. Intervenciones en audiencia pública

En sesión realizada el día veintinueve (29) de octubre del año dos mil quince (2015), la Sala Plena de la Corporación decidió convocar a audiencia pública en el proceso de la referencia, con el fin de ampliar el debate y recibir información especializada para la adopción de la decisión a que haya lugar.

En cumplimiento de lo anterior, por Auto del 16 de diciembre de dos mil quince (2015), la Sala Plena de la Corte Constitucional, fijó como fecha de

la audiencia pública el día veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016), a las ocho de la mañana (8:00 a.m.), en las instalaciones del Palacio de Justicia, Sala de Audiencias de la Corte Suprema de Justicia, con especial invitación a expertos, universidades, organizaciones y entidades públicas. En el numeral 12 del Auto del 16 de diciembre de dos mil quince (2015) se dispuso que el cronograma de intervenciones podría ser objeto de modificaciones en función de la disponibilidad de los expertos y las entidades invitadas.

En el referido auto la Sala Plena formuló las siguientes preguntas:

- 1- ¿Cómo definen la identidad colombiana en relación con el legado de las comunidades indígenas, las ciento veintidós (122) piezas de la Colección Quimbaya que actualmente se encuentran en el Museo de América de Madrid, en perspectiva contemporánea del valor antropológico e histórico del patrimonio cultural?
- 2- ¿A la luz del ordenamiento internacional, cuál o cuáles serían los instrumentos o procedimientos más eficaces para lograr la restitución o repatriación de bienes culturales de valor arqueológico y cultural?
- 3- ¿Teniendo en cuenta que las ciento veintidós (122) piezas de la Colección Quimbaya, que se encuentran en el Museo de América de Madrid, fueron entregadas en el año 1893 por un Jefe de Estado a otro país, los actuales estándares internacionales en materia de repatriación y restitución de bienes culturales serían aplicables al caso concreto?

Por auto del veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016) modificó la agenda de la Audiencia Pública, la cual se realizó el día veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016) y en la que se presentaron las intervenciones que en orden de participación se exponen a continuación:

7.2.1. Felipe Rincón Salgado, demandante en acción popular y de tutela

El demandante en acción popular y de tutela, Felipe Rincón Salgado, inicia su intervención afirmando que el patrimonio cultural y arqueológico de las diferentes Estados es amparado no solo por las legislaciones internas, sino, además, por tratados e instituciones del orden internacional, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Red Internacional de Políticas Culturales (RIPC), la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), entre otros organismos internacionales.

Sostiene que la Constitución Política, en los artículos 63, 70 y 72 protege el patrimonio arqueológico y cultural de la Nación, que es inalienable, inembargable e imprescriptible. Con base en ello, considera que la Carta Política le impone al Estado el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos, así como sus diversas expresiones como fundamento de la nacionalidad.

En su criterio, no existe duda sobre el alcance intemporal de estas normas constitucionales, las cuales afirma existen como concepto temprano en el ordenamiento jurídico colombiano, cuando las primeras codificaciones dieron a los bienes públicos esa connotación o característica de inalienabilidad, indisponibilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Para tal efecto, refiere el contenido dispositivo y alcance del artículo 674 y siguientes del Código Civil, vigentes para la época de la insólita "transferencia" del Tesoro Quimbaya,

Explica que las características propias de los bienes culturales como el Tesoro Quimbaya, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial. Puntualmente, refiere la Sentencia C-595 de 1995 de la cual cita la consideración que se transcribe a continuación: *“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”*.

La donación realizada por el entonces Presidente la República de Colombia es ilegal, toda vez que no contó con la aprobación del Congreso

de la República, hecho que genera la viabilidad de la reclamación a través del Comité de la UNESCO, como fue planteado en la acción popular que interpuso. En ese sentido, precisa que es irrelevante que los tratados sobre restitución de bienes suscritos por el Estado colombiano sean posteriores al hecho de la donación ilegítima pues: *“si se partiera de que las legislaciones, tratados o cuerpos normativos no son aplicables a hechos anteriores, aclarando una vez más que es en materia de reclamación de bienes culturales y arqueológicos, no hubiere presenciado el mundo las reclamaciones que ha hecho Grecia a Inglaterra de los mármoles del Partenon, adquiridos por el Gobierno de Inglaterra en 1816 y que datan del 448 y 432 A.C. en honor a la Diosa Atenea, o del Zodiaco de Dendera que se encuentra en el museo de Louvre o la Piedra Rosetta que está en el Museo Británico.”*³⁸

Con base en lo anterior, asevera que las reclamaciones ante la UNESCO no deben ser asumidas como disputas entre Estados para enrostrar situaciones del pasado que han sido superadas, toda vez que la manifestación de voluntad soberana al adherir o celebrar tratados internacionales, es precisamente la verificación o cristalización de esos acuerdos de voluntades estatales tendientes a conseguir unos fines determinados, que generen en las relaciones internacionales un mejor escenario de entendimiento y desarrollo de la humanidad.

En su entender la reclamación de repatriación de la Colección Quimbaya, es un acto de soberanía cultural e histórica, así como una reafirmación de la identidad, que ha sido empleado por países como Perú, México, Grecia, Egipto y la propia España.

Concluye su intervención señalando que las expresiones culturales de los Quimbayas y demás tribus que habitaron el territorio colombiano, son parte importante la historia e identidad de los antepasados colombianos: *“quienes crearon bellas piezas de orfebrería y alfarería y una de las expresiones más bellas de ese patrimonio cultural, es precisamente el denominado Tesoro de los Quimbayas, de un valor cultural y sentimental incalculable que es base suficiente para que se nos dé la razón, no solo a los que estamos accionando los mecanismo legales, sino a todo el pueblo*

³⁸ Intervención del ciudadano Felipe Rincón, folio 4.

colombiano y estamos convencidos de que el Reino de España lo retornará, pues es consciente que moralmente el Tesoro Quimbaya pertenece al patrimonio cultural y arqueológico de Colombia”³⁹.

7.2.2. Presidencia de la República

Mediante oficio recibido en la Secretaria General de la Corte Constitucional el 27 de enero de 2016, la doctora Cristina Pardo Schlesinger, en calidad de Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, manifestó que se acogía a lo expresado por el Ministerio de Cultura respecto de la primera pregunta y a lo señalado por la Cancillería en relación con las otras dos restantes.

7.2.3. Ministerio de Relaciones Exteriores

La doctora Patty Londoño Jaramillo, en condición de Ministra Encargada de Relaciones Exteriores, intervino en la audiencia pública para dar respuesta a los interrogantes formulados en el Auto del 18 de diciembre de 2015.

Respecto a la primera pregunta indicó que esta desborda la órbita de las competencias de la entidad *“por tratarse de un asunto técnico, circunscrito a las calidades antropológicas e históricas de algunas piezas que hacen parte de la colección Quimbaya”*. En ese sentido, no hubo pronunciamiento alguno sobre este punto.

En relación con el segundo interrogante, hizo un breve recuento de las medidas normativas tendientes a proteger el patrimonio arqueológico y cultural de Colombia y, posteriormente, respondió la pregunta en los siguientes términos:

“Por su parte, vale decir que las actuaciones que en el nivel internacional pudieran adelantarse por parte del Estado, en el caso colombiano, se encuentran bajo la órbita del Presidente de la República en su calidad de Director de las Relaciones Internacionales en virtud de lo previsto en el artículo 189, numeral 2 de la Constitución Política de Colombia.”

³⁹ *Ibidem*.

(...)

“De este modo, la viabilidad de acudir a un mecanismo o instrumento para restituir o repatriar bienes culturales depende en primera medida de las posibilidades ofrecidas por el ordenamiento jurídico internacional y, así mismo, de las consideraciones de carácter particular que el Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República como Director de la Relaciones Internacionales, pueda efectuar respecto de la conveniencia de iniciar determinado tipo de acción.”

En lo concerniente a la tercera pregunta considera que las normas de derecho internacional vigentes no resultan aplicables al caso concreto, toda vez que: “*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*” (Convención UNESCO) y el “*Convenio de UNDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente*” (Convenio UNIDROIT), en los cuales Colombia y España son Estados partes, no habían entrado en vigor al momento de los hechos objeto de demanda. En palabras de la Cancillería:

“Bajo ese entendido, es preciso señalar que la Convención UNESCO entró en vigor para la República de Colombia el 24 de agosto de 1988, una vez aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 63 de 1986. Así mismo, se advierte que el Convenio UNIDROIT entro en vigor para el Estado Colombiano el 1 de diciembre de 2012, el cual fuere aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 1304 de 2009.

En ese sentido, no es posible colegir que las disposiciones contenidas en esos instrumentos internacionales, sean aplicables *ratione temporis* a hechos acaecidos en 1893, es decir, antes de que dichos instrumentos hubieran entrado en vigor para la República de Colombia.

Por otro lado, al efectuar un análisis del caso concreto, la aplicación de los instrumentos internacionales en comento *ratione materiae* tampoco resulta realizable. Al efecto, cabe mencionar que la ilicitud de la sustracción de bienes del territorio de un Estado parte de la Convención UNESCO se encuentra determinada únicamente por ser realizada en contravía de las

normas tomadas por los Estados en virtud de dicho instrumento y no en virtud de normas adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor.

Así mismo, se observa que el Convenio UNIDROIT no resulta aplicable al caso concreto por cuanto su ámbito de aplicación se limita a bienes que han sido robados o desplazados del territorio de un Estado contratante en infracción de su derecho que regula la exportación de bienes culturales, situación que no puede ser predicada respecto de la colección Quimbaya por cuanto, estas no fueron robadas y no fueron desplazadas del territorio colombiano en infracción de las normas vigentes en 1893.”

De otra parte, manifiesta que la entrega de las 122 piezas de la Colección Quimbaya por parte del Estado colombiano se debe entender como un acto unilateral que comporta fuerza de compromiso internacional en la medida en que fue realizada por el Jefe de Estado en representación de la República de Colombia:

“Las piezas entregadas por un Jefe de Estado a un Estado extranjero no podrían ser objeto de una reclamación por parte del Estado que efectuó la entrega en la medida en que para tales efectos procedió una autoridad legitimada en el derecho internacional para representar al Estado ante la comunidad internacional.

La entrega de esas piezas se entiende entonces como parte de una obligación internacional contraída por el Jefe de Estado que representaba al Estado colombiano en 1893. Por consiguiente, es dable recordar que toda obligación asumida a través de un acto unilateral debe ser cumplida en virtud de la existencia de una confianza recíproca entre los Estados.”

Adicionalmente, señala que para la época en la que ocurrieron los hechos, la colección Quimbaya no era considerada patrimonio nacional, razón por la cual, la entrega no puede calificarse como un acto ilícito:

“(…) es necesario recordar que la legalidad de un acto internacional no se ve afectada por la calificación que haga el derecho interno de un Estado respecto de la legalidad o ilegalidad de dicho acto.

(…)

Así pues, y teniendo en cuenta que los bienes de la colección Quimbaya no eran considerados patrimonio nacional, no se hace posible colegir que hubo una actuación ilícita, a la luz de derecho interno colombiano por parte del Jefe de Estado de la época.”

A modo de conclusión, el Ministerio de Relaciones Exteriores señala que el derecho internacional no establece una norma que regule la repatriación de bienes entregados por un Estado a otro a título de donación, como sucede con el caso de las piezas de la Colección Quimbaya. Debido a lo anterior la alternativa que tiene Colombia para lograr la restitución de las mismas son los acuerdos a los que ambos Estados puedan llegar por la vía diplomática, apartándose de toda acción unilateral con el fin de reclamar de manera coercitiva las 122 piezas entregadas por el Estado colombiano en 1893.

7.2.4. Ministerio de Cultura

Por oficio recibido en la Secretaria General de la Corte Constitucional el 26 de enero de 2016, el Ministerio de Cultura allegó a esta Corporación la intervención realizada por el doctor Juan Manuel Vargas Ayala, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicha Institución.

El apoderado judicial del Ministerio de Cultura desarrolló solo el primero de los interrogantes planteados y, sobre los otros dos, se atuvo a lo expresado por la Cancillería.

Así las cosas, en relación con la definición de la identidad colombiana el Ministerio de Cultura sostiene:

“Los grupos sociales, que emplean el término “Comunidad Indígena” para definir su existencia, enuncian su identidad frente al resto de la sociedad colombiano como el vínculo que tendrían con el territorio, con las prácticas culturales y con los objetos denominados prehispánicos por la descendencia directa de unos ancestros lejanos.”

Con base en lo anterior concluye que es indudable el nexo entre los objetos de la Colección Quimbaya y la identidad de los pueblos indígenas:

“Los objetos de la “Colección Quimbaya”, hacen parte del conjunto de bienes arqueológicos que evidencian la antigua existencia de sociedades en el territorio actualmente conocido como Colombia, antes de la presencia europea. Estos objetos ponen de manifiesto saberes, creencias y prácticas culturales asociados a lejanos periodos. La orfebrería Quimbaya en consecuencia, en representativa del patrimonio Cultural colombiano en general en donde están incluidos los pueblos indígenas.

Vale la pena señalar que la identidad cultural no está circunscrita o delimitada por enunciados de tiempo o de espacio específicos; al contrario la identidad puede, como forma de reconocimiento, expresarse de manera atemporal y extraterritorial de esta manera bien podemos entender como parte de la identidad colombiana un conjunto de expresiones culturales ocurridas en periodos bien anteriores a la existencia de la nación colombiana podemos, incluso enunciar bienes y contextos elaborados hace más de 10.000 años. De la misma manera podemos señalar que la localización de los bienes culturales no implica el fortalecimiento o el debilitamiento del vínculo identitario que se desprende de su existencia. El objeto juega un rol identitario en la medida, en que se desenvuelve como significante de un discurso que adquiere su significado de manera contemporánea.

Tanto el objeto como su contexto contemporáneo, son evidencias de los procesos históricos sucedidos, es decir el objeto hace parte del tiempo desde el momento de su fabricación hasta la interpretación contemporánea. El conjunto de objetos que constituyen la colección Quimbaya situadas en el Museo de Madrid se incorpora a los enunciados identitarios de los pueblos indígenas como parte del reconocimiento de sí mismos como pueblos históricos, con tradiciones culturales.”

7.2.5. Presidente de la Sección Primera del Consejo de Estado

El Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés⁴⁰, Presidente de la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional, expresó que las razones para adoptar una decisión, en el seno de esa Corporación se circunscribieron a que la

⁴⁰ Allegado a la Secretaría de la Corte Constitucional en 14 folios.

Sala encontró que el actor se limitó a solicitar la revisión sin expresar los motivos que a su parecer, hacían que la providencia pudiera ser objeto de esa instancia a fin de unificar la jurisprudencia. Además, no explicó las posiciones contradictorias sobre el asunto o cuál fue la confusión o diversidad de interpretaciones sobre el mismo, a partir de las cuales se pudiera concluir la inexistencia de un criterio consolidado sobre el particular. Con base en lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado se abstiene de realizar pronunciamiento alguno.

7.2.6. Procuraduría General de la Nación

En cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 277 de la Constitución, la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles, Gladys Virginia Guevara Puentes, en primer término expresó que intervenía en defensa de los derechos colectivos de los colombianos, del patrimonio público y del patrimonio cultural de la Nación.

En relación con el cuestionario, respecto de la primera pregunta, sostuvo que es una necesidad de todos los pueblos afianzarse en la búsqueda de sus raíces, particularmente en los momentos críticos de su devenir histórico, con miras a encontrar su esencia individual y social, esto es, una exploración del pasado común a fin de hallar una identidad por medio de la revaloración de sus vestigios históricos, artísticos y culturales. En ese sentido sostuvo que el patrimonio histórico y cultural define a los pueblos, como manifestación viva de su carácter y dignidad.

Afirmó que los colombianos han asumido como propios los rasgos de la cultura Quimbaya, representada en las piezas que se encuentran en el Museo de América de Madrid, como referente de identidad para reconocerse a sí mismos y en sociedad, entre los que destaca, por ejemplo: (i) el poporo Quimbaya, impreso en billetes y monedas, (ii) la bisutería precolombina Quimbaya; (iii) la promoción y divulgación del aprendizaje de la joyería en filigrana en oro y plata en ferias que se realizan en el territorio nacional; (iv) las visitas permanentes de colombianos y extranjeros a los Museos del Oro y la realización de seminarios nacionales e internacionales sobre recuperación de bienes culturales.

De igual forma, sostuvo que el valor de la Colección Quimbaya ha sido reconocido por parte de expertos y autoridades nacionales y regionales, tales como el Instituto Colombiano de Arqueología e Historia –ICANH–, la Academia de Historia del Quindío, el Ministerio de Cultura, la Asamblea Departamental del Quindío, la Delegación Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores y la propia Corte Constitucional.

En cuanto a la segunda pregunta, indicó que después de la Segunda Guerra Mundial surgieron diversos instrumentos orientados a la protección del patrimonio cultural, como la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado y su reglamento. En el caso bajo estudio, para lograr la restitución de los bienes culturales, al definir si persiste o no la violación de derechos colectivos, se deberían considerar: el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 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, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, la Convención de Viena y el Convenio sobre la Protección de las Instituciones Artísticas y Científicas y de los Monumentos Históricos.

Además, indica la existencia de otros instrumentos internacionales que refuerzan la pretensión colombiana, tales como la Carta Cultural Iberoamericana, producida en el marco de la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno de Montevideo (2006), la Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas (1956) y la Recomendación sobre medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, importación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales (1964).

En lo que atañe a la tercera pregunta, la delegada del Ministerio Público explica que los estándares internacionales anteriormente mencionados, vistos a la luz de la Convención de Viena, en particular su artículo 28, tienen efectos retroactivos y que de todos modos la situación creada por el Presidente Holguín no ha dejado de existir y, por el contrario, se continúa con la violación de los derechos colectivos de los colombianos a preservar el patrimonio Quimbaya.

Finalmente, afirmó que se han presentado otros casos a nivel internacional en los que se evidencia la tendencia a la restitución de patrimonio cultural, como la búsqueda de Grecia por recuperar judicialmente los mármoles del Partenón del Museo Británico, o la reclamación de Egipto a Reino Unido de la Piedra de la Rosseta.

7.2.7. Defensoría del Pueblo

Para la Defensoría del Pueblo la identificación de la Colección, así como el reconocimiento del valor antropológico e histórico del patrimonio Quimbaya ha sido un asunto que no ha sido fácilmente reconocido en Colombia, debido a los fenómenos de saqueos y despojos masivos producidos durante el período conocido como la fiebre de El Dorado que causaron pérdidas y la dispersión del mismo. En palabras del delegado de la Defensoría:

“Pese a estar incompleto, el Tesoro de los Quimbayas tiene un extraordinario valor como ajuar funerario de personajes de alto rango; y desde sus descubrimiento y exhibición internacional en Madrid, ha sido reconocido como obra maestra de la orfebrería prehispánica. Sin embargo, a más de un siglo de estos hechos, el problema planteado por el Tesoro es que no se ha estudiado ni en Colombia, su país de origen, ni en España, su poseedor actual, constituyéndose en una inquietante laguna de conocimiento respecto a la orfebrería y al arte precolombino”⁴¹.

Debido a esto la Defensoría sostiene que se debe efectuar un análisis en perspectiva histórica que implica estudiar el comportamiento de los pueblos y la forma en que cada generación entiende su pasado. A partir de lo anterior afirma que el Gobierno colombiano tenía pleno conocimiento de la autenticidad e importancia del legado de la cultura Quimbaya antes de realizar la donación. En sustento de esta aseveración sostiene que Marco Fidel Suárez para ese entonces Subsecretario de Relaciones Exteriores respondió a la convocatoria a la exposición Histórico-Americana que le hiciera el gobierno español argumentando que: “*el concurso de la República a este importante evento debería limitarse al envío de algunos*

⁴¹ Gamboa Hinestroza, Pablo. El Tesoro de los Quimbayas un siglo después. En: Betancourt Mendieta, Alexander [Editor]. Policromías de una región. Procesos históricos y construcción del pasado local en el Eje Cafetero. Universidades Públicas del Eje Cafetero. Pereira, 2008, p. 25.

*objetos arqueológicos de los que pudieran exhibir particularmente el estado de las artes entre los indígenas americanos en los tiempos anteriores a la conquista*⁴².

Citando al profesor Pablo Gamboa Hinestroza señala que *“Suárez entiende los "objetos arqueológicos" no sólo como demostrativos del estado de las artes indígenas sino que dentro del contexto histórico de su tiempo confiere la representación internacional del país al "arte indígena" reconociéndolo como signo de identidad. Esto demuestra un sustancial cambio de mentalidad respecto a la Colonia, cuando los "ídolos" eran satanizados y destruidos como objetos religiosos del culto indígena, reconociéndose ahora, oficialmente, su valor histórico, artístico y patrimonial.”*⁴³

Con base en lo anterior, la Defensoría del Pueblo considera que las 122 piezas de la Colección Quimbaya que hoy reposan en el Museo de América de Madrid constituyen un elemento enriquecedor de la identidad cultural colombiana, porque posibilita la relación ancestral de los pueblos indígenas con su pasado, sus usos y costumbres.

En cuanto a la segunda pregunta, la Defensoría del Pueblo manifiesta que es posible identificar en el derecho internacional instrumentos relativos a la protección de bienes culturales de valor arqueológico e histórico del patrimonio cultural, así como procedimientos eficaces para lograr la restitución o repatriación de la Colección Quimbaya que yace en territorio español.

Dentro de los múltiples instrumentos internacionales para la recuperación, repatriación, conservación, protección y difusión del patrimonio cultural menciona, entre otros, la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y su reglamento (UNESCO, La Haya, 1954), su Primer y Segundo Protocolo (UNESCO, La Haya, 1954 y 1999, respectivamente), la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales (UNESCO, París,

⁴² Gamboa Hinestroza, Pablo. El primer tesoro de los Quimbayas: hace cien años fue obsequiado a España. Tomado de Revista Credencial Historia. Edición 30. Bogotá, 1992.

⁴³ Ibídem, folio 30.

1970), la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (UNESCO, París, 1972), la Convención Sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (OEA, Santiago de Chile, 1976), la Convención de UNIDROIT Sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente (UNIDROIT, Roma, 1995), así como la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (UNESCO, París, 2003).

De manera concreta sugiere que el Estado colombiano debe invocar la Convención suscrita en París en 1970, en cuyo artículo 7, literal b), numeral ii), se establece que los Estados Partes se obligan a:

“Tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte de la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. Esas peticiones de comiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. El Estado requirente debe facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de decomiso y restitución”.

Así mismo, manifiesta que el Convenio UNIDROIT suscrito en Roma el 24 de junio de 1995, complementó la protección sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente al señalar en su artículo 8º que: *“se podrá presentar una demanda fundada en los Capítulos II o III ante los tribunales o ante cualesquiera otras autoridades competentes del Estado contratante en el que se encuentre el bien cultural”*, a fin de lograr la repatriación o restitución de bienes ilegalmente exportados.

En consonancia con lo anterior, señala que el capítulo III del Convenio mencionado dispone que un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente, con lo cual *“El tribunal o cualquier otra autoridad competente del Estado requerido ordenará la devolución del bien cultural cuando el Estado requirente demuestre que la exportación del bien produce un daño significativo con relación a alguno de los*

intereses siguientes: a) la conservación material del bien o de su contexto; b) la integridad de un bien complejo; c) la conservación de la información, en particular de carácter científico o histórico, relativa al bien; d) la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad autóctona o tribal, o que el bien reviste para él una importancia cultural significativa”.

Concluye la intervención afirmando que las 122 piezas precolombinas de la cultura Quimbaya que hoy reposan en el Museo de América de Madrid constituyen un elemento del patrimonio e identidad cultural colombiano. Con base en ello solicita a la Corte Constitucional ordenar al Ministerio de Cultura en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de sus misiones diplomáticas y oficinas consulares, adelantar todas las gestiones administrativas y judiciales necesarias ante el Gobierno español a fin de conseguir la repatriación de las piezas que hacen parte de la Colección Quimbaya.

7.2.8. Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICAHN

El Director del Instituto Colombiano de Antropología e Historia⁴⁴ ICAHN, Ernesto Montenegro Pérez, frente a la pregunta referida al valor de las piezas en la construcción de la identidad colombiana, sostuvo que la identidad de los pueblos se configura por elementos descriptibles, pero también por un conjunto de sentimientos y de percepciones que se aferra a la subjetividad del individuo. En ese sentido, explica que evocar la identidad implica describir lo concreto, el espacio, el territorio, los sujetos, las herramientas, las decoraciones, pero también el espíritu profundo de los seres, el llanto del recién nacido que funda el parentesco, la convicción de la lucha política, la sonrisa de la vejez, la identidad de los pueblos se instituye por la capacidad de convocar a los ancestros y de trascender los tiempos, *“ninguna identidad depende de un objeto”*, al contrario, los objetos solo adquieren identidad a través de los seres que los enuncian.

Máscaras, diademas, pectorales, cuentas, cualquiera de ellos podría ser orfebrería valiosa y como mercancía padecer de la triste ausencia de identidad.

⁴⁴ Audiencia pública, audio 1:15:07.

Concibe la identidad como un aspecto contextual y relacional que juega un rol identitario en la medida que se desenvuelve como un discurso que adquiere su significado en un momento contemporáneo.

Manifiesta que la convocatoria de la Corte concierne únicamente a las 122 piezas de orfebrería que se encuentran en el catálogo del museo de América de Madrid y que no hacen parte de este requerimiento las piezas adquiridas por coleccionistas como Vicente Restrepo o Carlos Uribe, y de las cuales su desconocido circuito las aleja “*del renovado nacionalismo*”.

Señala que el patrimonio es aquello que se recibe de los ancestros y que puede entenderse como una propiedad o como un diálogo, aquello que viene del pasado, o es una conversación con la existencia. En este aspecto, precisa que la colección Quimbaya, sin duda hace parte del patrimonio arqueológico de la Nación. Sin embargo, sostiene que los colombianos hace decenios renunciamos a construir nuestra nacionalidad en torno a los aportes prehispánicos e indígenas y que durante dos siglos el debate público no contó con la participación de las poblaciones pre colombianas.

7.2.9. Fernando Vicario Leal

Fernando Vicario Leal, Gestor Cultural de la Organización de Estados Iberoamericanos, participó en la audiencia pública del 28 de enero de 2016, para lo cual, además, allegó escrito de intervención.

Sostuvo que la repatriación de las piezas de la Colección Quimbaya se fundamenta únicamente en el valor simbólico que estos tienen y, que es fundamental en la construcción de una nueva realidad cultural, por lo que España, al devolver la colección a Colombia, estaría ejecutando un acto de construcción.

Afirma que, al retornar la colección Quimbaya a Colombia se estaría apoyando y defendiendo un interés común de los Estados, del cual se viene hablando hace ya un cuarto de siglo: “*la creación de un mundo de cultura, en el que los símbolos tienen mucha más fuerza que las legislaciones y las burocracias.*”

Argumenta que España debería: *“construir un modelo de relación primigenia, como primigenia era la raza que habitaba este suelo y que fue desposeída de sus tierras, tesoros, y modos de vida”*, y devolver el tesoro indígena se traduce en una mirada generosa y certera *“sobre el valor de lo que la tierra y la gente pueden hacer por cambiar el desenlace de esta realidad que queremos llamar como todavía no se llama, Iberoamérica.”*

Culmina su intervención diciendo que se debe lograr que *“el patrimonio sea un activo de la memoria y no un pasivo de las nostalgias de dueños que nunca lo fueron, y pretenden reivindicar a través suyo, glorias que ellos no construyeron.”*, en ese sentido, afirma que: *“Relegar el patrimonio a las vitrinas estáticas es quitarle su capacidad de navegar entre los corazones que en este siglo XXI son del mundo. Corazones que si bien se han construido con todo lo que recibieron, son conscientes de que deben construir con generosidad y amplitud de espacios, que es lo que nos pide el futuro que todos soñamos.”*

7.2.10. Lucas Lixinski, Profesor Universidad de Nueva Gales del Sur

Lucas Lixinski, docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva Gales del Sur (Australia), intervino en la audiencia pública, contestando cada una de las preguntas planteadas.

Frente a la primera pregunta el profesor Lixinski manifiesta que desde hace muchos siglos el patrimonio cultural ha sido utilizado como una forma de producir y reforzar la identidad nacional de los países. Esa función de los bienes culturales se maximiza en los Estados de Latinoamérica. En el caso especial de las culturas indígenas de esos países, el patrimonio arqueológico precolombino es fundamental para demostrar que existe una identidad cultural diferente a la de los conquistadores.

Precisó que su explicación no quiere decir que todo artefacto cultural sea determinante para la identidad colombiana. Por ende, se debe determinar si el tesoro “Quimbaya” contribuye más que otro bien cultural a construir identidad en el país. Para ese análisis, se debe evaluar las piezas en su conjunto y revisar su valor simbólico, así como científico.

A partir de lo anterior, explica que el Tesoro Quimbaya es un bien cultural de gran importancia para Colombia, porque: (i) es un objeto de una alta calidad, el cual tiene un gran estatus de colección; y (ii) la exposición de ese artefacto en España transformó el Tesoro Quimbaya en uno de los elementos representativos de la cultura colombiana precolombina a nivel mundial.

En cuanto a la segunda pregunta relacionada con los instrumentos o procedimientos que podrían ser más efectivos para alcanzar la restitución del patrimonio cultural, estima que en el derecho internacional duro (*hard law*) no existe regulación que pueda ser aplicada al caso del Tesoro Quimbaya, porque los hechos que suscitaron la donación de ese artefacto ocurrieron antes de la suscripción de diferentes tratados de patrimonio cultural, esto es, después de la mitad del siglo XX. Ante esa diferencia de tiempo, el derecho internacional no puede ser aplicado de manera retroactiva.

Sin embargo, en el derecho internacional existen instrumentos blandos (*soft law*) que tienen la virtualidad de resolver la disputa sobre un bien cultural, mecanismos que dependen de la diplomacia y que carecen de fuerza jurídica.

De acuerdo con lo anterior, el Gobierno de Colombia para repatriar el tesoro Quimbaya tiene tres vías no coactivas: (i) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o la Convención de 1970. Tales documentos sólo pueden ser invocados por los valores que representan y no por su obligatoriedad, dado que fueron expedidos con posterioridad a los hechos del caso *sub-judice*; (ii) acudir a algunos mecanismos de derecho internacional privado; y (iii) utilizar las formas de solución de conflictos existentes en la UNESCO.

Frente a la posibilidad de invocar declaraciones y convenciones, el profesor Lixinski subrayó que Colombia puede solicitar a España que cumpla la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, documento que las Naciones Unidas aprobó en el año 2007 y que España votó. Los artículos 11 y 31 de esa Declaración crean el deber de los Estados de devolver a las comunidades indígenas los bienes culturales necesarios para salvaguardar su identidad y prácticas pasadas. En el caso concreto,

esas normas asignan a España la obligación de restituir el Tesoro Quimbaya al pueblo Quimbaya. Una vez retornado el patrimonio, la comunidad indígena puede negociar con el Estado colombiano para que su bienpreciado se exhiba en un museo. Por ello, el Gobierno de Colombia puede iniciar negociaciones con su homólogo Español con fundamento en la Declaración, pues el país de origen del pueblo Quimbaya es el Estado con mayor idoneidad para proteger la Colección.

Aunado a lo anterior, el Estado colombiano puede solicitar el amparo de la Convención de 1970 sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales de la Unesco. En el preámbulo, la Convención advierte que los bienes culturales son imprescindibles para conocer la historia de los pueblos. En la causa analizada, la Colección Quimbaya es la forma ideal de conocer el origen de la comunidad indígena referida, al igual que del artefacto. Lo antepuesto contribuye a la identidad cultural de Colombia y de la humanidad. Así mismo manifiesta que la Convención se expidió para proteger a los países recién descolonizados, cuya protección se extiende a Colombia, debido a que el Tesoro se envió a una potencia colonial.

En relación con los instrumentos del derecho internacional privado, el profesor australiano indicó que esta hipótesis surge en el evento en que la Corte concluya que la donación del tesoro fue ilegal. En esa situación, el Estado Colombiano podrá acudir a los tribunales españoles con el fin de litigar la propiedad del bien cultural. Para ello, se deberá demostrar: (i) ilicitud de la donación; (ii) que el paso del tiempo no sana ese acto contrario a derecho (prescripción); y (iii) la demanda todavía puede ser presentada, pese a que transcurrieron 120 años. Esa posibilidad se extiende con los mismos elementos al derecho internacional privado.

Finalmente, resaltó que la vía más adecuada para obtener la repatriación del Tesoro Quimbaya se encuentra en la UNESCO. Lo anterior, independientemente de que se trata de una vía diplomática que se concentra en la valoración ética de la donación. En esta hipótesis, el Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus países de Origen o su Restitución en Caso de Aprobación Ilícita es el principal mecanismo, puesto que es un órgano

creado para que opere por fuera de los asuntos regulados en la Convención de 1970 y para ayudar a evitar la entrega de patrimonio producto de resquicios del colonialismo, tal como sucede en el caso del Tesoro Quimbaya.

Con el fin de acudir al referido Comité, los Estados involucrados en la discusión deben iniciar previamente una negociación bilateral. En el evento en que el diálogo fracase, el Gobierno colombiano podrá acudir al Comité, órgano que puede adoptar una decisión por unanimidad o mayoría, precisando que las determinaciones de ese cuerpo no son obligatorias, pues son simples recomendaciones. No obstante, indica que el Comité ha sido exitoso en ocho casos y que el procedimiento es viable cuando: (i) los Estados no desean someterse a procedimientos de decisión electiva pública; (ii) los museos se oponen a las causas domesticas; y (iii) se requiere eliminar el desequilibrio de poder entre Estados débiles y poderosos.

En lo concerniente a la tercera pregunta, el profesor Lixinski, señala que los tratados o declaraciones de derecho internacional sobre patrimonio cultural no pueden ser aplicados como fuente jurídica, en la medida en que esos instrumentos fueron construidos después de los hechos que se circunscriben a la donación del Tesoro Quimbaya. En ese contexto, no es dable aplicar retroactivamente esos tratados. Dicha posición se sustenta en que la Convención de 1970 de la UNESCO estableció que sólo rige en las discusiones que se presenten con posterioridad a su vigencia.

7.2.11. Enrique Gaviria Liévano

El ex embajador de Colombia ante las Naciones Unidas, Enrique Gaviria Liévano inicia su intervención agradeciendo a la Corte la invitación a participar en la audiencia, a efectos de debatir sobre la recuperación del “Tesoro Quimbaya”, el cual se encuentra hoy en día en el Museo de América en Madrid *“gracias a la desafortunada donación que le hizo a la corona española el Presidente (encargado) Carlos Holguín Mallarino”*.

Indica que la importancia cultural que ofrece la colección fue incluso reconocida por propio Presidente Holguín Mallarino en su mensaje

rendido al Congreso el 4 de julio de 1892, texto en el cual se afirma que: *“Se han enviado a Madrid la colección más completa y rica en objetos de oro que habrá en América, muestra del mayor grado de adelanto que alcanzaron los primitivos moradores de nuestra patria.”*

De allí que, el Presidente Holguín era consciente del valor artístico y cultural del tesoro, y sin embargo lo entregó a título gratuito a España, en agradecimiento por su labor en la cuestión de límites con Venezuela, *“violando claras normas constitucionales que le impedían hacerlo”*. Aquello no deja de ser insólito, pues *“cuándo se había visto que el Presidente de una Nación agradezca con objetos de oro en un proceso arbitral. Nada de extraordinario hizo la Reina Regente María Cristina de Habsburgo, fuera de cumplir el compromiso adquirido con Colombia y Venezuela, de zanjar las diferencias limítrofes entre los dos países, y así lo hizo en el laudo arbitral del 16 de marzo de 1891”*.

Insiste en señalar que la Reina Regente María Cristina obró en derecho, con base en la tradición jurídica de Colombia sobre la región Guajira, la cual pudo demostrar con lujo de detalles el doctor Aníbal Galindo en el alegato de nuestro país. Los límites entre Colombia y Venezuela se determinaron con base en el principio *Uti Possidetis Juris* de 1810, lo que significa tomar en cuenta la división territorial existente entre las distintas provincias pertenecientes, respectivamente, al Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela al momento de la Independencia.

Siguiendo con la historia de la fijación de los límites territoriales entre Colombia y Venezuela, trae e colación la *“vergonzosa y antipatriótica actitud del Canciller Juan Uribe Holguín, al haber entregado por simple Nota Diplomática del 22 de noviembre de 1952 los Islotes de los Monjes a Venezuela, sin ningún título y considerado siempre como prolongación natural de la Guajira a Venezuela, ha representado para Colombia toda suerte de dificultades en las negociaciones inconclusas sobre delimitación marítima del Golfo”*.

Pasando al tema del contrato de compraventa de la Colección Quimbaya, celebrado entre el Estado colombiano y el señor Felipe Lozano, señala que,

en los términos del artículo segundo del mismo, una vez transferida la propiedad, el Gobierno podía disponer de ella libremente. Y señala:

“En el fondo se ocultaba la intención vedada de sustraer de la propiedad del Estado las 453 piezas del tesoro Quimbaya que habían sido objeto del contrato de compraventa con Fabio Lozano Torrijos y dejarlo en manos de particulares. Del total de la colección desaparecieron 211 piezas sin dejar huella, que era el saldo que quedaba después de entregarle 122 al gobierno español. Investigarlo será tarea del Ministerio de Cultura y la Cancillería, entidades que por cierto, han sido reacias a la repatriación del tesoro Quimbaya”.

Además explica que en el texto del contrato no se menciona la Constitución de 1886; que el Presidente Holguín violó ostensiblemente esa Carta Política, al hacer caso omiso de lo previsto en su artículo 76, numeral 9, en relación con las autorizaciones que debe otorgar el Congreso de la República, en materia de enajenación de bienes nacionales.

Con base en ello añade: *“De no ordenarse la devolución de nuestro tesoro, seguiremos siendo el mismo país de siempre, entregando enormes porciones de tierras y mar, como se demostró recientemente y ahora también nuestro patrimonio cultural, sin que sus autores se sonrojen y sin que sus actos sean juzgados al menos por la historia”*.

En cuanto a las instancias a las que Colombia puede acudir, de carácter bilateral a nivel político y privado, sostiene que, el primer paso consiste en que *“los organismos competentes del Estado tomen cartas en el asunto e inicien los trámites por la vía diplomática para la devolución de algo que es nuestro”*, tal y como por ejemplo hizo el Gobierno de Camboya, quien logró que el Museo Metropolitano de Nueva York, le restituyera dos centinelas arrodillados que eran parte del imperio Khmer. Lo anterior, *“sin descartar el contacto y la asesoría del Comité Intergubernamental para el Retorno de Bienes Culturales Hacia sus Países de Origen de la UNESCO.”*

7.2.12. Gonzalo Castellanos

El Profesor Gonzalo Castellanos sostiene que el Presidente Carlos Holguín Mallarino decidió comprar el tesoro arqueológico consistente en 400

piezas arqueológicas con recursos públicos, que representan la cultura Quimbaya clásica, lo cual hizo para agradecer los buenos oficios en la decisión del laudo que resolvió una diferencia limítrofe. Esto afirma ocurrió a finales del siglo XIX, cuando no se entendía el valor del patrimonio cultural arqueológico, razón por la cual, es imposible juzgar con una visión sincrónica esos hechos, porque en esos momentos no se comprendía la valía esencial y simbólica. Sin embargo, estima que para esa época los bienes ya le pertenecían al Estado y existía una noción del expolio cometido en Colombia con el patrimonio durante la conquista y la colonia, el que tenía por objeto destruir los ritos, costumbres como medio para apropiarse de la memoria colectiva de esas comunidades; por eso la actitud del presidente Holguín Mallarino sí puede ser analizada a la luz de un hecho de apropiación de patrimonio cultural arqueológico, pues actuó a su arbitrio para disponer de ellas y fue así como se compraron 400 piezas de las cuales solo existe conocimiento sobre la ubicación de algunas.

Afirma que el valor del patrimonio cultural y arqueológico es indiscutible y no radica en la belleza de las piezas que lo componen o el valor dado en el mercado ilícito, sino en un criterio esencial de memoria con lo que reconocemos como patrimonio cultural.

En cuanto a los tratados internacionales explica que estos no protegen al Estado colombiano, ya que no tendrían capacidad para exigir mediante una reclamación, porque no cobijan la situación de ilegalidad con la que un Presidente de la República decidió arbitraria y autónomamente dar el patrimonio a otro país. En ese sentido explica que hay una norma en la Convención del año 1970, que dispone que los bienes dados a otro país pasan a ser parte del patrimonio del Estado receptor, por ello la reclamación no tendría muchas posibilidades. Sin embargo, existe toda la posibilidad para que Colombia presente una solicitud diplomática y de buenos oficios para que ese patrimonio regrese y esté en Colombia de manera permanente o itinerante, y así la comunidad tenga derecho de acceso al conocimiento y disfrute de ese patrimonio cultural.

Finalmente, sostiene que además de la decisión que debe tomar la Corte si impone al Gobierno adelantar una reclamación o realizar una gestión de buenos oficios para la devolución, un aspecto importante es indagar dónde está el resto de las piezas de la Colección Quimbaya que el Presidente

Holguín Mallarino compró con recursos públicos y que son más de 280 piezas.

7.2.13. Antonio José Rengifo, profesor Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia

El profesor Antonio José Rengifo⁴⁵ señala que el obsequio de la Colección Quimbaya por parte del Presidente (e) Carlos Holguín a la Reina Regente de España reviste un carácter absurdo, toda vez que los mecanismos de conquista españoles fueron los que generaron la extinción del pueblo indígena Quimbaya.

Considera que ante la historia y para la comunidad arqueológica mundial es paradójico que España haya enriquecido su patrimonio cultural, sin justificación válida, con una colección que es expresión de la más alta calidad de la orfebrería precolombina, emanada de un pueblo indígena que ese país destruyó mediante sus acciones de conquista.

Manifiesta que existen instrumentos de derecho internacional para solicitar la restitución del tesoro, como el Comité Intergubernamental de la UNESCO para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita, el cual promueve las vías y los medios para facilitar las negociaciones bilaterales para la restitución de bienes culturales. Entre otras facultades tiene la de presentar a los Estados propuestas de mediación o de conciliación, no obligatorias.

Según el interviniente en octubre de 2010 se presentaron unas reglas de procedimiento para la mediación y la conciliación, que desarrollan e indican los principios básicos en que se apoyaría el citado Comité (el consentimiento, la confidencialidad, la buena fe y la imparcialidad), para facilitar un arreglo amistoso y una solución justa de la disputa teniendo por base el Derecho Internacional.

A manera de ejemplo expone que en mayo de 2010, el Museo Barbier-Mueller (Ginebra), restituyó a la República Unida de Tanzania una máscara Makondé. En sentido similar los Estados Unidos restituyeron a

⁴⁵ PhD. Universidad de Londres.

Tailandia el dintel Phra Narai, así como Italia restituyó a Ecuador más de 12.000 objetos precolombinos en 1983, todos estos casos resueltos gracias a la intervención mediadora del referido Comité.

De otra parte, adujo que entre Colombia y España, se suscribió un convenio para la adopción de medidas que impide la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, adoptado en París el 17 de noviembre de 1970 y aprobada en Colombia por Ley 63 de 1986 y en España el 10 de enero de 1986.

Adujo que el artículo 4 de esa Convención dispone:

“Los Estados Partes en la presente Convención reconocen que para los efectos de la misma, forman parte del patrimonio cultural de cada Estado los bienes que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

- a) bienes culturales debidos al genio individual o colectivo de nacionales de Estados de que se trate y bienes culturales importantes para ese mismo Estado y que hayan sido creados en su territorio por nacionales de otros países o por apátridas que residan en él;
- b) bienes culturales hallados en el territorio nacional;
- c) bienes culturales adquiridos por misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes;
- d) bienes culturales que hayan sido objeto de intercambios libremente consentidos;
- e) **bienes culturales recibidos a título gratuito, o adquiridos legalmente con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes.**” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Sobre el literal e) indica que las piezas que integran la Colección Quimbaya fueron entregados a España sin el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes, que para el

caso concreto era el Congreso de la República, por lo tanto no pueden ser considerados como parte del patrimonio de ese país.

Explica que las obligaciones de Colombia sobre protección del patrimonio cultural se encuentran contenidas en: (i) los artículos 70 al 72 de la Constitución Política de Colombia; (ii) el Tratado sobre protección de bienes muebles de valor histórico -Ley 14 de 1936-; (iii) el Pacto de Roerich para la protección de las Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos -Ratificado por Ley 36 de 1936-; (iv) la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972, aprobado por Ley 45 de 1983; (v) la Convención sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales de 1970 aprobado por Ley 63 de 1986.

Con fundamento en lo anterior, concluye que los ciudadanos colombianos están en la obligación jurídica de pedir la restitución de la Colección Quimbaya.

7.2.14. Monika Therrien

La profesora Monika Therrien⁴⁶ afirma que la Colección Quimbaya fue cuidadosamente inventariada antes de su viaje, como parte del protocolo para su presentación en la Exposición del IV Centenario del Descubrimiento realizada en Madrid en 1892 y para la posterior entrega efectuada al reino de España. Dicho catálogo aún existe y de él se deduce la discrepancia existente entre algunos autores sobre el número total de objetos que compone esta Colección: o bien 122 o bien 860, aprox., si se cuentan por separado las cuentas de los collares que se detallan en el inventario.

Asevera que con el fin de participar de manera oficial en la Exposición de Madrid en 1892, y también en la Exposición Universal en Chicago, en 1893, el Gobierno colombiano designó al erudito Vicente Restrepo para encabezar una “Subcomisión de Protohistoria” y además quedó encargado de hacer la selección de los objetos arqueológicos. Con tal fin, “...reunió

⁴⁶ Directora fundación ERIGAE.

colecciones de orfebrería y cerámica de su propiedad, de su hijo Ernesto Restrepo Tirado, de su yerno Bernardo Pizano, de Carlos Uribe, de Nicolás J. Casas, así como del vicario de Pasto, Manuel Santa Cruz y de monseñor Peralta” (...)

“El 15 de julio de 1892 fueron embarcadas en el puerto de Sabanilla, en un vapor español, veintitrés cajas que contenían 640 piezas de oro de buena ley, 332 de tumbaga, 755 de cerámica, 84 de piedra, 21 de madera y hueso, que fueron apreciadas en Colombia por seiscientas personas en la casa de habitación de Vicente Restrepo en Bogotá.”⁴⁷

Dentro de este menaje se incluían las 122 piezas de orfebrería que conforman la actual Colección Quimbaya que se encuentra en el Museo de América de Madrid.

El tesoro se exhibió no sólo en la Exposición Histórico Americana de 1892, sino también un año más tarde en la Exposición Histórico Natural y Etnográfica de Madrid, inaugurada el 4 de mayo de 1893, fecha en la que el Ministro Plenipotenciario de Colombia, Julio Betancourt, hizo entrega oficial de la Colección a la reina regente con destino al Museo Arqueológico Nacional. El anticuario Bendix Koppel le había sugerido a Carlos Holguín que la donación del “Tesoro Quimbaya” a la Reina Cristina de Habsburgo debería ser destinada expresamente a un museo arqueológico para que la colección no corriera el riesgo de dispersarse entre los miembros de la corte española.

El obsequio que el Presidente de Colombia escogió fue una “Colección de antigüedades de oro adquirida por el Gobierno con la aprobación del gabinete” [en Mensaje del Presidente de la República a las Cámaras Legislativas, 1892]. El presidente Carlos Holguín sabía muy bien la importancia y conocía el valor cultural y estético de la colección que Colombia le estaba obsequiando a España, tal como informó al Congreso: *“Se ha enviado a Madrid la colección más completa y rica en objetos de oro que habrá en América, muestra del mayor grado de adelanto que alcanzaron los primitivos moradores de nuestra patria [...] Como obra de*

⁴⁷ Clara Isabel Botero. El redescubrimiento del pasado prehispánico en Colombia: viajeros, arqueólogos y coleccionistas, 1820 – 1945. Instituto Colombiano de Antropología e Historia – Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, pp: 129 y ss.

*arte y reliquia de una civilización muerta, esta colección es de un valor inapreciable*⁴⁸.

Señala que una vez finalizados ambos eventos, y antes de la partida hacia la Exposición Universal de Chicago, en 1893, quedó parte de la muestra llevada a Madrid en manos de la Reina, específicamente lo que se denominó como “Tesoro de los Quimbaya”, pero con la indicación de su exhibición en un sitio público. Tal y como pasó en Madrid, una vez terminado el magno evento de Chicago, en el cual el pabellón de Colombia se identificó con un cóndor, la bandera y el escudo del país para magnificar dicha participación en ese concierto de naciones “civilizadas”, varios de los objetos pertenecientes a las colecciones de Vicente Restrepo, su hijo Ernesto Restrepo Tirado y su yerno Bernardo Pizano, fueron vendidos al Field Museum de Historia Natural de Chicago y otros más pasaron al Instituto Smithsonian.

Manifiesta que las exposiciones universales realizadas durante el siglo XIX, fueron muy importantes para nacientes Estados como el colombiano, en donde podía darse a conocer ante los otros que desconocían su existencia, promover sus productos, mostrar sus adelantos y su carácter civilizado, e incluso, tratar de demostrar que todo esto no era una fabricación reciente sino que tenía antigüedad (de su pasado precolombino, de legado colonial y, en su momento, como joven república).

En ese sentido, sellar este recuerdo de manera permanente en las mentes de los ciudadanos de los imperios y civilizaciones europeas y norteamericanas era pues una meta que había de lograrse. En efecto, la indicación de dejar la Colección Quimbaya en exposición permanente en los museos de estos países, fue una de las estrategias pensadas para lograr tal fin (no se duda que la sugerencia hecha a la reina de España se hizo también a los museos de Chicago y del Smithsonian).

En entender de la interviniente a finales del siglo XX y comienzos del XXI, esta búsqueda de la representación de la identidad nacional ha variado en otra dirección, en el marco de un proceso de migraciones que se expande globalmente. En el caso colombiano, no sólo ha implicado esfuerzos para

⁴⁸ *Ibidem*.

dar a conocer qué es Colombia, sino cambiar la imagen que de ella se tiene, la que en general es bastante negativa, más aún en los países en donde existe una mayor población de colombianos. Así, desde el Estado la identidad nacional se piensa como aquella que además de reforzarse continuamente dentro del territorio nacional, con la migración de colombianos hacia otros países, requiere crear otras estrategias para reforzarla por fuera de éste.

La profesora Therrien afirma que planteamientos como estos requieren agregar la cuestión sobre la relación entre territorio y la identidad nacional actualmente, y como está, más que anclarse en unos límites geográficos y físicos, se expresa hoy en múltiples escenarios y medios: además de los museos universales o transnacionales, en los partidos internacionales de fútbol, los olímpicos, los diarios nacionales en versión digital, la concesión de franquicias sobre guiones de telenovelas o marcas de restaurantes, las giras musicales de artistas nacionales; aunque ello no excluye la importancia de ciertos paisajes o lugares con significación especial enmarcados dentro de los límites del país .

Para la interviniente el reconocimiento de referentes identitarios propios puede lograrse a través de la circulación de los mismos en un país vecino o por el mundo, o más aún, se aprecian con mayor emoción y valía estando en otro país, bien sea como visitante o más especialmente en condición de migrante y, en particular, en situación de inferioridad o marginalidad. De esta manera, estos símbolos nacionales, sean cuales sean, requieren convertirse en elementos prácticos que de alguna manera se relacionen con la vida cotidiana de las personas, para así permitirles experimentar sentidos de pertenencia o de reconocimiento y mantener bases de comunicación sobre la identidad.

Así las cosas, considera que tanto la globalización y la creciente diáspora colombiana, siguen demandando estrategias de representación de la identidad nacional. Internamente queda aún mucho por resolver con las contradicciones que ha generado el cambio de paradigma respecto a reconocer a la Nación como diversa culturalmente y el respeto a esta condición. En este contexto, concluye que de acuerdo con las perspectivas contemporáneas, en el caso de los grupos indígenas la deuda todavía sigue vigente, en las formas de narrar y representar su legado, que no pueden

seguir siendo sometidas a las valoraciones políticas y económicas de la élite, etnia o clase dominante.

7.2.15. Gabriel Mujuy Jacanamejoy

El Dirigente indígena INGA (Putumayo-región amazónica) y exdirector del Programa Presidencial para los Pueblos Indígenas Gabriel Mujuy Jacanamejoy manifiesta que los pueblos originarios construyeron una civilización compleja antes de la conquista de los españoles, a lo largo de miles de años, lo cual se manifestó en lo político, en lo económico, en lo social y en lo espiritual. Explica que esto se encuentra referenciado en la investigación del profesor Charles Mann en el texto: *“1491, Una Nueva Historia de Las Américas antes de Colón”*.

Sostiene que fue un grave error por parte de los españoles no reconocer que en este territorio existían verdaderas civilizaciones, llegando al punto de negar que los indígenas fueran seres humanos, desconociendo que todo lo que se había construido formaba parte del desarrollo intelectual de los pueblos y considerando los elementos así construidos como simples objetos folclorizantes y de uso indebido.

Señala que hoy en día, gracias a los avances en las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, existen numerosos instrumentos (tratados y convenios) que reconocen y protegen la diversidad de los pueblos, en lo cual están comprendidas las comunidades indígenas, por lo cual se reclaman democracias interculturales, tal como se reconoce y se garantiza en la Constitución Política de Colombia de 1991.

En el contexto cultural, todo lo que construyeron los pueblos ancestrales tenían un profundo sentido de cosmovisión, espiritualidad y memoria histórica, que se ve reflejado en el patrimonio cultural Quimbaya, incluidas las piezas que se encuentran en Madrid (España), las cuales tienen un altísimo valor espiritual y de conciencia histórica que no puede ser calculado en términos económicos y que rebasa las normas positivas.

Por ello, ante la entrega ilegal de aquellos elementos del patrimonio cultural milenario, se impone valorar ese sentido que llevan implícitas las piezas del tesoro Quimbaya, y ello conduce a que se revise la materia, pues

se trata de obras que constituyen patrimonio arqueológico de la Nación y de los pueblos indígenas.

En cuanto al marco jurídico, hay normas de derecho internacional que favorecen la protección del patrimonio: la Convención de la UNESCO sobre la diversidad cultural, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, y la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Estos instrumentos, más allá de sus preceptos explícitos, llevan ínsita la protección de la cosmovisión, la memoria histórica y la espiritualidad de la herencia indígena, como en el caso de los Quimbaya y sus descendientes.

7.2.16. Lucía Rojas de Perdomo

La Arqueóloga Lucía Rojas de Perdomo⁴⁹, frente a la primera pregunta relacionada con la importancia cultural de la Colección Quimbaya, señaló que las 122 piezas provienen de una cultura agrícola que vivía en buen orden y gobierno que se tornó guerrera ante la invasión de sus territorios. Indica que la colección cuenta con piezas de desnudos de depurada técnica y realismo, así como con instrumentos musicales –por el importante lugar que ocupaba la música en la colectividad– y poporos utilizados para guardar la cal necesaria para consumir la planta sagrada de la coca, mediante la cual mitigaban el hambre y el cansancio en las arduas jornadas de trabajo.

Añadió que la colección Quimbaya informa sobre aquella población de la época anterior a la conquista, previa a la extinción que sobrevino a causa de la guerra y la invasión, en defensa de la tierra, el oro, sus valores y sus creencias. Resaltó que es en dicha extinción en donde reside el valor simbólico de las piezas, en tanto da cuenta de las culturas precolombinas que ni siquiera alcanzaron a tomar parte en el mestizaje, por motivo de la indignación que provocaba la idea de tejer lazos de amistad con los intrusos.

Indicó que el retorno de las 122 piezas de la Colección en cuestión podría darse por medio de un amistoso acuerdo entre el Rey de España y el

⁴⁹ Ex directora Museos Nacional y de Antropología.

Presidente de Colombia, quien por mandato de la Constitución tiene la dirección de las relaciones internacionales.

En lo concerniente a la segunda y la tercera pregunta, manifestó que diversos autores de la sociología, la teoría antropológica y el psicoanálisis coinciden en reconocer el valor subjetivo del “*regalo*” como expresión de amistad, agradecimiento, amor, etc., entre los seres humanos. No obstante, recalcó que hay ciertos objetos que no son susceptibles de ser regalados, por constituir algo sagrado y digno de recordación.

Es así que el entonces Presidente Carlos Holguín Mallarino, en ejercicio de las facultades de que estaba investido por la Constitución de 1886 y como agradecimiento por la decisión que resolvió favorablemente el conflicto limítrofe con Venezuela, regaló a la Reina las piezas de oro. Además, porque para esa época lo indígena era subvalorado y, sin embargo, la destinataria del obsequio lo preservó enviando las piezas al Museo Arqueológico de Madrid, en lugar de fundirlas para aprovechar el material de que estaban hechas.

En este sentido, los lineamientos sociales del “*regalo*” sitúan a una solicitud de devolución en un plano de anomia socio-cultural y, además de ser indecorosa, generaría una tensión diplomática por la inamistosa demanda, desconociendo que se trató de una donación en virtud de la cual las piezas pasaron legalmente a formar parte del patrimonio español, por lo cual correspondería al Parlamento de ese país protegerlo al haber sido adquirido de forma legítima.

Por lo anterior, propone que, dado el parentesco entre ambas naciones, como gesto de buena voluntad convendría que se compartan las 122 piezas de la colección Quimbaya mediante la figura de un préstamo rotatorio entre el Museo de América de España y el Museo del Oro de Colombia, que tuviera lugar en la efeméride del descubrimiento de América; y en vista de que España lo ha detentado por alrededor de 123 años, correspondería a Colombia tenerlo por los próximos 100 años, a fin de refrescar el simbolismo cultural de la cultura Quimbaya, que se extinguió como consecuencia de la conquista y colonia española en el siglo XVI.

7.2.17. René Urueña Hernández, profesor de derecho internacional de la Universidad de los Andes

El Director del Área de Derecho internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, René Urueña Hernández explica que el asunto de la repatriación del patrimonio cultural Quimbaya debe ser abordado desde dos enfoques diferentes, complementarios, pero con matices y potencialidades diferentes.

Bajo esa premisa indicó que el caso está regulado por dos cuerpos normativos internacionales: por un lado, se encuentran las normas de patrimonio cultural, en particular la Convención de la Unesco sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales de 1970 y el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente de 1994⁵⁰.

Por otro lado, se encuentran las normas internacionales sobre los pueblos indígenas, de las cuales resultan pertinentes principalmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Afirma, entonces, que las piezas de la Colección Quimbaya están regulados por dos cuerpos normativos: por un lado el derecho internacional del patrimonio cultural y, por el otro, el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, *“Estos dos complejos cuerpos normativos no se excluyen entre sí, pero naturalmente las normas específicas de cada uno enmarcan el problema de manera diferente.”*⁵¹

En criterio del interviniente, el caso debe enfocarse desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas por cuanto: (i) incluye la voz de las poblaciones indígenas, afrocolombianas y raizales en este debate, una voz que debe ser escuchada y considerada en un asunto que no debe ser visto solamente como un problema de nulidad de contratos o de restitución puramente inter estatal; (ii) esta forma de entender el caso minimiza la

⁵⁰ Precisó que los dos instrumentos internacionales se encuentra vigentes tanto en Colombia como en España.

⁵¹ Audiencia pública, minuto 2:18. Folio 3 de la intervención.

importancia de la discusión histórica respecto a si la entrega de la Colección fue ajustada al orden constitucional vigente. En palabras del interviniente:

“Estos dos instrumentos han sido invocados por la Corte Constitucional en diversos casos relativos a derechos de pueblos indígenas y comunidades afro. En cuanto al Convenio 169 de la OIT, la Corte ha considerado que el mismo hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto⁵² en tanto es un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia. Por su parte, en cuanto al valor y la importancia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Corte ha reconocido que si bien este instrumento no tiene el mismo efecto vinculante que un tratado, la misma tiene "(...) aplicación directa y, especialmente, la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas (...)"

Esta perspectiva es fundamental debido a que algún sector de la doctrina del derecho internacional público ha indicado que los derechos válidamente adquiridos, de conformidad con el derecho vigente al momento de adquisición pueden perderse si no se mantienen según los cambios a los que está sujeto el derecho internacional.

Es por esto que el asunto debe ser abordado a partir de la doctrina del derecho inter-temporal que no consiste en una aplicación retroactiva sino retrospectiva de las normas jurídicas, en tanto este fenómeno ocurre cuando normas nuevas se aplican, desde el momento de su vigencia, a circunstancias que no están consolidadas aún. En palabras del interviniente:

“El punto central al respecto es la doctrina del derecho inter-temporal en derecho internacional, desarrollada por el juez Max Huber en el arbitraje Isla de Palmas (1928), y que desde entonces es parte central de la dogmática del derecho internacional público. La doctrina tiene dos partes separadas.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 14. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-387 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

La primera consiste en que un hecho jurídico debe ser juzgado o apreciado según el derecho contemporáneo con su creación y no según el derecho vigente al momento en que surge una disputa en relación al mismo. En otras palabras, esta primera parte de la doctrina es la manifestación clara del reconocido principio de contemporaneidad.

Por otra parte, la segunda rama de la doctrina supone que los derechos adquiridos válidamente de conformidad con el derecho vigente al momento de adquisición pueden perderse si no se mantienen según los cambios a los que está sujeto el derecho internacional". Así, es claro que la segunda de las ramas de la doctrina de inter-temporalidad constituye una visión del derecho internacional como un sistema dinámico, en lugar de un cuerpo de reglas estáticas.

En este sentido, la doctrina del derecho inter-temporal no consiste en una aplicación retroactiva sino retrospectiva de las normas jurídicas, en tanto este fenómeno ocurre cuando normas nuevas se aplican, desde el momento de su vigencia, a circunstancias que no están consolidadas aún y que estaban siendo gobernadas por una norma anterior⁵³. Por consiguiente, cuando una materia hace parte de un litigio, evidentemente aún no se encuentra consolidada del todo, por lo que el juzgador tiene la posibilidad de aplicar normas nuevas que hayan entrado en vigencia y que aún no han sido aplicadas a la situación en concreto que se regía por otras normas.”

La tercera ventaja de analizar el caso de las 122 piezas de la Colección Quimbaya como un asunto de derechos de los pueblos indígenas, permite apelar a la superioridad jerárquica del principio de autodeterminación de los pueblos:

“Adicionalmente, el que el principio de autodeterminación de los pueblos sea considerado una norma erga omnes fortalece la aplicación de la doctrina

⁵³ En palabras de la Corte Constitucional: "...el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad." Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2011.

del derecho inter-temporal, en tanto las normas con efecto erga omnes son una limitación clara de la aplicación estricta del principio de contemporaneidad. Esto fue señalado claramente señalado por los jueces Shi y Koroma en su declaración unificada en el caso sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 2007 (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), en la que sostuvieron que en algunos aspectos particulares, tales como las normas ius cogens con carácter erga omnes, un tratado no puede divorciarse de los desarrollos subsiguientes a su adopción: "aunque un tratado al ser concluido no entrara en conflicto con ninguna norma de ius cogens, sí se tornará nulo si de manera subsiguiente emerge una nueva norma de ius cogens con la cual entra en conflicto. "

Un cuarto elemento que lleva a circunscribir la cuestión como un caso de derechos indígenas, tiene que ver con el hecho de que las manifestaciones de la cultura indígena no están sujetas a las reglas de prescripción de la acción de devolución del Convenio UNIDROIT de 1995, ni la prohibición de retroactividad en la aplicación de la Convención Unesco de 1970.

En relación con las normas del Derecho Internacional de los pueblos indígenas, el profesor Urueña señaló que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, protegen la permanencia de las artesanías de su cultura.

Precisó que los descendientes del Pueblo Quimbaya se ven afectados, en tanto las artesanías son un factor importante y característico de su cosmovisión, no solo a nivel artístico, sino también como referente cultural para las generaciones futuras. La afectación cultural se produce teniendo como fuente normativa el artículo 23 del Convenio 169 de la OIT y el Artículo 11 de la Declaración de las Naciones Unidas.

“...los descendientes del Pueblo Quimbaya se han visto afectados también en razón de la vulneración de su territorio y, por consiguiente, de su propiedad. Lo anterior, en virtud de que la toma de artesanías implica la intervención de un tercero en el territorio del Pueblo Indígena y la usurpación de su propiedad sin su autorización o consentimiento. Ahora bien, aunque el retiro de las artesanías como tal ocurrió hace más de un siglo,

la vulneración se mantiene mientras las artesanías permanezcan fuera del territorio -en España- sin consentimiento de los descendientes del Pueblo.”

El Artículo 23 del Convenio 169 establece explícitamente en su numeral primero que *“La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.”*

Esta disposición reconoce una importancia especial a la artesanía como expresión de la identidad indígena de la cual forma parte, tanto como pieza artesanal, como ejemplo para nuevos artesanos.

En el mismo sentido, el artículo 11 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas establece que es derecho de los pueblos indígenas practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, el cual incluye el derecho a mantener y proteger manifestaciones de culturas pasadas.

Frente a la vulneración del territorio afirma que son pertinentes los artículos 13 y 19 de los Convenios de la OIT, en los que se establecen las normas que deben cumplir los gobiernos en cuanto a las tierras de los pueblos indígenas. El Artículo 13 del Convenio precisa que *“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar 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.”*

De esta manera, el derecho a la propiedad protege el territorio junto con los bienes materiales, tales como las artesanías, en ese caso las 122 piezas Quimbayas.

Finaliza su intervención indicando que existen mecanismos de restitución de bienes culturales, así como la posibilidad de interponer acciones judiciales en contra del Estado español. Precisa que el derecho de patrimonio cultural de la humanidad prevé mecanismos de restitución como el Comité intergubernamental de la Unesco para la promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus Países de origen. Si el caso se enmarca como un caso de derechos indígenas, de igual manera, estos medios diplomáticos continúan a disposición del Estado Colombiano.

“Se abren también posibilidades de nuevas formas de acciones judiciales en contra del Estado español. Nacionales, de un parte, ante la jurisdicción española, e internacionales en particular ante la Corte Europea de Derechos Humanos.”⁵⁴

7.2.18. Blanca Alva Guerrero

La doctora Blanca Alva Guerrero, Directora de Patrimonio Cultural del Ministerio de Cultura de la República del Perú y experta de la UNESCO, allegó escrito en el que responde los interrogantes planteados por la Corte.

En relación con la primera pregunta explicó que ha tratado varios casos de repatriaciones de material arqueológico vinculado al pasado pre hispánico. El caso más notorio afirma es la devolución del material arqueológico de Machu Picchu, que estaba en poder de la Universidad de Yale. Señaló que esas piezas fueron trasladadas por el Gobierno Peruano de entonces en 1912.

Indica que en el año 1916 nuevamente se dio autorización a la Universidad de Yale para exportar material procedente de distintos sitios de la cultura Inca. Tras la primera guerra mundial el plazo de devolución de las piezas arqueológicas se retrasó, dándose por concluida la devolución unilateral por parte de esa institución universitaria.

En el año 2005, el Gobierno del Perú inició de nuevo la reclamación de las piezas. En el año 2010, la Universidad de Yale y el Gobierno Peruano llegaron a un acuerdo extrajudicial que se fundó en que Machu Picchu es

⁵⁴ Folio 10 de la Intervención.

el sitio emblemático del Perú. No obstante dice que no existen estudios científicos sobre el mismo, y una de las causas es la falta de información para realizar investigaciones. Al respecto explica que la Universidad de Yale tuvo piezas arqueológicas Incas durante más de ochenta años, y aun así no publicó investigaciones sobre las mismas.

Precisa que las piezas recuperadas no tenían, esencialmente, un valor estético, *“el valor verdadero de la colección estaba en su simbolismo para la población del Perú, en su valor de contexto, y en el acceso a la información negado por casi un siglo”*⁵⁵

La investigadora señala que se trata de un caso asimilable al contexto de las 122 piezas de la Colección Quimbaya, debido a que conoce el aporte que la metalurgia y orfebrería pre hispánica colombianas –de las cuales la cultura Quimbaya es un exponente sobresaliente- han realizado a la historia de la civilización.

En relación con la segunda pregunta indicó que la Unesco tiene un comité intergubernamental para el retorno de bienes culturales a sus países de origen, o su restitución en caso de apropiación ilícita integrado por 22 países miembros de la Convención de 1970, entre los cuales están Bolivia, Guatemala, México y Argentina.

El último caso tratado por el Comité es el de la esfinge de Bogazkoy devuelta por Alemania a Turquía en el año 2011. El Comité intermedia entre los gobiernos y establece procedimientos de mediación y conciliación a cargo de terceros, precisando que la solicitud requiere: (i) un reconocimiento por parte del actual poseedor de la procedencia de los bienes culturales y la importancia que tiene para la Nación requirente; (ii) designar un equipo de trabajo para cada parte donde se analizan los pros y contras de la restitución; (iii) Contar con un listado detallado y con imágenes de las piezas materia de la devolución.

En lo concerniente a la tercera pregunta, la interviniente afirmó que el gobierno o Estado no equivale a Nación y, por lo tanto, un gobierno no puede disponer libremente y a perpetuidad los recursos estatales. *“En*

⁵⁵ Folio 2 de la Intervención allegada a la Corte Constitucional.

Perú, existe el antecedente de gobiernos permisivos que autorizaron o que cerraron los ojos ante salidas de bienes pertenecientes al patrimonio cultural de la Nación; tal fue el caso de Bingham que excavó sin autorización y aun así se le exceptuó del cumplimiento de la norma y se le autorizó a sacar material del país.” En este contexto, culmina su intervención con las siguientes palabras: “La identidad de un país no se regala, no importa cuán alta sea la autoridad donante.”⁵⁶

7.2.19. Diógenes Patiño

El Profesor de antropología de la Universidad del Cauca, Diógenes Patiño⁵⁷ resaltó que los restos arqueológicos en Colombia son de gran importancia para las comunidades indígenas, entendidos como un legado de décadas pasadas. En ese sentido, sostiene que el patrimonio arqueológico, compuesto por sitios, materiales cerámicos, materiales orfebres e inclusive, los paisajes, adquiere cada vez más importancia porque las comunidades, especialmente las indígenas, se constituyen en parte esencial para la reconstrucción del tejido social en relación con sus ancestros, expresando así su materialidad. De esta manera, la Colección Quimbaya es un conjunto de piezas de incalculable valor con una importancia cultural y patrimonial tanto para las comunidades indígenas como para todos los colombianos.

Sobre los mecanismos más eficaces para la restitución de bienes culturales, indicó que, a la par del descubrimiento de sitios de interés arqueológico, en Colombia aparecieron a partir de los años veinte y treinta distintas regulaciones sobre patrimonio cultural, las cuales fueron depurándose hasta la expedición de la Ley 397 de 1997 sobre patrimonio cultural y sus decretos reglamentarios.

Dicha normatividad se integra con la preceptiva internacional, desarrollada con los lineamientos de la UNESCO y las Convenciones sobre la repatriación de objetos arqueológicos que han sido robados o sacados ilegalmente del país, las cuales han permitido que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia haya podido recuperar piezas importantes que

⁵⁶ Folio 175.

⁵⁷ Ph.D. Temple University Profesor.

habían sido extraídos (v.gr. estatuas de San Agustín y cerámicas de otras regiones del país).

Explicó que la práctica de la g.uaquería fue un problema, acentuado sobretudo en décadas pasadas en países como Colombia, donde en épocas prehispánicas hubo una gran diversidad cultural con avances extraordinarios en la metalurgia y la alfarería, cuyos objetos empezaron a ser encontrados en lugares arqueológicos que ulteriormente fueron destruidos.

Indica que hoy en día se cuenta con organismos internacionales y herramientas legales para recuperar el patrimonio cultural que le pertenece a la nación, que es originario y que nunca debió ser entregado. Así, gracias a los lineamientos y preceptos, ha habido procesos de repatriación con resultados exitosos, en el caso de bienes arqueológicos extraídos de forma ilícita, principalmente de países latinoamericanos, que fueron entregados a coleccionistas particulares o museos de otros países.

Como se trata de un hecho que data de finales del siglo XIX, cuando se encontraba en vigencia la Constitución de 1886, en esta se consagraba el patrimonio de la Nación, sin especificar cómo estaba constituido; a pesar de lo cual afirma que los bienes arqueológicos deben ser tenidos como tal. Manifiesta que se debe tener en cuenta que la entrega se hizo de manera incorrecta, pues es claro que cualquier transacción que se hiciera desde el Estado hacia otros países debía ser avalada por el Congreso, sin que en este caso se haya agotado dicho requisito.

Ello da lugar a que pueda intentarse la reclamación jurídica de esas 122 piezas Quimbaya que se encuentran en el Museo de América de Madrid, que forman parte de una Colección mucho más grande, y los cánones internacionales actuales conducirían a que España procediera a retornar esos elementos al país al que pertenecen.

7.2.20. José Luis Socarras Pimienta, Profesor del programa de Arqueología de la Universidad Externado de Colombia

Diana Rocío Carvajal Contreras, Carlos del Cairo Hurtado y José Luis Socarrás Pimienta, docentes e investigadores de la Universidad Externado

de Colombia en el programa de Arqueología de la Facultad de Estudios de Patrimonio Cultural, intervinieron en la audiencia para responder cada una de las preguntas planteadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Precisan que su intervención la realizan en su condición de antropólogos y no de abogados, razón por la cual, frente a la primera pregunta indican que las 122 piezas del tesoro “Quimbaya” entregado a España son la muestra de un alto nivel de sofisticación metalúrgico, técnico y estético de las personas que habitaron el Eje Cafetero en la antigüedad. La orfebrería Quimbaya evidencia la creatividad de esa población y el alto nivel técnico, por ejemplo el manejo esplendido de aleación del cobre y el oro con fin de obtener el “tumbanga”, producto utilizado para elaborar joyas u adornos religiosos.

Consideran que el retorno de las 122 piezas es necesario para: (i) entender las técnicas metalúrgicas pre-hispanas de las comunidades que habitaron este país; (ii) comprender la iconografía y los estilos de vida cultural de los Quimbaya; (iii) reconstruir diversos aspectos de la vida de las personas que vivieron en el Eje Cafetero antes de la colonia. Los docentes resaltaron que el tesoro es un símbolo de la cultura Quimbaya, tal como ocurre con la construcción de montículos de los Hopewell, las cabezas de piedra de los Olmecas, las estructuras piramidales de los Teotihuacanos, las edificaciones religiosas, administrativas o domésticas de los romanos en Europa, o la Gran Muralla China.

Aunado a lo anterior, subrayaron que la orfebrería colombiana es reconocida a nivel mundial, al punto que es un trabajo con los metales unívoco, original y particular de la caracterización de la estética. Por ende, cada pieza del tesoro Quimbaya es única y especial, razón por la cual, *“Esta colección reclama regresar a su lugar de origen, donde cada uno de los colombianos de todas las clases sociales pueda (sic) disfrutarlo, frente a frente en un museo, aquí en Colombia”*.

Con respecto a la segunda pregunta, los profesores señalaron que en las últimas décadas se han venido construyendo mecanismos jurídicos para que exista una resolución amistosa sobre las discusiones de los bienes culturales en manos de particulares y otros Estados. Colombia ha suscrito y ratificado varios de esos acuerdos, verbigracia la Convención *Unidroit* que reguló *“los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”*.

No obstante lo anterior, critican la ausencia de acciones diplomáticas del gobierno colombiano para repatriar sus bienes culturales, omisión que se presenta por el vacío de regulación que existe sobre la materia. Por ello, pidieron a la Corte que exhorte la expedición de normas que regulen esa actuación internacional. Incluso, advirtieron que esta causa justificaría dicha orden.

Afirman que Colombia tiene un gran rezago en la repatriación de bienes culturales en comparación con Perú, México o Ecuador. En el Perú, el Estado inició un proceso riguroso de recuperación de bienes. Entre los años 2004 y 2014, el Ministerio de Cultura de ese país repatrió cerca de 3.500 bienes culturales. En 2014, ese Gobierno logró que retornaran a suelo Inca 46.000 piezas y fragmentos arqueológicos, objetos devueltos por la Universidad de Yale. Así mismo, indica que desde el año 2015 el Estado Peruano tiene cuarenta procesos pendientes para repatriar otros 5.000 bienes culturales.

Los elevados costos de los procesos de repatriación son compensados por la enorme carga simbólica de bienes culturales, al punto que son fundamentales para la identidad nacional y las identidades regionales de los pueblos.

En cuanto a si los actuales estandartes internacionales en materia de repatriación y restitución de bienes culturales son aplicables al caso concreto, los intervinientes manifestaron que no conocen un caso similar a la donación del tesoro Quimbaya, evento en que el Presidente de la Republica encargado, Carlos Holguín Mallarino, hubiese entregado bienes culturales en ese título. Empero, insistieron en que los canales diplomáticos, la negociación directa y amistosa son los mecanismos para solucionar las disputas sobre bienes patrimoniales.

7.2.21. Ricardo Sánchez Ángel, Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional

El Decano de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, Ricardo Sánchez Ángel intervino en la audiencia pública con el fin de explicar la donación de la colección Quimbaya es ilegal, no solo

desde el punto de vista del derecho constitucional interno, sino desde el derecho internacional. Para ello se refiere a dos eventos de la historia constitucional colombiana, concretamente a (i) el laudo arbitral que resolvió la Reina Regente de España; (ii) el papel de los Presidentes de la República en la donación.

Indicó que el laudo arbitral es un elemento central para evaluar lo que sucedió. El laudo fue proferido por la Reina Regente Cristina, y favoreció los intereses de Colombia sobre los de Venezuela, por lo cual, según el interviniente, el patrimonio fue obsequiado “*graciosamente*” por Carlos Holguín Mallarino, como contraprestación por el sentido del Laudo en el diferendo limítrofe.

Igualmente, estima importante el hecho que, el propio Carlos Holguín conociera el valor de la colección, y dio fe de ello en el discurso del Presidente a las Cámaras del Congreso en 1892:

“El concepto más importante, el del experto “así lo quiero graduar”, es el del presidente Carlos Holguín Mallarino, ya que él tenía una altísima conciencia de la valía de las piezas que compró a Fabio lozano Torrijos con el objetivo de hacer una exposición internacional.

(...)

[S]e ha enviado a Madrid la **colección más rica y completa en objetos de oro que habrá en américa, muestra del mayor grado de adelanto que alcanzaron los moradores de nuestra tierra**” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De esta fuente documental, el interviniente concluye, que el Presidente Holguín Mallarino sí conocía de que se trataba, y el valor incalculable de la Colección. Afirmó que a la luz del derecho internacional significa una transgresión, un acto de exageración, una extralimitación de funciones con la gravedad de anunciar que lo hizo como contraprestación del resultado de un laudo arbitral. Insiste el interviniente: “*Miren ustedes la gravedad que tiene, confesión de parte. El regalo está directamente ligado al fallo. Eso debilitó el fallo, quien no iba a sacar las consecuencias obvias,*

implicó, lo que hoy se denominaría una comisión por resultados. Eso vicia la donación, tuvo un fin distinto del que tenía la compra.”

El interviniente señala que el mismo discurso contiene la calificación y valoración que se hacía en su momento (1892) *“Como obra de arte y reliquia de una civilización muerta, esta colección es de un valor inapreciable, antes de mandarla propuse al gobierno de Venezuela que tomase la colección para que el obsequio fuera de varios gobiernos...”*⁵⁸

Argumenta que es absurda la posición del Gobierno, según la cual es un hecho consumado y señala que no se trata, como decía Carlos Holguín, de un pueblo muerto, no es verdad que la historia muera, y sostiene *“era patrimonio cultural cuando fue entregado (lo señalaba, ya en su discurso ante las cámaras, “la mejor muestra de la cultura muerta, como obra de arte, como reliquia”) y es patrimonio cultural ahora”*.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte Constitucional defina si la Colección Quimbaya es de España o de Colombia, *“...la Corte tiene que decir si ese patrimonio es de Colombia o es de España, un pronunciamiento que no diga claramente lo uno o lo otro, no colma las expectativas...”*

Concluye que es el mejor momento de las relaciones internacionales entre los dos países, muestra de ello afirma es la presencia de la banca española en Colombia, de empresarios, considera que eso permite que existan condiciones para solicitar la devolución de las 122 piezas que se encuentran en el Museo de las Américas de Madrid.

7.2.22. Martha Cecilia Cano Echeverri

Martha Cecilia Cano Echeverri, Antropóloga del Laboratorio de Ecología Histórica y Patrimonio Cultural de las Universidades Tecnológicas de Pereira y de la Unión de las Universidades Regionales agrupadas en el Observatorio para la Sostenibilidad del Patrimonio en Paisajes, indicó que el Tesoro Quimbaya: *“constituye un contexto material que hace parte del*

⁵⁸ Audiencia pública, minuto 1:03:50.

patrimonio cultural y arqueológico colombiano, proveniente de un espacio patrimonial mayor, como lo es el Paisaje Cultural Cafetero.”

Bajo esta perspectiva, aclaró que cuando se hace alusión a Patrimonio Arqueológico, no sólo se habla de objetos o construcciones arquitectónicas monumentales, sino, de todos aquellos aspectos relacionadas con el proceso adaptativo y de co-evolución que han tenido y tienen los seres humanos en el tiempo.

En este sentido, explicó, en cuanto a la valoración del Patrimonio Cultural Arqueológico del Tesoro Quimbaya que: *“sean los objetos del ‘tesoro’, sea el ‘tesoro como conjunto’ o sea el ‘tesoro’ como parte constitutiva de un paisaje cultural, el patrimonio arqueológico se destaca por sus valores históricos, estéticos y simbólicos.”*. Así pues, su valoración depende de los intereses que tenga sobre el mismo a lo largo del tiempo. En palabras de la antropóloga:

“El aspecto simbólico de su valoración, tal vez es el más complejo de interpretar, pues depende de los intereses sobre el “tesoro” a lo largo del tiempo. Por lo tanto esta dimensión tiene varios enfoques, desde el propio simbolismo prehispánico plasmado por sus creadores, hasta el uso e intereses actuales que nos convocan en este proceso.

Integramos aquí lo que representa el “tesoro” con la dimensión del Paisaje Cultural, pues este se caracteriza por la profundidad cronológica de su ocupación, es decir la importancia de su historia. La historia muestra que los cultivos de café, los cuales caracterizan la zona de Filandia y Quimbaya en el Quindío, y se destacan en toda la región, hacen parte de procesos apenas centenarios, recientes si se comparan con las dinámicas de larga duración.

Por otra parte, se destaca la belleza escénica de los paisajes de la región donde fue encontrado el “tesoro” y finalmente lo que representa y ha representado en términos simbólicos, el café y la cultura cafetera para el país. Allí puede evocarse otra simbología ligada al colono, a la aventura, a la búsqueda de tesoros o “guaquería”, en detrimento del valor patrimonial.”

En cuanto a la gestión del patrimonio cultural arqueológico señaló que *“...los contextos del “tesoro” como conjunto y la escala del Paisaje*

Cultural donde se dio su hallazgo, requieren proyectarse en la dimensión del Plan de Manejo Arqueológico.” Por lo tanto, este caso, debe *“relacionarse con el cumplimiento de los objetivos del Plan de Manejo del Paisaje Cultural Cafetero, en cuanto al conocimiento, inventarios, protección y divulgación del Patrimonio Arqueológico regional.”* En este orden, manifestó que el Tesoro Quimbaya es una identidad geográfica, con una alta proporción de nuestras raíces genéticas, las cuales responden a nuestras realidades políticas, sociales, económicas y cambiantes representaciones culturales. Por ende, el verdadero tesoro no sólo está en la Colección Quimbaya presente en España, sino, en el Paisaje Cultural con su herencia pasada, su vitalidad presente y en el futuro que nos comprometamos a construir.

Concluyó manifestando que *“No será en una sesión que se resuelva el conflicto. Se deben generar mecanismos participativos para tener suficiente ilustración. Y de manera fundamental, se debe tener claridad cada vez mayor en los inventarios arqueológicos y culturales del Paisaje Cultural Cafetero para comprender la complejidad que puede envolver la Colección Quimbaya. Se requiere de una investigación científica permanente y un compromiso ciudadano constante.”*

7.2.23. Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)

La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), por intermedio del Consejero Indígena Delio Hernán Trujillo Campo, participó en la audiencia pública realizada el 28 de enero de 2016, manifestando que los colombianos están ligados espiritualmente a la Cultura Quimbaya en términos de arte y ciencia, pues aun con el trascurso del tiempo, pervive una herencia en los estilos de vida que las diferentes sociedades desarrollan, la cual está representada en el Tesoro Quimbaya. Afirma que dicho tesoro no tiene valor monetario, por cuanto el espíritu de una comunidad hecho arte no tiene precio, por el contrario, posee un significado espiritual porque en él está incorporada la dignidad y el coraje de un pueblo que fue *“masacrado hasta el punto de llegar al exterminio”*.

Considera justa la repatriación del Tesoro Quimbaya porque con ello se recuperan los conocimientos y las prácticas culturales y espirituales *“que nos ligan a los hermanos indígenas Quimbaya”*. Las 122 piezas que están

en Madrid, España, no solo representan un tiempo pasado, glorioso y olvidado, sino que, además, son el presente, la base de nuestra existencia y nuestro futuro como comunidades apegadas al territorio.

En cuanto a los instrumentos o procedimientos más eficaces para lograr la repatriación de bienes culturales de valor arqueológico y cultural, se encuentran los siguientes: (i) la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, en la que se indica el procedimiento para la devolución del patrimonio cultural de un Estado a otro; (ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y (iii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sostiene que la restitución del tesoro en cuestión es una deuda histórica que tiene el Estado Colombiano con los pueblos indígenas y “*todas sus gentes*”, ya que se trata de una obra de arte de una civilización que si bien fue extinta, vive en las 102 comunidades existentes y que continúan con el legado milenario, con la finalidad de crear y defender la vida en todas sus formas y representaciones. Por ello, insta al Gobierno y la Corona de España a la repatriación del Tesoro Quimbaya como un gesto de buen entendimiento, en virtud de los principios de solidaridad y hermandad de las naciones civilizadas y democráticas.

7.2.24. Academia de Historia del Quindío

En concepto del Presidente de la Academia de Historia del Quindío, Jaime Lopera Gutiérrez, la totalidad de la Colección Quimbaya debe ser repatriada para que sea exhibida en el Museo del Oro Quimbaya y, de esta forma, se cumpla con el significado simbólico de identidad nacional.

Señala que la naturaleza jurídica del Tesoro Quimbaya desde un principio estuvo regulado por el Código Civil que lo cataloga como un bien fiscal, “*...es indiscutible que esta Colección hace parte integrante del patrimonio público, conforme a las disposiciones de la Constitución de 1886, así como del Código Civil*”. Indica que si bien desde la época se permitía donar el tesoro, para hacerlo se debía obtener la autorización expresa del Congreso de la República, motivo por el cual, se “*violaron claros mandatos constitucionales contenidos en los artículos 76.11 de la Constitución*”.

Política de Colombia de 1886 que imponía la autorización popular cuando se tratase de “enajenar bienes nacionales” y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional, así como los artículos 76.18 y 120.20 que exigían al Congreso de 1892 la aprobación de los convenios o acuerdos que el Gobierno celebrase con otros Estados”.

En consecuencia, afirma que la actuación del Presidente Holguín Mallarino, no sólo vulneró preceptos constitucionales de la época, desconociendo a la Nación como titular de derechos, sino que incurrió en un abuso de autoridad, al omitir el control fiscal que ya existía en ese momento.

Por otra parte, considera que la acción popular es procedente para hacer cesar la vulneración o agravio del derecho o interés colectivo, así hubiere ocurrido hace más de cien años. Al respecto, cita la Ley 57 de 1887 y el Artículo 2347 del Código Civil, normas en virtud de las cuales se consagra de antaño la acción popular y la responsabilidad por el hecho ajeno. Adicionalmente, aduce que según la Sentencia T-446 de 2007, la acción popular procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas en el pasado hubiesen violado los derechos colectivos, “...no se puede afirmar que la acción popular y la Ley 472 de 1998 no operan o que sólo regulan amenazas o violaciones a derechos e intereses colectivos ocurridos después de su entrada en vigencia.”

En relación con los aspectos culturales de la Colección, manifiesta que hoy en día no existen los “Quimbayas”, debido a que fue una comunidad exterminada por los españoles en la época colonial, sin embargo, el Tesoro representa la base cultural e histórica de la “quindianidad”, en tanto permite establecer una conexión entre las comunidades indígenas ancestrales, los padres colonos y las actuales generaciones. Refiere que el poporo Quimbaya fue un elemento vital en la vida de las comunidades indígenas de Colombia, concretamente en el período temprano del valle medio del Río Cauca, que se vivió entre 500 AC al 600 AC.

“Las piezas del Tesoro de los Quimbaya, en una perspectiva contemporánea ofrecen una importancia extrema para el estudio de la realidad cultural porque son las que más información iconográfica ofrecen sobre la relación entre la orfebrería prehispánica y lo chamánico.”

Concluye señalando que existen vías jurídicas y diplomáticas para repatriar la Colección Quimbaya. Relata que en 1999, se estableció un Comité Intergubernamental de carácter consultivo, constituido por 22 Estados Miembros, el cual pretendía contribuir a la restitución y el retorno de los bienes culturales a sus países de origen. Dentro de las atribuciones de este Comité se encuentra la de facilitar las negociaciones bilaterales para que el patrimonio regrese a su país de origen. En ese orden, a través de la mediación y cooperación multilateral de alto nivel es factible lograr el regreso de las piezas al país de origen por motivos simbólicos y de interés nacional. A modo de ejemplo, señala que así se han entregado las gafas de Gandhi, la piedra egipcia Rosetta y objetos de la cultura Inca de Machu Pichu.

Adjunta la Ordenanza Departamental No. 0015 de 2005, por medio de la cual la Asamblea Departamental del Quindío *“crea una comisión de alto nivel para la sensibilización, recuperación y repatriación del “Tesoro Quimbaya”, que constituye patrimonio cultural de la Nación y se dictan otras disposiciones”*. Dicha Comisión de Alto Nivel fue integrada por los doctores Jaime Lopera Gutiérrez, Helio Martínez Márquez, Hugo Palacios Mejía, César Hoyos Salazar y Hugo Gómez. En virtud del artículo segundo, dicha Comisión pretende buscar *“mecanismos idóneos tendientes a interponer las ejecutorias a que haya lugar para la recuperación y repatriación del mayor patrimonio de orfebrería de la cultura prehispánica encontrado en nuestro territorio”*. Según el artículo quinto, se encargará no solo de la recuperación del Tesoro Quimbaya, *“sino de todas las piezas que siendo parte de nuestro patrimonio cultural precolombino se encuentren hoy en los Museos del Mundo o en manos de coleccionistas particulares internacionales”*.

7.2.25. Richard Navarro May

Interviene en su condición de ex-Juez 23 Administrativo del Circuito de Bogotá (Autoridad Judicial que resolvió en primera instancia el trámite de la acción popular con respecto a la cual surgió el presente proceso de tutela).

En su intervención dentro del trámite de la audiencia pública convocada por la Sala Plena de la Corte Constitucional que tuvo lugar el día 28 de enero de 2016, el ciudadano Navarro May solicitó a esta Corporación se acceda a las pretensiones dentro del presente trámite de tutela objeto de revisión y se ordene que, por parte del Estado Colombiano, se desarrollen todas las gestiones pertinentes que permitan lograr la repatriación del denominado “Tesoro de los Quimbayas”.

Para sustentar su pretensión, comienza por llamar la atención en la verdadera función del juez constitucional como garante de los fines esenciales del Estado, especialmente asegurar la vigencia de un orden social justo. En ese sentido, considera que la Corte debe asumir de fondo la resolución del caso y otorgarle una solución real y efectiva que no se detenga en estudiar los elementos formales de la discusión, ni la dificultad de su materialización.

Estima que, de conformidad con la jurisprudencia de este tribunal constitucional, la acción popular puede ser incoada en eventos en los que la afectación a los derechos colectivos tuvo lugar con anterioridad al actual régimen constitucional, siempre y cuando la afectación persista en el tiempo, razón por la cual, en el presente caso la violación al patrimonio público, cultural y arqueológico de los Colombianos sigue latente y, por tanto, la acción popular sí era procedente.

Por otro lado, considera irrelevante evaluar si el concepto de patrimonio cultural, arqueológico existía al momento de los hechos, o tenía la misma connotación que tiene en la actualidad, pues las 122 piezas producidas por la Cultura Quimbaya eran efectivamente parte del patrimonio del Estado, o como se denominaban en la Constitución de 1886, “bienes de la unión” -con respecto a los cuales tiene un especial interés toda la colectividad-, pues fueron adquiridos con dineros públicos.

Por lo anterior, las piezas del tesoro de los Quimbaya al ser parte del patrimonio público, no podían ser entregadas a título gratuito por parte del Presidente de la República de ese momento (cuestión que estaba prohibida incluso para el legislativo), mucho menos sin la autorización del Congreso

que exigía la Constitución de 1886⁵⁹ para la celebración de tratados internacionales y la enajenación de bienes públicos, y que no fue obtenida en el caso en concreto.

Resalta que la actuación del Ex-Presidente Mallarino al pretender “donar” las piezas de la colección Quimbaya fue irregular no solo en el aspecto anteriormente referenciado, sino, además, no puede ser entendida como una donación en sentido estricto por cuanto una persona solo puede donar parte de “*sus bienes*”, sin que sea posible que disponga de bienes que no hacen parte de su peculio. Considera que si bien el transcurso del tiempo sana las diferentes vicios de la transferencia ilegítima que se hizo del tesoro en cuestión⁶⁰, es necesario entender que la irregularidad con la que se hizo la donación sigue produciendo efectos jurídicos en la actualidad y, por tanto, no puede deducirse como saneada, en cuanto, de una actuación ilegal no puede consolidarse derecho alguno.

En lo relacionado con las preguntas realizadas por la Corte y que eran el motivo de la audiencia pública en comento, indicó que, en su parecer, no es necesario acudir a ningún pacto, convenio o instrumento de derecho internacional para obtener la repatriación del Tesoro de los Quimbayas, pues basta con únicamente seguir la máxima de: “*en derecho, las cosas se deshacen como se hacen*” y, en ese sentido, es suficiente proferir una orden judicial que compela u obligue a las autoridades Colombianas para gestionar la repatriación de dichas piezas arqueológicas, con la indemnización a los tenedores de buena fe que corresponde.

7.2.26. Museo del oro

La Directora del Museo del Oro, María Alicia Uribe Villegas comienza su intervención explicando el marco legal de las funciones y actividades del Banco de la República en materia de cultura, la cual “*se encuentra instituido como una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, establecido en los artículos 371 a 373 de la Constitución Política, la Ley 31 de 1992 y sus estatutos, - Decreto*

⁵⁹ Artículo 76, numerales 9 y 20 de la Constitución Política de Colombia de 1886.

⁶⁰ Responsabilidades fiscales, penales, administrativas, disciplinarias o de cualquier otra índole.

2520 de 1993, al cual corresponde ejercer las funciones propias de Banca Central”.

Continúa exponiendo que el Museo del Oro fue creado en 1939 con el fin de “*albergar y reservar el arte orfebre precolombino que se produjo en el territorio colombino*” y su función es educativa y simbólica dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política.

De acuerdo con el marco legal mencionado con anterioridad, la Directora del Museo del Oro da respuesta a la primera pregunta realizada en el cuestionario, considerando que el:

“Patrimonio cultural’ es aquello, material o inmaterial, que un determinado grupo humano nacional, regional, local adopta como símbolo que lo identifica como colectividad y lo diferencia de otros.⁶¹ Las identidades, así como sus símbolos – los patrimonios-, son el resultado de un proceso social de negociación y construcción en un momento histórico particular, más no son características esenciales o inmutables de una colectividad.

(...) con la Constitución de 1991, se dio un paso significativo en esta materia, establecidos de forma especial en su artículo 72 que “el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenece a la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptible (...)”.

(...) la colección Quimbaya, conservada en el Museo de América ha sido, desde su hallazgo a finales del siglo XIX, catalogada como un testimonio del rico pasado prehispánico de Colombia y símbolo de orgullo y de identidad nacional. Se trata de un valioso conjunto de piezas que constituyen, en sí mismo, un contexto arqueológico susceptible de investigación desde diversas perspectivas: tecnológica, estilística, iconográfica y simbólica, por lo que académicos colombianos y extranjeros han estudiado estos objetos con el resultados que han aportado no solo al conocimiento sobre las sociedades orfebres Quimbayas que habitaron el territorio colombiano en los primeros siglos de la era cristiana, sino también

⁶¹ La Ley 397 de 1997 consagra las definiciones legales de “Patrimonio Cultural de la Nación y de “Patrimonio Arqueológico”. Artículos 4º y 6º, modificados por los artículos 1º y 3º de la Ley 1185 de 2008.

a la comprensión de los procesos de desarrollo de la orfebrería prehispánica en América.”

Frente a las preguntas 2 y 3 señaló que el Banco de la República no es una autoridad que se encargue de la restitución o repatriación de bienes culturales, por lo tanto, no cuentan con los conocimientos para conceptuar al respecto.

7.2.27. Academia Colombia de Historia

Roberto Lleras Pérez, investigador de la Academia Colombiana de Historia, intervino en la audiencia pública respondiendo cada una de las preguntas formuladas por la Sala Plena de la siguiente forma:

En cuanto al legado de las 122 piezas de la Colección Quimbaya que actualmente se encuentran en el Museo de América de Madrid, en perspectiva contemporánea del valor antropológico e histórico del patrimonio cultural, el profesor Lleras Pérez afirma que aproximadamente entre el siglo III antes de nuestra era y el siglo VI o VII de nuestro tiempo, en la tradición metalúrgica Quimbaya Temprano o Quimbaya clásico, los habitantes del valle del Río Cauca, la Cordillera Central y parte del valle del Río Magdalena elaboraron y portaron las piezas que conforman el Tesoro Quimbaya.

La colectividad que fabricó y usó esos bienes no vivía en Colombia al momento de la conquista, dado que había dejado el territorio unos 900 años con anterioridad de ese hecho. En el siglo XVI, habitaron en ese mismo lugar los Quimbayas históricos, quienes no corresponden a los orfebres que construyeron los bienes en discusión.

Con esa precisión, el investigador concluyó que no puede existir nexo alguno entre los fabricantes del Tesoro Quimbaya y las culturas indígenas actuales. Sin embargo, ello no descarta la importancia de esas piezas para el patrimonio cultural del país. De hecho, tales bienes muestran la historia de las gentes que vivieron en la Colombia precolombina y hacen parte de la historia del territorio de la Nación.

En ese contexto sostiene que el Tesoro Quimbaya tiene los siguientes significados patrimoniales: (i) tecnológico, en la medida en que representa un método metalúrgico conocido como cera pérdida, la cual es un hito en la industria de metales precolombina; (ii) estético e iconográfico, porque los bienes alcanzaron un alto grado de refinamiento; (iii) arqueológico, dado que revela los patrones de entierro de los caciques de su época; y (iv) simbólico, por cuanto expresan consumo de plantas, fertilidad y a la representación de la mujer.

Con respecto a la pregunta relacionada con cuál o cuáles serían los instrumentos o procedimientos más eficaces para lograr la restitución o repatriación de bienes culturales de valor arqueológico y cultural, el investigador señaló que la entrega del Tesoro Quimbaya no fue un acto de expropiación o resultado de una presión de España a Colombia. No obstante, dicha dación disfracó con una donación el pago de servicios prestados en un laudo arbitral que decidió un conflicto limítrofe a favor de nuestro país. Resaltó que en las costumbres diplomáticas de la época y los comportamientos de la actualidad no se incluyen regalos por la definición de una discusión fronteriza.

Enuncia que en la actualidad, la UNESCO ha promovido la repatriación de los bienes culturales a sus países de origen, labor que ha iniciado a partir de los actos de buena voluntad de los Estados. Por ejemplo, la Universidad de Yale devolvió a Machu Pichu diferentes objetos retirados por el arqueólogo Hiram Bingham.

Finalmente, en lo que a la pregunta sobre la viabilidad de los actuales estandartes internacionales en materia de repatriación y restitución de bienes culturales, el interviniente admite que la historia de la donación del Tesoro Quimbaya es un acto sin precedentes en el derecho comparado. En ese sentido precisó que la convención de la UNESCO y demás organizaciones nacionales o binacionales no tienen la idoneidad para repatriar los bienes culturales y que atendiendo las circunstancias particulares de la donación, el acto administrativo por el cual se entregaron los bienes patrimoniales, no prescribe, toda vez que el patrimonio arqueológico tiene protección en la Constitución de 1991.

7.2.28. Carlo Emilio Piazzini Suárez

El Profesor de antropología de la Universidad de Antioquia, Carlo Emilio Piazzini Suárez⁶², por escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 10 de febrero de 2016, remite a esta Corporación el desarrollo del cuestionario enviado mediante Auto del 16 de diciembre de 2016.

Respecto de la primera pregunta, indica que lo Quimbaya, como categoría arqueológica, tiene un nexo causal muy fuerte con la producción de la identidad de aquellos pueblos indígenas que habitaban en el territorio colombiano. En palabras del profesor Piazzini:

“En esta situación ambigua, propia del colonialismo interno de las jóvenes repúblicas latinoamericanas, lo Quimbaya funcionó como dispositivo para producir identidad a dos niveles. En primer lugar, y como se puso de manifiesto en la Exposición Histórico Americana celebrada en Madrid en 1892, las antigüedades indígenas contribuían a otorgar singularidad a Colombia como un Estado independiente en el ámbito mundial, un Estado que podía mostrar signos de civilización desde tiempos remotos, consistentes en la riqueza, laboriosidad y refinación estética de muisca y Quimbayas. A su vez, se presentaba como una nación rica en oro y materias primas interesadas por beneficiarse del creciente mercado internacional. De otra parte, y de manera más sutil, lo Quimbaya, así como lo Muisca, y más tarde lo Sinú. Lo Tolima, lo Calima, etc., contribuyeron a lo largo del siglo XX a la producción de identidades regionales afines al proceso de organización político-administrativa del Estado. En ese sentido, puede decirse que categorías arqueológicas como lo Quimbaya, no solo ha hecho parte del proceso de definición de la identidad de lo que es Colombia, sino que además han sido importantes para la generación o fortalecimiento de esquemas de ordenamiento geopolítico a escala nacional e internacional.”

De otra parte, señala que en el siglo XIX las antigüedades indígenas eran apreciadas como bienes de lujo, regalos diplomáticos o mercancías susceptibles de ser vendidas a museos y coleccionistas. Pone de presente

⁶² Exdirector del Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICAHN.

el hecho de que para la época el concepto de patrimonio cultural no existía, sin embargo, se observaban prácticas tendientes a su conservación:

“De tal forma que las antigüedades eran por entonces un híbrido entre mercancías de lujo, bienes de prestigio y regalos diplomáticos, pero también servían a la autorización de discursos académicos y políticos.

(...)

Se ha dicho con razón que para esa época no existía el concepto de patrimonio cultural, pues este es una elaboración discursiva de mediados del siglo XX. No obstante, no se puede olvidar que en medio de las valoraciones híbridas en que circulaban los artefactos arqueológicos en el siglo XIX, se encuentran también prácticas que eran proclives a su conservación y vinculación con sentidos de identidad nacional, dos rasgos que posteriormente se encontrarían estrechamente ligados al concepto de patrimonio cultural.”

Manifiesta que a partir del siglo XX, las nuevas prácticas académicas, políticas y estéticas le dieron valor al concepto de patrimonio cultural conformado, en gran parte, por el legado indígena de las comunidades que habitaban el continente. Lo expresa de la siguiente manera:

“...[S]e definió el rol activo del Estado en la protección de las materialidades precolombinas en términos de su valor como testimonio de la historia nacional y de la humanidad. Apropiando desarrollos legislativos internacionales, la categoría de antigüedades fue dando paso a la de monumentos, y luego a la de patrimonio histórico y artístico, en un proceso gradual de refinamiento conceptual que llegaría a la categoría actual de patrimonio cultural.”

Las últimas dos preguntas fueron contestadas de manera conjunta y sobre este asunto, el profesor Piazzini expresó que los instrumentos y procedimientos de carácter jurídico actuales para lograr la restitución de las piezas de la colección Quimbaya son: (i) La Convención Unesco de 1970 sobre las Medidas que deben Adaptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de propiedad Ilícita de Bienes Culturales, y (ii) El Convenio de 1995 de UNIDROIT sobre los

Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente. No obstante, precisa que estos mecanismos son aplicables a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de cada uno de los tratados mencionados.

Teniendo en cuenta lo anterior, indica que la Convención de la Unesco es la más apropiada en este caso, toda vez que introduce la posibilidad de utilizar instrumentos alternativos y no jurídicos para que los Estados partes avancen en acuerdos relativos a la restitución de las piezas del Tesoro Quimbaya. Dentro de estos se encuentran los acuerdos bilaterales, laudos arbitrales, la restitución simple, la restitución condicionada y la restitución acompañada de medidas de cooperación e intercambio cultural.

Finalmente, sugiere la posibilidad de conformar un Programa Nacional de Restitución y Repatriación de Bienes Culturales a través del cual se logre la repatriación de las piezas del patrimonio arqueológico colombiano que se encuentra en diferentes museos del mundo.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para examinar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Por Auto del 22 de marzo de 2012⁶³, la Sala de Selección Número Tres escogió para revisión el Expediente T-3.402.625. En sesión del 18 de abril de 2012, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 54 A⁶⁴ del Acuerdo

⁶³ Notificado por estado el 16 de abril de 2012.

⁶⁴ La norma en cita dispone: "**Artículo 54 A.** Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su

05 de 1992, se determinó que la revisión del expediente de la referencia sería adelantada por el pleno de la sala, en atención a la importancia jurídica del asunto.

2. Problemas jurídicos y método de resolución

Concierne a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si, en el curso de la acción popular promovida por el señor Felipe Rincón Salgado contra La Nación (Presidencia de la República, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Ministerio de Relaciones Exteriores, trámite al cual fue vinculado el Ministerio de Cultura) para la restitución de 122 piezas que forman parte del patrimonio arqueológico de la cultura Quimbaya, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante su sentencia del 17 de febrero de 2011, vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante al incurrir en los siguientes defectos:

- Sustantivo por inaplicar la Ley 472 de 1998;
- Fáctico al fundar su decisión en la existencia de un contrato de donación sobre cuya celebración no hay prueba; y
- Violación directa la Constitución, por desconocer lo dispuesto en el artículo 8° de la Carta Política, que establece el deber del Estado de proteger los bienes culturales de la Nación, en concordancia con el artículo 63 de la Constitución que dispone que el patrimonio arqueológico de la Nación es inalienable, imprescriptible e inembargable. Así como el artículo 72 Superior, el cual establece que el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, el artículo 88 que regula las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, el numeral 8 del artículo 95 de la Constitución, que ordena a todos los colombianos proteger los recursos culturales del país, y el artículo 102 Superior, en virtud del cual el territorio junto con los bienes públicos que de él forman parte pertenecen a la Nación.

Determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en su fallo en los referidos defectos, inicia por analizar la importancia y significado que tiene la Colección Quimbaya para los indígenas colombianos. Seguidamente, la Corte debe resolver complejos y concurrentes problemas jurídicos de derecho interno e internacional.

En relación con el primer ordenamiento jurídico:

- Determinar la naturaleza jurídica de la Colección Quimbaya entregada por el Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino a la Reina Regente de España María Cristina Lorena Hasburgo, de acuerdo con la normatividad de la época y de conformidad con el ordenamiento jurídico actual.
- La actuación del Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino ¿fue contraria a la normatividad colombiana vigente en 1893? Lo anterior implica examinar la entrega de bienes fiscales a otro Estado, sin autorización previa del Congreso de la República.
- La Constitución de 1991 y la Ley 472 de 1998 ¿pueden ser aplicadas retrospectivamente a hechos que, si bien sucedieron en 1893 siguen produciendo efectos jurídicos?
- En términos de la actual Carta Política, ¿cuál es el contenido del deber constitucional, que tienen todas las autoridades públicas, en el sentido de respetar y proteger la integridad del patrimonio cultural?

De manera complementaria, los problemas jurídicos de derecho internacional público que plantea la resolución del caso son los siguientes:

- La constatación de una violación de normas internas, ¿afecta la validez de un acto jurídico unilateral internacional?
- ¿Qué relaciones existen entre la consagración internacional de los derechos de los pueblos indígenas y la protección de sus bienes culturales?

- ¿Cuál es el marco normativo internacional que regula la restitución del patrimonio cultural?
- En materia de vigencia temporal de las normas internacionales sobre protección del patrimonio cultural ¿qué régimen jurídico se aplica? (retroactividad/ retrospectividad/ doctrina del derecho intertemporal).
- En la actualidad, tomando en consideración las particularidades del caso concreto, ¿existen mecanismos internacionales, diplomáticos o judiciales, que le permitan al Estado colombiano solicitarle a España la restitución de la Colección Quimbaya?

Por último, la Corte debe examinar algunos problemas jurídicos referidos a la procedencia del amparo en el caso concreto, más exactamente los siguientes:

- ¿Se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias?
- En caso afirmativo, ¿se configuraron los defectos alegados por el peticionario?
- ¿Procedía en el caso concreto el incentivo económico para el actor popular?

Por razones metodológicas, la Sala Plena abordará los siguientes temas: (i) Significado de la Colección Quimbaya para los pueblos indígenas colombianos; (ii) Naturaleza jurídica de la Colección Quimbaya en 1893 y en la actualidad; (iii) Marco jurídico constitucional que regulaba para 1893 la entrega de bienes fiscales, por parte del Presidente de la República, a otro Estado; (iv) Retrospectividad de la Constitución de 1991 y de la Ley 472 de 1998; (v) Contenido del deber constitucional, que tienen todas las autoridades públicas, en el sentido de respetar y proteger la integridad del patrimonio cultural.

3. Significado de la Colección Quimbaya para los pueblos indígenas colombianos

Contrario a la experiencia de la gran mayoría de Estados que sistémicamente exterminaron sus pueblos indígenas, Colombia es una de las pocas naciones en el mundo, en posición virtuosa de resguardarle a los derechos fundamentales a quienes descienden directamente de los primeros habitantes del continente⁶⁵ y que aún preservan sus lenguajes, tradiciones, hábitos, normas, usos y costumbres. Este es el aspecto más relevante de la presente decisión judicial.

Esta realidad innegable, conduce a que si alguna legitimidad les asiste a los países que reclaman bienes culturales de las civilizaciones que existieron en sus territorios, pero que ya no existen físicamente, en este caso, la Colección Quimbaya pertenece a pueblos indígenas que aún habitan el territorio y que forman parte de nuestra plural Nación. En palabras del representante de la Organización Nacional Indígena de Colombia en la audiencia pública celebrada en la Corte: *“ya que se trata de una obra de arte de una civilización que si bien fue extinta, vive en las 102 comunidades existentes y que continúan con el legado milenario, con la finalidad de crear y defender la vida en todas sus formas y representaciones.”*

Como razonamiento lógico, si el constituyente primario en las previsiones de mayor pluralismo y vanguardia de la Carta Política, se preocupó por dotar a los pueblos indígenas de un marco territorial (artículos 286, 329 y 330 C.P.) y de una jurisdicción propia (artículo 246 C.P.) que opera conforme a sus normas y procedimientos, con mayor razón, el Estado colombiano debe procurar que las reliquias más representativas de esos pueblos regresen al territorio en el que fueron creadas.

Los Quimbaya fueron una etnia indígena precolombina que desarrolló una de las orfebrerías más avanzadas del mundo prehispánico, sus obras más

⁶⁵ Los pueblos ancestrales en Colombia se han censado dando como resultado 87 pueblos, esto contrastado con cifras presentadas por las organizaciones que representan a estas comunidades, (ONIC) quienes afirman que existen 102 pueblos indígenas en Colombia, 18 de ellos en peligro de extinguirse. La población indígena total en Colombia se calcula en 1.378.884 personas (DANE, Censo General 2005), de ellas 933.800 se asientan en los 710 resguardos existentes. Fuente ACNUR.

antiguas se remontan al 300-500⁶⁶ d.c. Hacia el año 1530 esta cultura estaba organizada alrededor de la llamada “Federación Quimbaya” que opuso una férrea resistencia a la colonización española y, por eso, continuó existiendo como grupo diferenciado al menos durante dos siglos. Sin embargo, la campaña sistemática de exterminio de la corona española causó que desaparecieran como tribu hacia el año 1700. A pesar de lo anterior, aún permanecen en el territorio sus descendientes: los Embera Chamí, los Embera Katío, los Embera Dobida y los Quichuas.

Es una realidad innegable que las distintas comunidades alrededor del mundo se identifican con elementos étnicos y culturales, Egipto con sus pirámides y los constantes hallazgos arqueológicos; México y Perú con los restos de las extintas culturas Azteca e Inca. Y, por supuesto, Colombia, con el legado de las culturas indígenas descendientes de los chibchas y Caribes.

Las comunidades que ancestralmente habitaron el territorio del Departamento del Quindío fueron, entre otros, los indígenas Pijaos, Carrapas y Quimbayas. Estos últimos fueron exterminados, y, si bien actualmente no existe la comunidad que elaboró la colección objeto de la litis, subsisten otras comunidades indígenas que descienden de esta, con las cuales el Estado tiene una responsabilidad que trasciende el mero reconocimiento, estando obligado a proteger las expresiones culturales, entre las cuales se incluyen las lenguas, las costumbres y los objetos representativos, como en efecto lo es la Colección Quimbaya.

Así lo expresó el dirigente Indígena Gabriel Mujuy Jacanamejoy durante la audiencia pública ordenada por la Sala Plena de esta Corporación al explicar que en el contexto cultural, todo lo que elaboraron los pueblos ancestrales tenía un profundo sentido de cosmovisión, espiritualidad y memoria histórica, que se ve reflejado en el patrimonio cultural Quimbaya, incluidas las piezas que se encuentran en Madrid (España), las cuales tienen un altísimo valor espiritual y de conciencia histórica que no puede ser calculado en términos económicos y que, por tanto, rebasa las normas positivas: *“Las 122 piezas que están en Madrid, España, no solo representan un tiempo pasado, glorioso y olvidado, sino que, además, son*

⁶⁶ Ver Poporo Quimbaya.

el presente, la base de nuestra existencia y nuestro futuro como comunidades apegadas al territorio.”

4. Resolución de los problemas jurídicos de derecho interno colombiano

4.1. Naturaleza jurídica de la Colección Quimbaya: 1893-1991

Para determinar la naturaleza jurídica de las piezas arqueológicas objeto de controversia, es preciso recordar la forma en que fueron adquiridas por el Gobierno colombiano. Conviene recordar que Marco Fidel Suárez, Subsecretario de Relaciones Exteriores y Carlos Uribe en condición de Ministro de Fomento, a nombre del Gobierno, siendo Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino, por una parte, y, por otra, Fabio Lozano T., fueron los encargados de celebrar el contrato de compraventa por medio del cual se pagó la suma de setenta mil pesos (\$70.000) en moneda corriente, como consta en el artículo 2° del mismo contrato “*transfiriéndose por el mismo hecho al Gobierno la propiedad de aquella colección de objetos para que pueda disponer de ella como a bien lo tenga.*”

Con anterioridad a la celebración del contrato, el ordenamiento jurídico establecía los requisitos para adquirir el dominio de un bien, exigiéndose el título y el modo. En este caso el contrato de compraventa celebrado da cuenta del título, mientras que el modo, es dado por la tradición *longa manu*, conforme consta en el mismo contrato:

“Dicha colección es la misma que se halla actualmente en poder del Banco de Bogotá, y está clasificada en sesenta y dos (62) números con cuatrocientos treinta y tres objetos (433), que tienen de peso veintiún mil doscientos veinticuatro gramos (21.224 g.), según la relación que se adjunta al presente contrato”, “al Gerente del Banco de Bogotá, con el objeto de que tome conocimiento de la adquisición que el Gobierno hace de la expresada colección.” (Artículos 1° y 3° del Contrato).

Se colige entonces que el bien fue adquirido por una entidad del Estado, por intermedio de sus funcionarios, con recursos del erario público y cumpliendo los requisitos para adquirir el dominio, razón por la cual, dicha

colección pasó a formar parte del patrimonio público colombiano. De acuerdo con lo anterior, es necesario diferenciar las clases de dominio estatal sobre los bienes, al momento de la celebración del negocio jurídico: el dominio eminente, el dominio público y el dominio privado.

El dominio eminente⁶⁷, estaba consagrado en el artículo 4º de la Constitución de 1886 que establecía: “*El Territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación...*”; éste enunciado está previsto en el artículo 102 de la actual Constitución Política. El dominio público recae sobre el “*conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a una entidad estatal, hallándose destinados al uso público de los habitantes*”⁶⁸. Y, el dominio privado del Estado hace alusión al que “*está compuesto por todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio público (...) Consiste en que la propiedad que ejercen las personas públicas sobre él, es parecida a la propiedad de los particulares sobre sus propios bienes*”⁶⁹; encontrándose los orígenes de los mismos en el derecho romano donde se distinguía las *res publicae in usue destinatae* y *res in patrimonio fisci*. Las primeras pertenecían al pueblo romano, eran inalienables e imprescriptibles y estaban sometidas a las reglas del derecho público, mientras que las segundas pertenecían al fisco romano, para subvencionar las necesidades propias de la casa real y la administración de la ciudad y estaban sometidas al derecho privado.

En Colombia el Código Civil, que ha estado vigente desde antes de la ocurrencia de los hechos⁷⁰, desarrolla estos preceptos. Puntualmente, el artículo 674 dispone: “*Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del*

⁶⁷ “[E]s un poder supremo sobre el territorio; vinculase a la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado” MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V -Dominio Público-. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.1.988, pág., 38.

⁶⁸ Ballbé, Manuel, Concepto del dominio público, Barcelona, 1945, p. 8 y ss.

⁶⁹ Pimiento, Julián Andrés. *Teoría de los bienes de uso público*, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁷⁰ Ley 57 de 1887. Código Civil, Sancionado el 26 de mayo de 1873.

territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”⁷¹.

Del anterior texto se desprende una clara distinción en cuanto a su destinación ya que a diferencia de los bienes de uso público, el disfrute de los bienes fiscales no pertenece generalmente a los habitantes. Esta división aporta consecuencias importantes, que si bien no todas se encontraban incorporadas en ese momento en el Código Civil, han sido construidas con el transcurrir del tiempo. Al respecto, y en concordancia con los artículos 2517 y 2519 del Código Civil, los bienes fiscales del Estado podían prescribirse, hasta el momento en que el legislador mediante la promulgación del Código de Procedimiento Civil (artículo 413 numeral 4°), dispuso la improcedencia de la declaración de pertenencia sobre bienes de “*propiedad de las entidades de derecho público*”⁷².

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Colección Quimbaya adquirida por el Gobierno de Colombia, es evidente que no hacía parte de la categoría de bienes de uso público, ya que no estaba destinada al empleo común por todos los habitantes, como las calles o plazas.

En el artículo 2° del contrato se entregó al gobierno la facultad de “*disponer de ella como a bien lo tenga*”; finalidad que como se lee en el mensaje del Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino a las Cámaras Legislativas, estaba destinada: “*con ánimo de exhibirla en las Exposiciones de Madrid y Chicago, y obsequiársela al Gobierno español para un museo de su capital, como testimonio de nuestro agradecimiento por el gran trabajo que se tomó en el estudio de nuestra cuestión de límites con Venezuela.*”⁷³.

De lo anterior, se deduce que la Colección Quimbaya en su momento hacía parte de los denominados bienes fiscales. Sin embargo, no se trata de un bien fiscal común, por el contrario, tenía unas características muy propias,

⁷¹ Al respecto, conviene resaltar que no resulta extraño que la regulación sobre bienes públicos esté prevista en el Código Civil, pues en derecho comparado, varios son los ejemplos donde el código civil regula dichas materias. Ver Código Civil francés artículo 548 bienes de dominio público.

⁷² Corte Suprema de Justicia, sentencia de noviembre 16 de 1978, Magistrado ponente, doctor Luis Carlos SÁCHICA, Gaceta Judicial, tomo CLVII, número 2397, pág. 263).

⁷³ *Mensaje del Presidente de la República a las Cámaras Legislativas*, publicado en el Diario Oficial de la República de Colombia, Número 8.868, Año XXVIII, del viernes 22 de Julio de 1892, página 945.

especialmente culturales, como lo prueba su finalidad consignada en el informe enviado por el Gobierno a las Cámaras.

A esta conclusión se arriba por la existencia de un negocio jurídico probado, contrato de compraventa de 433 piezas de oro por las cuales se pagó con dinero del presupuesto público la suma de \$70.000 pesos. Se trataba entonces de un bien fiscal conforme a lo estipulado en el artículo 674 del Código Civil:

“ARTICULO 674. BIENES PUBLICOS Y DE USO PÚBLICO. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.”

A la luz de la normatividad actual “la Colección Quimbaya” es un bien protegido por sus características culturales, cuyo reconocimiento data desde la época de consumación de los hechos, cuestión que lo constituye en un bien inalienable, imprescriptible e inembargable.

A modo de conclusión: para el año 1893, la denominada “Colección Quimbaya” era un bien fiscal, es decir, parte del patrimonio público colombiano. Hoy en día, a la luz del artículo 72 de la Constitución de 1991, es un bien cultural, y en consecuencia, inalienable, inembargable e imprescriptible.

4.2. Marco jurídico constitucional que regulaba en 1893 la entrega de bienes fiscales a otro Estado, por parte del Presidente de la República

Una revisión del marco jurídico constitucional vigente para 1893 evidencia que el Presidente de la República no podía *motu proprio* entregarle a un gobierno extranjero un bien fiscal. Para tales efectos, era preciso que mediara: (i) autorización del Congreso de la República; y (ii) la celebración de un tratado internacional.

Para la época en que el Gobierno colombiano entregó las referidas piezas al Reino de España, regía -sin modificación alguna-⁷⁴ la Constitución Política de la República de Colombia de 1886. La enajenación de bienes nacionales sólo procedía por iniciativa del Gobierno y debía ser autorizada por el Congreso de la República mediante una ley⁷⁵. Dicha Corporación legislativa también estaba limitada por prohibiciones constitucionales, según las cuales, ninguna persona o entidad podía recibir gratificaciones o erogaciones, salvo para satisfacer créditos, derechos reconocidos o estimular o apoyar empresas útiles o beneficios⁷⁶. Esta disposición, además, está presente en el ordenamiento jurídico colombiano desde la primera Constitución Nacional adoptada en Cúcuta en 1821⁷⁷.

Al analizar las normas de la Constitución Política de 1991, salta a la vista que la Asamblea Nacional Constituyente determinó, al igual que en la Carta de 1886, que la enajenación de los bienes nacionales procede por iniciativa gubernamental y requiere aprobación del Congreso mediante la aprobación de una ley habilitante⁷⁸. Así mismo, el Texto Fundamental vigente consagra la prohibición para el Congreso de decretar donaciones o gratificaciones a personas o entidades determinadas⁷⁹. A continuación se expone un cuadro comparativo de la normatividad vigente en 1886 y en 1991:

Precepto normativo	Constitución de la República de Colombia (1886) vigente en el año 1893.	Constitución Política de Colombia (1991) vigente en el año 2016.
La enajenación de	<i>Corresponde al Congreso hacer las leyes.</i>	<i>Corresponde al Congreso hacer las leyes.</i>

⁷⁴ La primera modificación a la Constitución vendría hasta noviembre de 1894 con la ley 41 del mismo año “*Que reforma el artículo 201 de la Constitución y el ordinal 4º del artículo 76 de la misma*” para comprender al Departamento de Panamá en la legislación general de la República.

⁷⁵ Constitución Política de la República de Colombia (1886), artículo 76.8.

⁷⁶ Constitución Política de la República de Colombia (1886), artículo 78.5.

⁷⁷ Véase, en la Constitución de 1821, el artículo 55 en sus numerales 2º (sobre la enajenación de bienes nacionales), 18 (sobre la aprobación de los tratados celebrados por el poder ejecutivo) y el artículo 120 (sobre la función del Presidente de celebrar tratados con otras naciones, sometidos en todo caso a aprobación del Congreso).

⁷⁸ Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 150.9.

⁷⁹ Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 136.

<p>bienes nacionales procede por iniciativa gubernamental y requiere de autorización del Congreso a través de ley</p>	<p><i>Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: [...] 9ª. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional. (Art. 76.9)</i></p>	<p><i>Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones. (Art. 150.9).</i></p>
<p>El Congreso tiene prohibido decretar gratificaciones a personas o instituciones</p>	<p><i>Es prohibido al Congreso, y a cada una de sus Cámaras: [...] 5º. Decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 18 (Art. 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 18. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo). (Art. 78.5).</i></p>	<p><i>Se prohíbe al Congreso y a cada una de sus cámaras: [...] 4. Decretar a favor de personas o entidades, donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones y otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente. (Art. 136.4).</i></p>

De realizarse la entrega de un bien fiscal, por parte del Presidente de la República a un gobierno extranjero, se precisaba además la celebración de un tratado internacional. En efecto, tratándose de las relaciones internacionales, el primer mandatario, en su calidad de jefe de Estado, era el encargado de dirigir las con las demás naciones y, para ello, celebraba diversos tratados⁸⁰ internacionales, los cuales debían someterse a la aprobación del Congreso⁸¹:

<p>Compete al Presidente de la República celebrar tratados con otras naciones</p>	<p><i>Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: [...] 10. Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás Potencias o Soberanos, nombrar libremente y recibir los agentes respectivos, y celebrar con Potencias extranjeras tratados y convenios. (Art. 120.10).</i></p>	<p><i>Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados o entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso. (Art. 180.2).</i></p>
<p>Compete al Congreso aprobar los tratados celebrados por el Presidente de la República</p>	<p><i>Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: [...] 20. Aprobar o desaprobar los Tratados que el Gobierno celebre con Potencias extranjeras</i></p>	<p><i>Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otro Estados o con entidades de derechos internacional.</i></p>

⁸⁰ Constitución Política de la República de Colombia (1886), artículo 120.10.

⁸¹ Constitución Política de la República de Colombia (1886), artículo 76.20.

		<i>Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.</i>
--	--	--

En el caso concreto, de conformidad con el acervo probatorio, se encuentra demostrado que el Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino le entregó a la Reina de España un total de 122 piezas de la Colección Quimbaya, sin que mediara aprobación del Congreso de la República. Tampoco se celebró tratado internacional alguno sobre la materia, razón por la cual, desde la perspectiva del derecho civil vigente, el acto de entrega de los bienes fiscales implicó que operará un *modo*, mas no un *título*⁸². En consecuencia, la titularidad de dichos bienes arqueológicos aún es de la República de Colombia y, en tal sentido, no se debe hablar de transferencia del dominio.

Para hacer la transferencia de la Colección Quimbaya a España, además de obtener autorización por parte del Congreso, el Presidente o el mismo Congreso de la época, debieron tramitar una ley que validara y justificara que tal donación o gratificación a favor de España estaba destinada a satisfacer créditos o derechos. La omisión del Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino con relación a la obligación de celebrar un tratado con España, contraría normas constitucionales de la Constitución de 1886, así como las que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

Tratándose de un bien fiscal, en los términos de la Carta Política de 1886, la entrega de la Colección Quimbaya, por parte del Presidente (e) Carlos

⁸² Gómez R. José J., Bienes. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

Holguín Mallarino al Reino de España vulneró de forma manifiesta disposiciones esenciales de rango constitucional, relacionadas con: (i) la protección del patrimonio público; (ii) el sistema de pesos y contrapesos (autorizaciones congresionales); y (iii) los límites al Jefe de Estado en materia de manejo de las relaciones internacionales.

4.3. Retrospectividad de la Constitución de 1991 y de la Ley 472 de 1998

En materia de aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, en el presente caso, es preciso diferenciar dos fenómenos: la retroactividad y la retrospectividad de las normas.

En principio las normas jurídicas tienen efectos hacia el futuro. Sin embargo, pueden tener efectos retroactivos cuando se aplican a situaciones jurídicas ya ocurridas definidas o consolidadas, es decir están regidas por leyes anteriores. El concepto de retrospectividad implica que las nuevas normas se apliquen de manera inmediata a situaciones que se encuentren en curso.

Desde la emisión de la Sentencia C-177 de 1994 la Corte señaló que la Constitución de 1991 tiene efectos retrospectivos: “...*la nueva Constitución tiene efectos retrospectivos, es decir, que sus mandatos cubren todo el ordenamiento legal existente, hasta el punto de que puede condicionar la validez y vigencia de los preceptos de inferior jerarquía que la contradigan.*”

En especial frente a la Ley 472 de 1998 relativa al reconocimiento y defensa de los derechos colectivos, esta Corporación debe examinar si esta puede ser aplicada retrospectivamente a hechos que, si bien tuvieron ocurrencia en 1893, aún siguen produciendo efectos jurídicos. Para ello analizará: (i) los derechos colectivos y las acciones populares en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) el derecho a la moralidad administrativa; (iii) el patrimonio público y el patrimonio cultural de la Nación; y (iv) los efectos en el tiempo de la Ley 472 de 1998.

4.3.1. Los derechos colectivos y las acciones populares en el ordenamiento jurídico colombiano

Las acciones populares originadas en los interdictos del derecho romano para la defensa de la *res publica*, fueron implantadas en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Código Civil aprobado mediante la Ley 57 de 1887, principalmente para la protección de bienes de uso público.

En varias disposiciones, anteriores a la Carta Política de 1991, se previeron acciones de ese tipo para: (i) la protección de bienes de uso público (C.C. arts. 1005 a 1007, 2358 y 2360); (ii) los casos de daño contingente (C.C. arts. 2359 y 2360); (iii) la defensa del consumidor (Decreto-Ley 3466 de 1982); (iv) el espacio público y ambiente (Ley 9ª de 1989; y (v) la competencia desleal (Ley 45 de 1990).

Sin embargo, fue el constituyente de 1991 quien se encargó de elevar a rango superior estas acciones, al establecer en el artículo 88 de la Carta Política una enumeración enunciativa de los derechos e intereses colectivos que pueden ser protegidos por esa vía procesal. Del mismo modo, delegó en el legislador la facultad para regular las acciones y confirió la atribución de ampliar el catálogo de derechos e intereses colectivos susceptibles de protección a través de las mismas, en el evento en que participen de similar naturaleza y siempre que no contraríen la finalidad pública o colectiva para la cual fueron concebidos.

La consagración de los derechos colectivos en la Constitución Política de 1991, obedece a la idea de la Asamblea Nacional Constituyente de establecer garantías cuya titularidad no corresponde a una persona individualmente considerada como ocurre con los derechos fundamentales y los derechos sociales, sino que pluralmente pertenecen a la comunidad en general "*res communis omnium*". Esta concepción revistió tal grado de importancia durante los debates de la Asamblea Constituyente que, de nueve proyectos relativos a los derechos colectivos, ocho proponían el establecimiento de instrumentos procesales para su protección⁸³ efectiva.

⁸³ Como lo señala el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero en su obra *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Bogotá, Legis, 2005. Págs. 207 y ss.

En el Informe-Ponencia sobre Derechos Colectivos⁸⁴, presentado a la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente, los delegatarios se pronunciaron en los siguientes términos:

“Casi todos los proyectos que contienen reformas integrales a la Constitución, proponen la consagración de las acciones populares como remedio colectivo frente a los agravios y perjuicios públicos, como un derecho de defensa de la propia comunidad.

Mediante las acciones populares cualquier persona perteneciente a un grupo de la comunidad está legitimada para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual protege su propio interés.

(...)

Como se infiere de todo lo expuesto, las acciones populares han tenido una significativa acogida en los proyectos y propuestas de reforma constitucional, especialmente en aquellos que consagran derechos colectivos. Es esta una indicación clara de que tales acciones constituyen ciertamente, un instrumento eficaz para la aplicación de dichos derechos.

De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas, justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender intereses de la comunidad.

El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso de acciones individuales de stirpe individual. Impide además, eventuales condicionamientos por parte de la ley, cuando el instrumento sea desarrollado por el legislador. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de “difusos”, como también los propios del actor”.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 88 de la Constitución dispone:

⁸⁴ (Gacetas Nos. 45 y 48).

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

En cumplimiento de esta norma de mandato al legislador, el artículo 4° de la Ley 472 de 1998⁸⁵ regula los derechos colectivos, así como el trámite de las acciones populares.

La jurisprudencia consolidada de esta Corporación ha definido las acciones populares como el medio procesal mediante el cual se busca asegurar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular y teniendo como finalidades específicas evitar el daño contingente (preventiva), hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa). Sobre la naturaleza jurídica de las acciones populares la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

⁸⁵ La norma en cita dispuso: “*Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*
a) *El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
b) *La moralidad administrativa;*
c) *La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*
d) *El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;*
e) *La defensa del patrimonio público;*
f) *La defensa del patrimonio cultural de la Nación;*
g) *La seguridad y salubridad públicas;*
h) *El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;*
i) *La libre competencia económica;*
j) *El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;*
k) *La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;*
l) *El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente;*
m) *La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;*
n) *Los derechos de los consumidores y usuarios.*
Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.”

“(i) por ser una acción constitucional especial, lo que significa a) que es el mecanismo dispuesto por el constituyente para la protección de un grupo específico de derechos constitucionales, los derechos colectivos, b) que el legislador ordinario no puede suprimir esta vía judicial y c) que le aplican, particularmente, los principios constitucionales; (ii) por ser pública, en tanto dota a todas las personas, sin necesidad de obrar por intermedio de un apoderado judicial, de un instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión de respetar, proteger y garantizar los derechos colectivos frente a las actuaciones de autoridades o de cualquier particular; (iii) por ser de naturaleza preventiva, motivo por el cual, basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca una vulneración para que ésta proceda, pues su objetivo es precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño (Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano); (iv) por ser también de carácter restitutorio, en razón a que tiene como finalidad el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos.”⁸⁶

En cuanto a la elevación a canon constitucional de las acciones populares este Tribunal ha sostenido que ello obedece a la necesidad de proteger los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es particular, sino compartido por una pluralidad de individuos de una comunidad. En la Sentencia fundadora C-215 de 1999, la Corte hizo un análisis detallado de las características principales de las acciones populares, las cuales por su pertinencia para la resolución de este caso, vale la pena referir *in extenso*:

(i) Pueden ser promovidas por cualquier persona. Frente a este rasgo la Corte explica que la Constitución de 1991 no distinguió, como sí lo hace la doctrina, entre intereses *colectivos* e intereses *difusos*, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, ya que ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”, que fue el término utilizado por el artículo 88 Superior para describir el alcance de tales acciones. En ese sentido, las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y, por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona,

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-443 de 2013.

natural o jurídica, a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño o amenaza a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley.

(ii) Son ejercidas contra las autoridades públicas por sus actuaciones u omisiones y por las mismas causas, contra los particulares. Las acciones populares tienen por objeto optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública propiamente dicha y de los grupos y emporios económicos de mayor influencia, por ser estos sectores que en razón a su posición dominante frente a la mayoría de la comunidad, están en capacidad de afectar o poner en peligro el interés general. Desde esta perspectiva, las acciones populares parten del supuesto, conforme al cual quienes las ejercen se encuentran en una situación de desigualdad.

(iii) Tienen un fin público. El ejercicio de las acciones populares persigue la protección de un derecho colectivo, esto es, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, de la comunidad en su conjunto, excluyendo entonces cualquier motivación de orden subjetivo o particular. Cabe destacar, sin embargo, que la posibilidad de que cualquier persona perteneciente al colectivo afectado pueda acudir ante el juez en defensa del mismo, le permite obtener a ésta, de forma simultánea la protección de su propio interés.

(iv) Son de naturaleza preventiva. Su ejercicio o promoción judicial no está supeditado o condicionado a que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se buscan proteger. Es suficiente que se presente la amenaza o el riesgo de que se produzca el daño para que pueda activarse el mecanismo de la acción popular. Esto, en razón a que desde sus orígenes, las acciones populares fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público.

(v) Tienen un carácter restitutorio. En la medida en que las acciones populares en muchos casos persiguen el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses pertenecientes a una colectividad, se les atribuye también un carácter eminentemente restitutorio.

(vi) No persiguen en forma directa un resarcimiento de tipo pecuniario. La ausencia de contenido subjetivo de las acciones populares conlleva a que, en principio, su ejercicio no persiga un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien promueve la defensa de un interés colectivo.

(vii) Gozan de una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos. Las acciones populares no plantean en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que son un mecanismo de protección principal de los derechos colectivos, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la colectividad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial. En ese sentido, el proceso de acción popular tiene una estructura especial que lo diferencia de los demás procesos de contenido litigioso, ya que no plantea una verdadera Litis, pues lo que persigue es la efectividad y eficacia de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o logrando que las cosas vuelvan a su estado anterior.

En Sentencia T-446 de 2007, la Corte Constitucional fijó el alcance de la acción popular frente a varias materias, que por su relevancia deben ser tenidas en cuenta a efectos de analizar la acción popular instaurada para la recuperación de la Colección Quimbaya, en particular lo que atañe a: (a) procedibilidad de la acción de tutela ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial; (b) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (c) la aplicación de la Ley 472 de 1998 a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia; carácter sustancial y procesal de las normas de la Ley 472 de 1998; y, por último, (d) la naturaleza no subsidiaria de la acción popular.

Las consideraciones expresadas por la Corte en la Sentencia T-446 de 2007 sobre estas cuestiones específicas de la acción popular, son útiles a efectos de desatar el problema jurídico en torno a la entrega de la Colección Quimbaya al Reino de España.

4.3.2. El derecho a la moralidad administrativa

La moral administrativa posee una naturaleza dual: de una parte, está consagrada como principio en la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y Ley 489 de 1998, artículo 3º) y, de otra, como derecho colectivo (Constitución Política artículo 88 y artículo 4º Ley 472 de 1998); esto hace que por lo general dicha transgresión vaya ligada y, como en efecto ocurre, a otros derechos e intereses de carácter colectivo.

Sobre la moralidad administrativa la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de señalar que se trata del *“adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad.”*⁸⁷

En su ejercicio hermenéutico, esta Corporación ha aplicado algunos criterios trazados por la jurisprudencia del Consejo de Estado como órgano de revisión de las acciones populares, al señalar que los requisitos que deben concurrir para que proceda la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa:

“1. La Acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005) 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001.) 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo (Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado).”⁸⁸

En efecto, el Consejo de Estado ha entendido que:

“...[P]ara efectos de los derechos colectivos y las acciones populares, el espíritu de la norma no es la referencia al concepto de moral en el sentido

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-643 de 2012.

⁸⁸ *Ibidem*.

filosófico o religioso, sino a una expresión acorde con la realidad del ejercicio de la función administrativa, de ahí que el derecho colectivo se circunscriba a la “moralidad administrativa”, como manifestación del lenguaje del derecho, así, se dice que el derecho es un concepto cultural o un valor jurídico que supone estar trasuntado por la moral y la ética, el valor jurídico o cultural permite calificar la conducta como buena o mala dependiendo de lo que es plausible para la vida humana en común, mientras que el valor moral es bueno o malo en términos puros o absolutos [...] De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”⁸⁹

A partir de lo anterior, el Consejo de estado ha señalado que:

“...[E]l análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instituido, previamente, como deber en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general”⁹⁰.

4.3.3. El patrimonio público y el patrimonio cultural de la Nación

El artículo 88 de la Constitución Política establece que las acciones populares protegen derechos colectivos, entre los cuales se encuentra el patrimonio público. Esta previsión procesal de rango constitucional fue desarrollada por el legislador a través del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 que establece la procedencia de las acciones populares para la defensa de dos especies del patrimonio considerado en abstracto, a saber: el patrimonio público y el patrimonio cultural de la Nación (literales e y f del mismo artículo, respectivamente). Estas disposiciones deben ser analizadas en conjunto con la obligación constitucional de proteger el

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª Sentencia del 21 de febrero de 2007 (0035501).

⁹⁰ *Ibidem*.

patrimonio cultural, que se desprende de los artículos 8, 70, 71 y 72 de la Carta Política de 1991.

El artículo 8° de la Constitución dispone: “*es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación*”, desarrollado por el numeral 5° del Artículo 1° de la Ley 397 de 1997⁹¹. A su turno, el artículo 70 Superior establece la obligación general del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. En armonía con ello, el artículo 71 Constitucional garantiza la libertad en la búsqueda del conocimiento y la expresión artística y, además, establece la obligación de incluir en los planes de desarrollo económico y social, el fomento a las ciencias y la cultura, como también la obligación del Estado de crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 4° de La Ley 397 de 1997 prescribe que el patrimonio cultural de la Nación está: “*constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico.*”⁹²

El artículo 6° de la citada ley define el patrimonio arqueológico en los siguientes términos:

⁹¹ Ley 397 de 1997 “*Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias*”.

⁹² Corte Constitucional, sentencia C-125 de 2011.

“El patrimonio arqueológico comprende aquellos vestigios producto de la actividad humana y aquellos restos orgánicos e inorgánicos que, mediante los métodos y técnicas propios de la arqueología y otras ciencias afines, permiten reconstruir y dar a conocer los orígenes y las trayectorias socioculturales pasadas y garantizan su conservación y restauración. Para la preservación de los bienes integrantes del patrimonio paleontológico se aplicarán los mismos instrumentos establecidos para el patrimonio arqueológico.”

Finalmente, el artículo 72 de la Constitución que versa sobre la protección del patrimonio cultural de la Nación, se refiere al patrimonio arqueológico y a otros bienes culturales, en términos de conformar la identidad nacional que, además de pertenecer a la Nación, son inalienables, inembargables e imprescriptibles. En complemento de ello, alude a mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y a la reglamentación de derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

3.3.4. Los efectos temporales de la Ley 472 de 1998

Sobre el efecto temporal en la aplicación de la ley, por regla general, las normas jurídicas rigen hacia el futuro y no de manera retroactiva. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación:

“La ley rige los actos que se produzcan después de su vigencia. Es decir, como regla general, no hay efecto retroactivo. De sostenerse lo contrario se decaería en un estado altamente peligroso de inseguridad jurídica. Las leyes, al no tener efecto retroactivo, no pueden influir sobre actos anteriores a su vigencia, ni sobre derechos precedentemente adquiridos. En esa medida, los jueces tienen la prohibición de, motu proprio, aplicar retroactivamente una norma a un caso que se fundamenta en hechos previos a la entrada en vigencia de ésta. En este sentido se debe recalcar que no hay retroactividad implícita, por cuanto la regla general es la irretroactividad y sólo se le otorga efecto retroactivo si el legislador lo ha manifestado en forma expresa en caso

de orden público, o de leyes interpretativas o penales benignas al reo, es decir, en los casos constitucionalmente permitidos.”⁹³

Un efecto distinto en el tiempo, es la retrospectividad de La ley, la cual implica que las normas se apliquen a partir del momento de su vigencia a las situaciones o hechos en curso. Esto es que cobran fuerza vinculante desde su entrada en vigor, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una regulación anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición.

De esta manera, algunas leyes se aplican a situaciones o hechos modificándolos en adelante, pero no tienen efectos respecto de lo que ya se ha cumplido. Al respecto, este Tribunal ha dicho lo siguiente:

“Por otra parte, la ley puede ser aplicada con efectos retrospectivos. En este caso, la nueva ley se aplica a las consecuencias de un hecho ocurrido bajo el imperio de la ley precedente. Esta figura se diferencia de la retroactividad en el hecho de que la nueva ley entra a regir las consecuencias nuevas de un hecho antiguo. Es decir, los efectos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva ley se rigen por la ley antigua y la ley nueva entra a regir los efectos posteriores. La finalidad de la consagración de la retrospectividad es evitar que se perpetúe la configuración de injusticias sociales –especialmente en materia laboral- so pretexto de que empezaron a consolidarse en el pasado o tienen su origen en un hecho pasado y, por tanto, no se podría aplicar retroactivamente la ley. [...] En este orden de ideas, para que se aplique una norma nueva a los efectos de un hecho acaecido previamente a su vigencia se debe autorizar expresamente tal aplicación so pena de estar desconociendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley.”⁹⁴

La Ley 472 de 1998 dispone que la acción popular procede “*contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos*”⁹⁵ y

⁹³ Corte Constitucional, sentencia SU-881 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, citando a Rodrigo Noguera Laborde, *Introducción General al Derecho Vol. II*, Serie Major –6, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá 1996, pp. 161 y 162.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Ley 472 de 1998, Artículo 9.

que *“podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o el peligro al derecho e interés colectivo.”*⁹⁶

Sobre la posibilidad de aplicación retrospectiva de la Ley 472 de 1998 a asuntos ocurridos con anterioridad a la expedición de dicha normatividad y cuyos efectos se mantienen en el tiempo, es preciso recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-215 de 1999 declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 472 de 1998, que establecía un término de cinco años para la caducidad⁹⁷ de la acción. Esta decisión se fundamentó en que el artículo 88 de la Constitución no se refería a dicho término y por considerar que: *“carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo es violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible.”*⁹⁸

Sobre este aspecto, la Corte resalta que la Constitución Política de 1991 no creó las acciones populares, sino que se limitó a constitucionalizar los medios de control previamente existentes en el Código Civil (Ley 57 1887), las cuales aún conservan plena vigencia, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 472 de 1998. Es decir, antes de la ocurrencia de los hechos (1892) que motivaron la interposición de la acción en estudio ya existía el medio de control activado en esta litis y la Carta Política de 1991 los elevó a rango constitucional y amplió su ámbito de protección.

*“Al adquirir la figura de la acción popular gran importancia entre los colombianos, la Asamblea Nacional Constituyente decidió elevarla a disposición constitucional, consagrándola en el artículo 88 de la Constitución Política de la siguiente manera.”*⁹⁹

⁹⁶ *Ibíd*em, Artículo 11.

⁹⁷ El texto original de dicho artículo señalaba: *“Artículo 11. Caducidad. La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo. Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración”.*

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-446 de 2017.

Es evidente entonces, que al momento de la ocurrencia de los hechos, ya existían mecanismos de protección de los derechos colectivos, siendo la acción popular el principal de éstos. Así lo reconoció esta Corporación desde la emisión de Sentencia C-215 de 1999:

“De igual forma, es preciso manifestar que las acciones populares previstas en distintas legislaciones para la protección de los derechos colectivos, en la medida en que no violan el artículo 88 de la Constitución ni se oponen a la ley 472 de 1998, encuadran dentro del ordenamiento jurídico convirtiéndose en mecanismos específicos aplicables a situaciones especiales que hacen efectiva la garantía del artículo 2o. de la Carta Fundamental. Por consiguiente, no prospera el cargo de inconstitucionalidad formulado en contra de esta disposición”. El Artículo 48 de la Ley 472 de 1998, declarado exequible por la Corte Constitucional, estableció que “continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimiento se ajustarán a la presente ley”, lo cual implica que además de existir acciones populares antes de la promulgación de la ley 472/98 y de la Constitución 1991, todas al día de hoy se deben ajustar procedimentalmente a lo dicho por la ley 472/98.” (Subrayas fuera del texto)

En este orden de consideraciones, podría pensarse que la Ley 472 de 1998 no es aplicable a situaciones que tuvieron ocurrencia antes de su entrada en vigor, salvo que el derecho o interés colectivo tuviera consagración en disposiciones sustantivas aplicables para la época y contaran con su regulación legal respectiva. Al respecto, en Sentencia C-036 de 1998, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 472 de 1998, esta Corporación declaró infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno, quien en su momento alegó que dicha disposición restringía las acciones populares a las violaciones de los derechos colectivos que hubiesen ocurrido en el pasado o que pudieran sobrevenir en el futuro, dejando de lado las lesiones que se desarrollen en el presente:

“Según el Gobierno el artículo 9 del proyecto viola el artículo 88 de la C.P., por cuanto restringe las acciones populares a las violaciones de los derechos colectivos que hayan acontecido en el pasado o que puedan sobrevenir en el futuro, dejando por fuera las lesiones que se desarrollen en el presente. A juicio de la Corte, el artículo del proyecto comprende el universo de las posibles vulneraciones. Los agentes de las violaciones que en un momento

se encuentren en curso - que por tanto no se limiten a amenazas -, quedan indefectiblemente cubiertos por la norma que se refiere indistintamente a los “que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.”

Posteriormente, en relación con la aplicación temporal de la Ley 472 de 1998 a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, en la Sentencia T-446 de 2007, la Corte puntualizó:

“Es claro entonces, que la misma Ley 472 de 1998 consagró la posibilidad de intentar una acción popular por hechos “que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos”, es decir, se refiere a las vulneraciones producidas por hechos anteriores a la vigencia de la citada ley pero que permanecen en el tiempo, y que en cumplimiento de lo previsto en la Constitución ameritan que una autoridad judicial disponga sobre la cesación de tal agravio a derechos o intereses colectivos.

En efecto, no se puede afirmar entonces, que con la aplicación de las disposiciones de la Ley 472 de 1998, en cuanto al trámite de las acciones populares, se desconozcan derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, o que se trate de derechos sustanciales a los que no se les puede aplicar dicha normatividad. Tampoco se trata de la aplicación retroactiva de normas para imponer sanciones o establecer obligaciones, como el caso de la solidaridad, sino simplemente de aplicar la ley para hacer cesar vulneraciones que estaban en curso a la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998.

Así entonces, es posible interponer acciones populares por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la ley 472 de 1998, dando aplicación al régimen procesal de la misma, siempre y cuando con ellos se hubieren vulnerado derechos o intereses colectivos y dicha vulneración persista.

Además, la misma ley 472 de 1998 en su artículo 45, respecto a su aplicación, claramente dispuso: “Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley”. Esta disposición fue objeto de control constitucional, siendo declarada exequible por esta Corporación en la sentencia C-215 de 1999, en la que se consideró lo siguiente:

“Para la Corte no existe contradicción entre el artículo 45 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 88 superior, habida cuenta que como lo señala expresamente el precepto legal materia de examen, no obstante la regulación de la Ley 472, continuarán vigentes las acciones populares previstas en la legislación nacional con anterioridad a su expedición, pero “su trámite y procedimiento se sujetarán a lo dispuesto en esta ley”, con lo cual se adecuan a las nuevas directrices y propósitos consagrados por el constituyente del 91 al elevarlos al rango superior.

(...)

De igual forma, es preciso manifestar que las acciones populares previstas en distintas legislaciones para la protección de los derechos colectivos, en la medida en que no violan el artículo 88 de la Constitución, ni se oponen a la ley 472 de 1998, encuadran dentro del ordenamiento jurídico y se convierten en mecanismos específicos aplicables a situaciones especiales que hacen efectiva la garantía del artículo 2o. de la Carta Fundamental. Por consiguiente, no prospera el cargo de inconstitucionalidad formulado en contra de esta disposición”.

Lo anterior es claro en la medida en que los derechos e intereses colectivos existían y fueron reconocidos con carácter constitucional con la promulgación de la Constitución de 1991, pero no podían ser ejercidos mediante una vía especial, por lo que se acudía entonces al trámite de un proceso ordinario, por la ausencia de las normas procesales correspondientes¹⁰⁰. De tal manera que al empezar a regir la ley 472 de 1998,

¹⁰⁰ Al respecto resulta ilustrativo el auto proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, (MP: Alíer Hernández Enríquez. Auto proferido el 19 de agosto de 1999 dentro del expediente AP - 001. Actor: Efraín Olarte Olarte), que expresó: “*Tal y como se viene exponiendo, la ley 472 recogió en un solo procedimiento la totalidad de las acciones populares (las antiguas y las nuevas) pero, el procedimiento aplicable antes de entrar a regir la precitada ley 472 era el siguiente:*

a. La atribución a la jurisdicción civil ordinaria, del conocimiento íntegro de este tipo de procesos (art. 16, Numeral 1 y 11 del C. P. C.).

b. El procedimiento abreviado para su definición art. 15, ley 446 de 1.998, modificatorio del numeral 7° del art. 435 del C. P. C.)

De estas normas se concluye que, sin duda, el actor debió presentar su demanda ante la jurisdicción civil, pues, para la época, aún sin vigencia la ley 472, no existía atribución legal de competencia, en estos casos, a la jurisdicción contencioso administrativa.

Muestra de ello es que el C. P. C., inicialmente, señaló el procedimiento verbal sumario como el propio a seguir en estos casos y, luego, la ley 446 determinó que sería el procedimiento abreviado.

Ninguno de tales procedimientos es aplicable a las acciones y procesos de que conoce la jurisdicción contencioso administrativa, argumento que refuerza la tesis que se viene planteando.

los derechos e intereses sustanciales (los colectivos) ya existían, y en estas condiciones, las acciones populares por infracciones a los derechos colectivos reconocidos por la Carta Política, ocurridas con anterioridad a la fecha en que empezaron a regir esas reglas procesales, se pueden entablar con sujeción a la ley 472 de 1998, más aún cuando esta ley derogó todas las normas anteriores de procedimiento al respecto”. (Subrayas fuera del texto)

En la misma providencia judicial este Tribunal se pronunció en torno a la aplicación de esta ley en el tiempo:

“La ley 472 de 1998 consagró la posibilidad de intentar una acción popular por hechos “que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos”, es decir, se refiere a las vulneraciones producidas por hechos anteriores a la vigencia de la citada ley pero que permanecen en el tiempo, y que en cumplimiento de lo previsto en la Constitución ameritan que una autoridad judicial disponga sobre la cesación de tal agravio a derechos o intereses colectivos.”

A la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la Ley 472 de 1998 no sólo regula amenazas o violaciones a derechos e intereses colectivos ocurridos después de su entrada en vigencia, sino que, además, cubre las posibles vulneraciones en el tiempo. De esta manera se pueden demandar los hechos que hayan quebrantado los derechos o intereses colectivos con anterioridad a su vigencia, cuando aquéllos permanezcan en el tiempo.

Se trata de la aplicación de normas constitucionales y legales para hacer cesar situaciones que están en curso. Es así que por virtud de la Sentencia T-110 de 2011, la Corte reiteró que al momento de confrontar los postulados superiores de la Constitución Política de 1991 con aquellos supuestos fácticos y disposiciones jurídicas surgidas al amparo de la Constitución de 1886, se aplican de manera retrospectiva las disposiciones

Pero, como a la fecha de resolver este recurso ya está vigente la ley 472 de 1998, de conformidad con su art. 15, corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de la presente demanda, en razón de ser entablada con ocasión de actos, acciones u omisiones de entidades públicas. Por lo anterior, si bien cuando el Tribunal se pronunció no había carencia de jurisdicción para conocer de la demanda, hoy al estar vigente la referida ley 472 y en aplicación de los principios constitucionales de acceso a la administración de justicia y de prevalencia del derecho sustancial, se ordenará que el a quo asuma dicho conocimiento.”

de la Constitución de 1991 a situaciones jurídicas que estaban en curso al momento de entrada en vigencia de la nueva Carta:

“El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados. Expuesto brevemente el efecto de las normas jurídicas en el tiempo, es posible entrar a analizar algunos aspectos referentes al tránsito constitucional acaecido en virtud de la promulgación de la Carta Política de 1991. En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha señalado que al momento de confrontar los postulados superiores de la Carta de 1991 con aquellas situaciones fácticas y disposiciones jurídicas surgidas al amparo de la Constitución Política de 1886, es menester tener en cuenta dos premisas básicas: (i) la regla del efecto general e inmediato de la Constitución de 1991 y; (ii) la regla de presunción de subsistencia de la

legislación preexistente. Ahora bien, por la connotación que los fenómenos de la irretroactividad y la retrospectividad de las normas jurídicas tiene en este asunto, la Sala profundizará sobre la relación que se teje entre estas dos figuras al momento de aplicar la ley en el tiempo.”¹⁰¹

Para tal efecto, se deben tener en cuenta las reglas jurisprudenciales sistematizadas por esta Corte en la sentencia cita, a saber: (i) la norma fundamental de 1991 tiene efecto general e inmediato; (ii) se presume la subsistencia de la legislación preexistente, con excepción de aquellas disposiciones que no armonizan con las nuevas reglas constitucionales; (iii) el contenido normativo de la Constitución de 1991 se proyecta a las normas jurídicas de inferior jerarquía que nacieron a la vida jurídica bajo el imperio de la Carta de 1886 y, por último, (iv) en sede de tutela el factor determinante para establecer la aplicación retrospectiva es la actualidad de la afectación *iusfundamental*.

En el caso sometido a estudio, la Sala encuentra que las normas de la Constitución de 1886 que debieron aplicarse a la entrega de la Colección Quimbaya al Reino de España, subsisten en la Constitución de 1991. En ese contexto normativo, no es posible predicar una prevalencia de las normas posteriores, pues en ambos textos constitucionales existe una continuidad de las que debieron regir el acto de entrega de la colección, particularmente las que conciernen al requisito de autorización del Congreso, cuando se enajenan bienes nacionales. Todo lo cual, le permite a la Sala concluir que se trata de normas que han tenido permanencia en el tiempo.

En efecto, el numeral 9¹⁰² del artículo 76 de la Constitución Política de 1886 establecía como obligación para el Presidente de la República, contar con autorización del Congreso para enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional. La misma obligación, subsiste para el Presidente de la República en la Constitución Política de

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-110 de 2011.

¹⁰² Constitución Política de 1886.

“**Artículo 76.-** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional;”

1991, cuyo numeral 9 del artículo 150¹⁰³, dispone que el Gobierno actuará con autorización del Congreso para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales, con una cualificación adicional, consistente en la obligación del Gobierno de rendir periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.

En la Constitución Política de 1886 y en la Carta fundamental de 1991, además de la obligación para el Presidente de la República de obtener autorización por parte del Congreso para enajenar bienes nacionales, subsiste una prohibición al Congreso que fija contrapesos a esa potestad de la máxima autoridad del Estado. Esto hace más rigurosa la facultad del legislativo en esas materias. Efectivamente, la Constitución Política de 1886, en el numeral 5º del artículo 78¹⁰⁴, prohibía al Congreso de la República y a cada una de sus Cámaras, decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones u otra erogación que no estuviesen destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente. La Constitución Política de 1991, en el numeral 4º del artículo 136 también prohíbe expresamente al Congreso de la República y a cada una de sus Cámaras, “*decretar a favor de personas o entidades donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente*”.

En el caso específico de la entrega de la Colección Quimbaya a España, no sólo el Presidente debió obtener autorización del Congreso para enajenar o donar los 122 piezas de esa colección, las cuales al haber sido adquiridos por el Estado y con presupuesto público son bienes nacionales. Adicionalmente, como condición cualificada, el Congreso, en virtud del

¹⁰³ Constitución Política de 1991.

“**ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.”

¹⁰⁴ “**Artículo 78.-** Es prohibido al Congreso, y a cada una de sus Cámaras:”

(...)

“5. Decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo lo dispuesto en el Artículo 76, inciso 18;”

artículo 78.5 de la Carta fundamental de 1886, tenía prohibido decretar a favor de persona alguna o entidad gratificaciones u otra erogación que no estuviese destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo sus competencias para lo dispuesto en el artículo 76 numeral 18 relativa a la aprobación e improbación de tratados o convenios que el Gobierno celebrase con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

En suma, para la época de la entrega de la Colección Quimbaya el ordenamiento constitucional vigente disponía la obligación de celebrar un tratado entre Colombia y España, cuyo objeto debió haber sido la transferencia de aquélla a Madrid, adelantando el debido trámite ante el Congreso, para que éste ejerciera sus competencias y su control político respecto del ejecutivo, otorgando las autorizaciones correspondientes para que se procediera a la transferencia.

4.4. Contenido del deber constitucional, que tienen todas las autoridades públicas, en el sentido de respetar y proteger la integridad del patrimonio cultural

La obligación constitucional de proteger el patrimonio cultural se deriva de varias disposiciones de la Constitución Política de 1991, principalmente en los artículos 8, 63, 70, 71, 72, 95 y 102 se establecen deberes del Estado Colombiano y de las personas frente a la conservación de este tipo de bienes.

El artículo 8° de la Constitución Política dispone que *“es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.”*

El artículo 63 de la Constitución establece que *“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”*

El artículo 70 Superior prescribe la obligación general del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la

enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. En concordancia, el artículo 71 Constitucional instituye la libertad en la búsqueda del conocimiento, la obligación de incluir, en los planes de desarrollo económico y social, el fomento a las ciencias y a la cultura, como también el deber del Estado consistente en crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia, la tecnología y las demás manifestaciones culturales y de ofrecer estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan tales actividades.

El artículo 72 prevé que el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado y determina que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación, por lo que son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Esta norma también habilita al legislador para establecer los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentar los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

El numeral 8° del artículo 95 de la Constitución instituye como deber de los colombianos proteger los recursos culturales. Y, por último, en el ámbito constitucional el artículo 102 del Estatuto Superior determina que el territorio con todos bienes que de él forman parte pertenece a la Nación.

En el ámbito legal, la Ley 397 de 1997, *"Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias"*, en concordancia con las modificaciones incorporadas por el artículo 4° de la Ley 1185 de 2008, establece los elementos que componen el patrimonio cultural:

“El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los

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

El numeral 5 del artículo 1 de La Ley 397 de 1997, también dispone la obligación del Estado y de los ciudadanos de valorar, proteger y difundir el patrimonio cultural de la Nación.

En cuanto a las funciones del Estado en relación con la cultura, el artículo 2° de la misma Ley dispone que las mismas se cumplirán de conformidad con los principios previstos en el artículo 1°, teniendo en cuenta además que los objetivos primordiales de la política estatal en materia de cultura son la preservación del patrimonio cultural de la Nación, el apoyo y el estímulo a las personas, comunidades e instituciones que desarrollen o promuevan las expresiones artísticas y culturales en los ámbitos locales, regionales y nacional.

Del mismo modo, es preciso señalar que las disposiciones de la Constitución Política y la Ley 397 de 1997, llamada también -ley general de la cultura-, no son las únicas fuentes en el ordenamiento colombiano sobre protección del patrimonio cultural de la Nación. Existe un compendio de normas que regulan su protección, sobre las cuales esta Corporación en Sentencia C-742 de 2006 se pronunció en los siguientes términos:

“Evidentemente, la denominada ley general de la cultura constituye una pieza angular para la reglamentación y protección del patrimonio cultural de la Nación y algunos de los bienes que lo integran. Sin embargo, esa no es la única normativa dirigida a proteger los bienes materiales e inmateriales que representan el patrimonio cultural de la Nación, pues si bien es cierto es la primera ley que unifica la regulación del tema, no lo es menos que se han expedido varias leyes que, entre otras cosas, dispusieron privilegios y restricciones especiales sobre ciertos bienes. A manera de ejemplo, la Ley 47 de 1920 dispuso la protección del patrimonio documental y artístico; la Ley 86 de 1931 se refirió a la preservación de los monumentos nacionales y

la Ley 163 de 1959, reguló la defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y de monumentos públicos de la Nación.

De manera más amplia, el Congreso de la República ha aprobado varios tratados y convenios internacionales que buscan la protección de los bienes y valores que integran el patrimonio cultural de las naciones, entre las cuales encontramos las siguientes:- La Ley 14 de 1936 autorizó al Ejecutivo para adherir al Tratado sobre la protección de muebles de valor histórico, abierto a la firma de los Estados miembros de la Unión Panamericana, adoptado en la Séptima Conferencia Internacional Americana. Ese instrumento internacional dispone la protección especial para los “monumentos muebles” de las épocas precolombina, colonial, de la emancipación y republicana.- La Ley 36 de 1936 aprobó el “Pacto Roerich” para la Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos, firmado en Washington D.C. el 15 de abril de 1935. Al respecto dispuso que los monumentos históricos, los museos y las instituciones dedicadas a la ciencia, arte, educación y a la conservación de los elementos de la cultura, se consideran neutrales y, como tales, respetados por los beligerantes y protegidos por los Estados.- La Ley 45 de 1983, aprobó la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, suscrita en París el 23 de noviembre de 1973, según la cual los Estados se comprometen a identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el legado del patrimonio cultural situado en sus respectivos territorios, así como a adoptar medidas para la protección del respectivo Patrimonio Nacional y a combatir la importación, exportación y transferencia ilícitas de los bienes culturales.- La Ley 63 de 1986, aprobó la Convención sobre Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y la Transferencia de la Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, suscrita en París el 17 de noviembre de 1970.- La Ley 340 de 1996 aprobó la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, firmada en La Haya el 14 de mayo de 1954. De otra parte, en el ordenamiento jurídico colombiano se diseñaron un conjunto de acciones y procedimientos dirigidos a hacer efectiva la protección estatal del patrimonio cultural de la Nación. Así, el Código Penal, tanto la Ley 600 de 2000 como la Ley 890 de 2004, tipificaron como conductas penalmente reprochables la destrucción y apropiación de bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, dentro de los cuales incluyen los bienes culturales (artículo 154) y la destrucción o utilización

ilícita de bienes culturales y de lugares del culto (artículo 156). De igual manera, el Código Nacional de Policía reguló como contravención especial que afecta el patrimonio la conducta consistente en enajenar, adquirir o constituir prenda “sobre reliquias, cuadros o esculturas o utensilios históricos o artísticos, que se encuentren en zonas arqueológicas, edificios públicos, museos, monasterios, templos o casas consistoriales, incurrirá en multa de un mil a veinte mil pesos, y en el decomiso de la obra” (artículo 50 del Decreto 1355 de 1970). Así mismo, el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, definió la defensa del patrimonio cultural de la Nación como derecho colectivo susceptible de protección mediante la acción popular. Además, no debe olvidarse que el trámite de esa acción constitucional es expedito y goza de preferencia respecto de las acciones y procedimientos ordinarios”.

En el ámbito jurisprudencial también es pertinente recordar que por virtud de la Sentencia C-553 de 2014 la Corte Constitucional se pronunciara sobre los elementos que conforman el patrimonio cultural de la Nación:

“En Colombia, el patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico.

Este patrimonio puede ser: **(i)** material, el cual está constituido por “[l]os bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos” o; **(ii)** inmaterial, el cual reúne: “(...) las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y

contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.”¹⁰⁵

5. Abordaje de los problemas jurídicos de derecho internacional público

El abordaje constitucional del presente asunto implica no sólo analizar problemas jurídicos de derecho interno colombiano -relacionados con la constitucionalidad del acto de entrega de un bien cultural a un Gobierno extranjero por parte del Presidente de la República-, sino que requiere el estudio de varios y complejos interrogantes de derecho internacional público.

5.1. Validez de un acto jurídico unilateral internacional por violación de normas esenciales de derecho interno

5.1.1. Concepto de acto jurídico unilateral internacional

De conformidad con el sistema de fuentes del derecho internacional, el acto de entrega de un bien de un Estado a otro, sin que exista tratado internacional alguno en la materia, configura un acto jurídico unilateral.

En los términos del pronunciamiento realizado por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el asunto de los ensayos nucleares (1974)¹⁰⁶, bajo ciertas condiciones, declaraciones verbales o escritas, así como comportamientos unilaterales de los representantes de un Estado en relación con determinadas situaciones de hecho o de derecho, producen por sí solas, sin necesidad o el concurso de la voluntad de otros sujetos del derecho internacional, un efecto de creación de obligaciones o pérdida de derechos para quien lo realiza.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cfr. Art. 11.1 de la Ley 397 de 1997, adicionado por el artículo 8 de la Ley 1185 de 2008. Ver también artículo 2.1 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial, Unesco, 2003. Según este último instrumento, el patrimonio inmaterial comprende, entre otros elementos: “a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.”

¹⁰⁶ Corte Internacional de Justicia de La Haya, *asunto de los ensayos nucleares*, fallo de 1974.

¹⁰⁷ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 176.

La doctrina suele citar los siguientes ejemplos de actos jurídicos internacionales: notificación, reconocimiento, renuncia, promesa, entre otros.¹⁰⁸

En relación con las condiciones de validez de un acto jurídico unilateral se encuentran las siguientes¹⁰⁹:

- Imputación del acto: la declaración de voluntad debe provenir de quien represente internacionalmente al Estado.
- Voluntad de obligarse: debe haber sido expresada libremente (sin coacción) y no encontrarse viciada (error, dolo o corrupción del funcionario).
- Discrecional: en el sentido de que el acto no debe ser consecuencia de la aplicación de una norma u obligación jurídica preexistente.
- Precisión del objeto: el acto debe versar sobre hechos, situaciones, pretensiones o derechos bien determinados.
- Respeto de las normas internacionales imperativas: ningún sujeto del derecho internacional puede, mediante un acto jurídico unilateral, reconocer, renunciar o prometer aquello que vulnera el orden público internacional.

5.1.2. Actos jurídicos unilaterales y ordenamiento constitucional colombiano

Así como los actos jurídicos unilaterales, al igual que los tratados internacionales, no pueden desconocer los contenidos de las normas imperativas, también lo es que, bajo determinados supuestos, su validez se ve afectada cuando quiera que en su adopción se vulneraron normas internas de rango constitucional.

Al respecto, Antonio Remiro Brotóns sostiene que: *“En términos generales puede decirse que, en la medida que lo permita su naturaleza,*

¹⁰⁸ Daillier P. y Pellet, A. *Droit International Public*, París, L.G.D.J., 2010, p. 369.

¹⁰⁹ Antonio Remiro Brotóns y otros, *ob. cit.* p. 176.

son aplicables a los actos unilaterales las causas de nulidad – y de terminación- que afectan los tratados, entre las que se encuentra la violación manifiesta de normas internas de importancia fundamental concernientes a la competencia para celebrarlos (art.46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) ”.

Desde esta perspectiva, la vulneración de normas constitucionales puede afectar la validez de un acto jurídico unilateral, a semejanza de lo sucedido con los tratados internacionales.

En Colombia, el Consejo de Estado se ha considerado competente para examinar si un acto jurídico unilateral internacional ha vulnerado el orden constitucional vigente.

En el asunto del Archipiélago de los Monjes, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de octubre de 1992, analizó la validez de la "NOTA COLOMBIANA GM-542", suscrita el 22 de noviembre de 1957, cuyo contenido en lo esencial era el siguiente:

“Como lo han afirmado recientemente los representantes de ambas Cancillerías, ninguno de los tratados, acuerdos o declaraciones suscritos por Colombia y los Estados Unidos de Venezuela hacen mención del referido archipiélago, pues durante todo el amplio proceso desarrollado entre los dos gobiernos para dirimir sus diferencias territoriales, felizmente ya concluido, Colombia se abstuvo, no obstante los antecedentes mencionados, de presentar reclamación o aducir argumentación alguna para desvirtuar la tesis de los Estados Unidos de Venezuela acerca de su jurisdicción y dominio sobre el archipiélago de Los Monjes.

Con base en los antecedentes mencionados, el gobierno de Colombia declara que no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela, sobre el archipiélago de los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o a cualquier acto de dominio por parte de este país sobre el archipiélago en referencia.

Norma constante de Colombia ha sido reconocer la plenitud del derecho ajeno y obrar siempre de conformidad con las estipulaciones consagradas en

los tratados públicos, por lo que al hacer la presente solemne declaración continúa mi gobierno en una línea de conducta que constituye motivo de legítimo orgullo para la República”.

El Consejo de Estado anuló la referida nota diplomática por violar normas constitucionales referidas a los siguientes temas: (i) delimitación de las fronteras; (ii) competencias del Jefe de Estado en materia de manejo las relaciones internacionales; y (iii) ausencia de aprobación del Congreso de la República. En palabras del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“...la aludida nota se está refiriendo a un aspecto que tiene que ver con la soberanía en el archipiélago de los Monjes, lo cual implica adoptar una decisión en materia de relaciones internacionales con incidencia en los límites de la República de Colombia y por tal razón en el territorio y la soberanía de la misma. Esta decisión compete en forma privativa al presidente de la república, por ser el encargado de dirigir las relaciones diplomáticas y de celebrar tratados o convenios internacionales referentes a límites (artículo 120 ordinal 20, de la Constitución de 1886), y al Congreso por corresponderle la aprobación de éstos (artículo 76 ordinal 18 ibídem). La transgresión de los preceptos anotados justifica la declaratoria de nulidad de la nota acusada”.

En conclusión: la validez de los actos jurídicos internacionales depende de su conformidad con: (i) normas imperativas; y (ii) disposiciones constitucionales relacionadas con la competencia para adoptarlos lo cual implica, para el caso colombiano, que sean realizados por el Presidente de la República y contar con la necesaria aprobación del Congreso de la República.

5.1.3. Análisis del caso concreto

En el caso concreto, en 1893 el Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino le obsequió a la Reina Regente de España, María Cristina de Habsburgo-Lorena, la llamada “Colección Quimbaya” (122 piezas de oro).

Por tratarse, en aquel entonces, de la enajenación de un bien fiscal, se requería la previa aprobación del Congreso de la República (art. 76.9 de la

Constitución de 1886). Adicionalmente, por ser parte del patrimonio público, debía mediar la realización de un tratado internacional, cuya aprobación también quedaba a cargo del Congreso de la República.

Contrariando disposiciones constitucionales esenciales –en términos de separación y equilibrio de poderes y defensa del patrimonio público- el Jefe de Estado (e) realizó un acto jurídico unilateral (entrega de parte de la Colección Quimbaya) a un gobierno extranjero. Lo anterior significa que, si bien la manifestación de voluntad fue realizada por quien representa internacionalmente al Estado colombiano, también lo es que carecía de competencia para ello, debido a la ausencia de la habilitación congresional.

Como se ha explicado, en los supuestos en los cuales la competencia de quien realiza el acto jurídico unilateral internacional se encuentre viciada, debido al desconocimiento de normas constitucionales fundamentales, el consentimiento internacional prestado carece de validez jurídica.

5.2. Relaciones entre la protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas y la restitución de sus bienes culturales

La protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas encuentra sus orígenes remotos en la preocupación de la comunidad internacional por proteger a determinadas minorías, surgida después de la Primera Guerra Mundial¹¹⁰.

Al término de la conflagración armada, varios Estados europeos suscribieron diversos tratados internacionales, reconociéndole a las minorías que habitaban sus territorios derechos tales como: (i) a preservar su religión; (ii) a emplear sus lenguas e idiomas; (iii) a contar con un sistema de enseñanza bilingüe, entre otros. Derechos culturales cuya protección internacional fue objeto de algunos pronunciamientos por parte de la Corte Permanente de Justicia Internacional (vgr. asunto de los colegios minoritarios en la Alta Silecia (1928); tratamiento de los nacionales polacos en Dantzig (1932); y escuelas minoritarias en Albania (1935))¹¹¹.

¹¹⁰ Daillier, P. y Pellet, A, *Droit International Public*, París, 2010, p. 658.

¹¹¹ *Ibidem*.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, los derechos de los pueblos indígenas, si bien no fueron objeto de una consagración expresa y autónoma en los principales instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, tanto universales como regionales, los órganos supranacionales encargados de interpretarlos, han derivado la existencia de aquéllos, de ciertas cláusulas convencionales, y en especial, del principio de la autodeterminación de los pueblos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 21 (2009), titulada “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” interpretó el artículo 15 del PIDESC, en los siguientes términos:

“A juicio del Comité, el párrafo 1 a) del artículo 15 del Pacto incluye también el derecho de las minorías y de quienes pertenecen a ellas a participar en la vida cultural de la sociedad y a **preservar**, promover y desarrollar **su propia cultura**. Este derecho conlleva, a su vez, la obligación de los Estados partes de reconocer, respetar y **proteger la cultura de las minorías** como componente esencial de su propia identidad. Por lo tanto, las minorías tienen derecho a su diversidad cultural, tradiciones, costumbres, religión, formas de educación, lenguas, medios de comunicación (prensa, radio, televisión, Internet) y a todas las expresiones propias de su identidad y afiliación culturales”. (Negrillas agregadas).

De igual manera, el Comité de Derechos del Niño, adoptó la Observación General número 11 (2009), titulada “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”. Asimismo, los derechos de los pueblos indígenas han sido objeto de protección por tribunales internacionales de derechos humanos, como es el caso de la Corte Interamericana en los asuntos tales como: Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2000); Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005); Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), entre otros.

Al respecto, importa señalar que el referido Tribunal Internacional, interpretando el texto del Pacto de San José de Costa Rica a la luz de Convenio 169 de la OIT, consideró no se trataba sólo de proteger el territorio físico donde habitan los pueblos indígenas, sino que era necesario

preservar “*todos los **bienes muebles e inmuebles o elementos corporales e incorporables y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor***”.¹¹²

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio 169 de 1989, sobre “Pueblos indígenas y tribales”, consagra un conjunto de derechos a favor de estas minorías, tales como: (i) existencia y preservación; (ii) consulta previa; (iii) autonomía; (iv) práctica de sus cultos y tradiciones; (v) propiedad sobre sus territorios ancestrales; (vi) etnoeducación; entre otros.

En relación con los objetos fabricados a mano por los indígenas, como es el caso de la Colección Quimbaya, y la conexión existente entre éstos, la preservación de su cultura, religión y tradiciones ancestrales, el artículo 23 del Convenio 169 de la OIT dispone:

“La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades”.
(Negrillas y subrayados agregados).

De igual manera, en su artículo 4º, el Convenio 169 de la OIT impone a los Estados Partes el deber de proteger a las personas, instituciones, bienes, trabajo, medio ambiente y cultura indígenas.

Más recientemente, en 2007, la Asamblea General de la ONU aprobó el texto de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, texto que si bien no goza de la fuerza vinculante de un tratado internacional, refleja el estado de la interpretación que se viene realizando de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del Convenio 169 de la OIT.

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de fondo del 17 de junio de 2005, párrafo 137.

En materia de protección y restitución del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, la declaración dispone:

“Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, **objetos**, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la **restitución**, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los **bienes culturales**, intelectuales, **religiosos** y **espirituales** de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

(...)

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su **patrimonio cultural**, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”. (Negrillas y subrayados agregados)

Al respecto, conviene señalar que la Corte en Sentencia C-882 de 2011, consideró que era necesario interpretar sistemáticamente: (i) las disposiciones constitucionales sobre derechos de los indígenas; (ii) el Convenio 169 de la OIT; y (iii) la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”:

“Una de las manifestaciones del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, es la inclusión en el texto constitucional el derecho fundamental de las comunidades étnicas minoritarias a la libre determinación o autonomía, con la finalidad de garantizar la supervivencia cultural de estos pueblos como grupos culturalmente diferenciados¹¹³. Así con fundamento en los artículos 1, 7, 9, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 de la Carta, el Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, la Corte ha reconocido la existencia de este derecho en la Constitución y señalado que comprende la facultad de las comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines.” (Negrillas agregadas).

En este orden de ideas, en el estado actual del derecho internacional, los pueblos indígenas son titulares de un conjunto de derechos de naturaleza sustancial, entre ellos, a la protección de su patrimonio cultural ancestral. La garantía de este derecho comporta para los Estados un doble deber: (i) *negativo*, en el sentido de abstenerse de adoptar medidas o acciones que comporten un menoscabo, deterioro o pérdida de bienes de carácter cultural; y (ii) *positivo*, consistente en emprender acciones eficaces destinadas a la conservación y restitución de bienes culturales.

5.3. Protección internacional del patrimonio cultural

Dada la importancia que ofrece el patrimonio cultural en la configuración de la identidad de los pueblos y las naciones, además de la legislación nacional, existe un régimen jurídico internacional encaminado a protegerlo. Estos instrumentos supranacionales han sido promovidos principalmente por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO.

¹¹³ Ver sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

El Estado Colombiano ha suscrito y ratificado un conjunto de tratados internacionales sobre protección al patrimonio cultural en diversas materias. Algunos consagran principios de derecho internacional, otros establecen mecanismos eficaces de protección, crean comités e instituciones, atribuyen jurisdicciones y disponen sanciones. Las instituciones o comités son creados por una organización, en virtud de las competencias asignadas por su tratado constituyente para servir a los fines de protección del patrimonio cultural, como es el caso del *Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita*, creado por la UNESCO.

El tratado constituyente de la UNESCO es consecuencia de la destrucción y riesgo de desaparición de los monumentos culturales ocasionados por la Segunda Guerra Mundial. A ello se debe que este instrumento internacional matriz tenga por objeto preservar el patrimonio cultural¹¹⁴ mediante la gestión de diversas convenciones internacionales, cuya finalidad converge en la salvaguarda de los bienes culturales en conflictos armados, la prohibición de importación y exportación ilícitas de bienes culturales y la protección del patrimonio subacuático. Del mismo modo, esta labor se realiza por medio de recomendaciones para la protección del patrimonio cultural y de la administración del Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita¹¹⁵.

A continuación se enuncian algunos de los principales instrumentos internacionales para la protección del patrimonio cultural adoptados bajo auspicio de la UNESCO y que han sido debidamente suscritos, adheridos o ratificados¹¹⁶ por Colombia:

¹¹⁴ “La UNESCO y la protección del Patrimonio Cultural”, información disponible en Naciones Unidas, Centro de Información para México, Cuba y República Dominicana. Sitio de Internet: <http://www.cinu.org.mx/eventos/cultura2002/unesco.htm>

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Información disponible en Cancillería de Colombia, “Situación de Colombia frente a instrumentos internacionales”, cruzada con la información disponible en el sitio de la UNESCO sobre Convenciones de la UNESCO ratificadas por Colombia, en los sitios respectivos. www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/InstrumentosNormativos.xlsx
http://www.unesco.org/eri/la/conventions_by_country.asp?language=S&typeconv=1&contr=CO

5.3.1. Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado

Por virtud de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención, adoptada en La Haya, el 14 de mayo de 1954, los Estados Partes se comprometen a respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de otros Estados Partes. Así mismo, se obligan a abstenerse de utilizar bienes culturales, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponerlos a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado y de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes. Colombia adhirió a esa Convención el 18 de junio de 1998¹¹⁷.

5.3.2. Protocolo a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado

Mediante el Protocolo a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, adoptado en La Haya el 14 de mayo de 1954, las partes contratantes se comprometen a impedir la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado durante un conflicto armado y a poner bajo secuestro los bienes culturales importados en su territorio, que procedan directa o indirectamente de cualquier territorio. Colombia adhirió a ese Protocolo en la misma fecha de adhesión al tratado principal.

5.3.3. Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado

El Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado,

¹¹⁷ La Ley 45 de 1983, aprobó la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, suscrita en París el 23 de noviembre de 1973, según la cual los Estados se comprometen a identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el legado del patrimonio cultural situado en sus respectivos territorios, así como a adoptar medidas para la protección del respectivo Patrimonio Nacional y a combatir la importación, exportación y transferencia ilícitas de los bienes culturales.- La Ley 63 de 1986, aprobó la Convención sobre Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y la Transferencia de la Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, suscrita en París el 17 de noviembre de 1970.- La Ley 340 de 1996 aprobó la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, firmada en La Haya el 14 de mayo de 1954.

adoptado en La Haya, el 26 de marzo de 1999, desarrolla disposiciones sobre salvaguardia y respeto de los bienes culturales; precauciones en el ataque; precauciones contra los efectos de las hostilidades; protección de bienes culturales en territorio ocupado; protección reforzada; responsabilidad penal y jurisdicción; violaciones graves del Protocolo; jurisdicción; asistencia judicial recíproca; protección de los bienes culturales en los conflictos armados de carácter no internacional; reunión de las Partes, y creación de un comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. Colombia adhirió al Segundo Protocolo el 24 de noviembre de 2010.

5.3.4. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural

En virtud de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, adoptada en París el 16 de noviembre de 1972, cada uno de los Estados partes reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. En consecuencia, cada Estado parte procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacional de que se pueda beneficiar, sobre todo, en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.

Para los efectos de la Convención, el Artículo primero establece como patrimonio cultural:

- “1. los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,
2. los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

3. los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

Colombia es parte de la Convención desde el 20 de mayo de 1988.

5.3.5. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada en París, el 17 de octubre de 2003, tiene como finalidades: (i) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial; (ii) respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate; (iii) sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco, y (iv) la cooperación y asistencia internacionales. Colombia ratificó esta Convención el 19 de marzo de 2008.

5.3.6. Convención Sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

La Convención Sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en París, el 20 de octubre de 2005 tiene por objeto:

- “1) proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales;
- 2) crear las condiciones para que las culturas puedan prosperar y mantener interacciones libremente de forma mutuamente provechosa; c) fomentar el diálogo entre culturas a fin de garantizar intercambios culturales más amplios y equilibrados en el mundo en pro del respeto intercultural y una cultura de paz;
- 3) fomentar la interculturalidad con el fin de desarrollar la interacción cultural, con el espíritu de construir puentes entre los pueblos; e) promover el respeto de la diversidad de las expresiones culturales y hacer cobrar conciencia de su valor en el plano local, nacional e internacional;
- 4) reafirmar la importancia del vínculo existente entre la cultura y el desarrollo para todos los países, en especial los países en desarrollo, y apoyar

las actividades realizadas en el plano nacional e internacional para que se reconozca el auténtico valor de ese vínculo;

5) reconocer la índole específica de las actividades y los bienes y servicios culturales en su calidad de portadores de identidad, valores y significado;

6) reiterar los derechos soberanos de los Estados a conservar, adoptar y aplicar las políticas y medidas que estimen necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios;

7) fortalecer la cooperación y solidaridad internacionales en un espíritu de colaboración, a fin de reforzar, en particular, las capacidades de los países en desarrollo con objeto de proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales.”

Colombia adhirió a la Convención el 19 de marzo de 2013.

5.3.7. Convenio de UNIDROIT Sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente.

El Convenio de UNIDROIT¹¹⁸ sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente de 1995, tiene por objeto facilitar la restitución y devolución de los bienes culturales. Este instrumento internacional define los bienes culturales de forma amplia como aquellos que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías que enuncia el anexo al Convenio. En cuanto al campo de aplicación, el Convenio distingue dos tipos de demandas de carácter internacional que pueden ser implementadas en el contexto de los mecanismos establecidos en este instrumento internacional: por una parte, las demandas sobre restitución de bienes culturales robados y, por otra, las demandas sobre devolución de bienes culturales desplazados del territorio de un Estado contratante en infracción de su ordenamiento jurídico.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido por su sigla UNIDROIT, es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, que tiene entre sus objetivos estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado y el derecho comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas. Información disponible en el portal de la UNESCO, sitio de Internet, <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-traffic-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>

Colombia ingresó al sistema de UNIDROIT mediante la Ley 32 de diciembre 30 de 1992, por medio de la cual se aprobó el "*Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*", hecho en Roma el 15 de marzo de 1940. Posteriormente, ratificó el Convenio de UNIDROIT el 14 junio de 2012. Por su parte, en España el Convenio entró en vigor el 1º de noviembre de 2002¹¹⁹.

La entrega de la Colección Quimbaya a España no corresponde a las categorías establecidas por el Convenio de UNIDROIT para demandas de restitución de bienes culturales de carácter internacional, por cuanto dicha colección no fue robada ni fue exportada con propósitos comerciales, ni bajo las condiciones específicas establecidas para el envío y tráfico de bienes y/o servicios desde un territorio hacia otro.

Además, el Convenio de UNIDROIT establece, en su artículo 3, unos términos perentorios para la presentación de la demanda de restitución, que tampoco aplican a la transferencia de la Colección Quimbaya a España. En efecto, dispone esa regulación que toda demanda de restitución deberá presentarse en un plazo de tres años a partir del momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, dentro de un plazo de cincuenta años desde el momento en que se haya producido el robo. Dispone igualmente el mismo artículo 3, que todo Estado contratante tendrá la facultad para declarar, al momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del Convenio, que una demanda de restitución de un bien cultural prescribe en un plazo de 75 años o en un plazo más largo previsto en el derecho interno de ese Estado.

Aun admitiendo que las categorías establecidas por el Convenio de UNIDROIT no aplican a la situación de la transferencia de la Colección Quimbaya a España, la Corte encuentra pertinente resaltar que el Convenio de Unidroit, en su artículo 9, dispone que dicho instrumento "*no impide a un Estado contratante aplicar otras normas más favorables para la restitución o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, distintas de las que se estipulan en el [presente] Convenio*".

¹¹⁹ Unidroit Convention on Stollen or illegally exported cultural objects-Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés. Información disponible en el portal de Unidroit, en el sitio de internet, <http://www.unidroit.org/english/implement/i-95.pdf>

Mediante Sentencia C-125 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció en revisión de constitucionalidad, con respecto al Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente y de la Ley aprobatoria No. 1304 de 2009. En dicha oportunidad esta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“Para precisar el ámbito de aplicación del Convenio, la Sala considera pertinente explicar que éste refiere a bienes culturales robados o exportados ilícitamente, mientras la Constitución Política, en su artículo 63, alude a patrimonio arqueológico, siendo estos dos conceptos distintos de acuerdo con lo establecido en la Ley 397 de 1997. Así, según el artículo 4° de esta Ley:

“El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico¹²⁰, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico.”

Como se observa, los bienes a los que se les atribuye especial interés en el ámbito arqueológico, hacen parte del patrimonio cultural de la Nación¹²¹. En concordancia con esta explicación, el artículo 2° del Convenio establece:

¹²⁰ Los bienes que conforman el patrimonio arqueológico están mencionados en el artículo 6° de la Ley 397 de 1997. Según este precepto:

“El patrimonio arqueológico comprende aquellos vestigios producto de la actividad humana y aquellos restos orgánicos e inorgánicos que, mediante los métodos y técnicas propios de la arqueología y otras ciencias afines, permiten reconstruir y dar a conocer los orígenes y las trayectorias socioculturales pasadas y garantizan su conservación y restauración. Para la preservación de los bienes integrantes del patrimonio paleontológico se aplicarán los mismos instrumentos establecidos para el patrimonio arqueológico”.

¹²¹ La Corte ha abordado el tema del patrimonio cultural de la Nación en varias sentencias, entre ellas la C-088 de 1994, C-474 de 2003, C-742 de 2006 y la C-434 de 2010.

“A los efectos del presente Convenio por bienes culturales se entiende los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio.”

El claro, entonces, que el Instrumento emplea el concepto de bien cultural, el cual resulta más amplio que el de patrimonio arqueológico utilizado en el artículo 63 de la Constitución Política.

La Nación colombiana cuenta con una inmensa riqueza cultural conformada con bienes tangibles e intangibles, entre los que se cuenta piezas elaboradas por nuestros ancestros, elementos que deben ser protegidos de actividades delictuales o de transferencias ilícitas empleadas en desmedro de un patrimonio que hace parte integral de nuestra identidad¹²². El Convenio sometido a revisión de la Corte hace parte de la estrategia seguida por el Estado colombiano¹²³ para prevenir e impedir el saqueo de los bienes culturales respecto del robo o de su exportación ilícita; al mismo tiempo, este Instrumento constituye un mecanismo jurídico para repatriar los artículos mencionados.”

En la misma providencia C-125 de 2011, la Corte Constitucional resaltó la importancia de la disposición contenida en el artículo 9° y las implicaciones que se producen frente al ordenamiento colombiano:

“El artículo 9° del Convenio autoriza a los Estados parte a aplicar las normas que le sean más favorables frente a la problemática de los bienes culturales

¹²² Acerca de la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana, la Ley 397 de 1997, dispone en los numerales 1 y 2 del artículo 1°:

“1. Cultura es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias.

2. La cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y actividad propia de la sociedad colombiana en su conjunto, como proceso generado individual y colectivamente por los colombianos. Dichas manifestaciones constituyen parte integral de la identidad y la cultura colombianas”.

¹²³ Entre los objetivos del Estado en relación con el patrimonio cultural, la Ley 397 de 1997, art. 4°, numeral 1, señala:

“La política estatal en lo referente al patrimonio cultural de la Nación tendrá como objetivos principales **la salvaguardia, protección, recuperación**, conservación, sostenibilidad y divulgación del mismo, con el propósito de que sirva de testimonio de la identidad cultural nacional, tanto en el presente como en el futuro”.

robados o exportados ilícitamente, ya sea que se trate de aplicar la Constitución Política, otras normas de derecho interno o tratados internacionales suscritos por el Estado.

Por lo anterior, la Corte dispondrá en la parte resolutive de esta providencia que el Presidente de la República, al manifestar el consentimiento internacional para obligar al Estado colombiano por el Convenio que se examina, deberá formular una declaración interpretativa en el sentido que el Gobierno de Colombia entiende que por existir un precepto de derecho interno más favorable para la restitución de bienes robados o ilícitamente exportados, como lo es el artículo 63 de la Carta Política, éste se aplicará de preferencia en relación con los términos de prescripción consagrados en el Instrumento Internacional.

4.7. La articulación entre el Instrumento y el derecho interno colombiano se pone en evidencia con lo dispuesto en el artículo 3º, numeral 5º del Convenio, texto aplicable al tiempo de prescripción de la acción para presentar la demanda, según el cual todo Estado contratante podrá declarar que una demanda prescribe hasta en un plazo de 75 años o en un plazo más largo previsto en su derecho; así, Colombia podrá aplicar aquellas normas que perteneciendo a su derecho interno resulten más favorables en materia de prescripción.

4.8. El Convenio puesto a consideración de la Corte se enmarca dentro de los criterios de cooperación internacional, promoción y preservación del patrimonio cultural y acoge lo dispuesto en la Carta Política en los artículos 2º, 8º, 9º, 63, 70, 71 y 72; por tanto, frente a su contenido no encuentra esta Corporación ninguna objeción constitucional”

Con base en dichas consideraciones, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1304 de 2009 que dio aprobación al Convenio de UNIDROIT de 1995, disponiendo, en la parte resolutive de la sentencia, que el Presidente de la República, al manifestar el consentimiento internacional para obligar al Estado colombiano por dicho Convenio, formule una declaración interpretativa en el sentido de que el Gobierno de Colombia entiende que por existir un precepto de derecho interno más favorable para la restitución de bienes robados o ilícitamente exportados, como lo es el artículo 63 de la Carta Política, según el cual “*Los bienes de*

uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables". Esta última disposición se aplicará de preferencia en relación con los términos de prescripción consagrados en el referido instrumento internacional.

Con respecto al ámbito de aplicación del Convenio, en dicha oportunidad esta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

"Para precisar el ámbito de aplicación del Convenio, la Sala considera pertinente explicar que éste refiere a **bienes culturales robados** o **exportados ilícitamente**, mientras la Constitución Política, en su artículo 63, alude a patrimonio arqueológico, siendo estos dos conceptos distintos de acuerdo con lo establecido en la Ley 397 de 1997. Así, según el artículo 4º de esta Ley:

"El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico¹²⁴, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico".

¹²⁴ Los bienes que conforman el patrimonio arqueológico están mencionados en el artículo 6º de la Ley 397 de 1997. Según este precepto:

"El patrimonio arqueológico comprende aquellos vestigios producto de la actividad humana y aquellos restos orgánicos e inorgánicos que, mediante los métodos y técnicas propios de la arqueología y otras ciencias afines, permiten reconstruir y dar a conocer los orígenes y las trayectorias socioculturales pasadas y garantizan su conservación y restauración. Para la preservación de los bienes integrantes del patrimonio paleontológico se aplicarán los mismos instrumentos establecidos para el patrimonio arqueológico".

Como se observa, los bienes a los que se les atribuye especial interés en el ámbito arqueológico, hacen parte del patrimonio cultural de la Nación¹²⁵. En concordancia con esta explicación, el artículo 2º del Convenio establece:

“A los efectos del presente Convenio por bienes culturales se entiende los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio”.

El claro, entonces, que el Instrumento emplea el concepto de bien cultural, el cual resulta más amplio que el de patrimonio arqueológico utilizado en el artículo 63 de la Constitución Política.

La Nación colombiana cuenta con una inmensa riqueza cultural conformada con bienes tangibles e intangibles, entre los que se cuenta **piezas elaboradas por nuestros ancestros**, elementos que deben ser protegidos de actividades delictuales o de **transferencias ilícitas** empleadas en desmedro de un patrimonio que hace parte integral de nuestra identidad¹²⁶. El Convenio sometido a revisión de la Corte hace parte de la estrategia seguida por el Estado colombiano¹²⁷ para prevenir e impedir el saqueo de los bienes culturales respecto del **robo** o de su **exportación ilícita**; al mismo tiempo, este Instrumento constituye un mecanismo jurídico para repatriar los artículos mencionados”.

¹²⁵ La Corte ha abordado el tema del patrimonio cultural de la Nación en varias sentencias, entre ellas la C-088 de 1994, C-474 de 2003, C-742 de 2006 y la C-434 de 2010.

¹²⁶ Acerca de la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana, la Ley 397 de 1997, dispone en los numerales 1 y 2 del artículo 1º:

“1. Cultura es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias.

2. La cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y actividad propia de la sociedad colombiana en su conjunto, como proceso generado individual y colectivamente por los colombianos. Dichas manifestaciones constituyen parte integral de la identidad y la cultura colombianas”.

¹²⁷ Entre los objetivos del Estado en relación con el patrimonio cultural, la Ley 397 de 1997, art. 4º, numeral 1, señala:

“La política estatal en lo referente al patrimonio cultural de la Nación tendrá como objetivos principales **la salvaguardia, protección, recuperación**, conservación, sostenibilidad y divulgación del mismo, con el propósito de que sirva de testimonio de la identidad cultural nacional, tanto en el presente como en el futuro”.

5.3.8. Resolución 4/7.6/5 de la UNESCO. Creación del Comité intergubernamental para la promoción del retorno de bienes culturales a sus países de origen o la restitución en caso de apropiación ilícita

La Conferencia General de la UNESCO, en su 20ª reunión de 1978, mediante la Resolución 4/7.6/5 creó el Comité intergubernamental para la promoción del retorno de bienes culturales a sus países de origen o la restitución en caso de apropiación ilícita, con carácter de órgano intergubernamental permanente, independiente de la Convención de 1970. El Comité no fue creado mediante un tratado sino por la Conferencia General de los Estados miembros de la UNESCO, en ejercicio de las atribuciones y competencias de esa organización, para tratar el problema de la restitución de bienes culturales a sus países de origen.

El Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita es un organismo intergubernamental, conformado por Estados, cuya labor es de asesoramiento, es decir, no se trata de una función judicial. Específicamente, su objetivo consiste en proporcionar un marco para el debate y la negociación, para que los Estados puedan resolver sus controversias en casos de restitución de bienes culturales, mediante una decisión vinculante para las partes. El Comité busca la forma y los medios para facilitar las negociaciones bilaterales, para promover la cooperación multilateral y bilateral con el fin de permitir la restitución y devolución de bienes culturales a sus países de origen.

Ante el número elevado de casos tramitado por el Comité, la Conferencia General de la UNESCO, en 1999 aprobó la Resolución 27, por medio de la cual la Conferencia de Estados miembros de esa organización solicitó al Director General establecer, en el seno de la Organización, el Fondo¹²⁸ del Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita, el cual a la fecha presenta un registro de numerosos casos exitosos

¹²⁸ Fondo del Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación ilícita, Información disponible en el portal de la UNESCO, en el sitio de Internet, http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=36346&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

de mediación eficaz para restitución de bienes culturales entre diversos países¹²⁹.

5.3.9. Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales

Por medio de 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, adoptada en París el 14 de noviembre de 1970, los Estados Partes reconocen que la importación, exportación y transferencia ilícita de bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen y que la cooperación constituye uno de los medios más eficaces para proteger los bienes culturales. El artículo 1º de la Convención dispone:

“Para los efectos de la presente Convención se considerarán como **bienes culturales** los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

(...)

c) el **producto de las excavaciones** (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos (negrillas y subrayado agregado).

(...)

ii) **producciones originales de arte estatuario** y de escultura en cualquier material; (Negrillas y subrayado agregado).

¹²⁹ Operaciones de restitución de bienes culturales del Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación ilícita, información disponible en el portal de la UNESCO, en el sitio de Internet, http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=36505&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Los artículos 2º y 3º de la Convención establecen:

“Artículo 2

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen que la importación, la exportación y la **transferencia** de propiedad ilícitas de los bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes, y que una colaboración internacional constituye uno de los medios más eficaces para proteger sus bienes culturales respectivos contra todos los peligros que entrañan aquellos actos.

Artículo 3

Son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la presente Convención.”

De manera complementaria, el Convenio califica como ilícitas ciertas transferencias de bienes culturales:

“Artículo 11

Se consideran ilícitas la exportación y la transferencia de propiedad forzadas de bienes culturales que resulten directa o indirectamente de la ocupación de un país por una potencia extranjera.”

Por último, conviene precisar que España ratificó la Convención de la UNESCO de 1970 el 10 de enero de 1986; Colombia ratificó la convención el 24 de mayo de 1988.

5.4. Interpretación sistemática y teleológica de la Convención UNESCO de 1970 y el *corpus iuris* de la protección internacional de los pueblos indígenas

5.4.1. Consideraciones generales

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 31, consagra los métodos de interpretación de los instrumentos internacionales:

“Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

Tomando en consideración que el objeto de debate es la restitución de unos bienes culturales indígenas, es decir, un tema de derechos humanos en el marco de protección del patrimonio cultural, la Corte interpretará las disposiciones convencionales en la materia, siguiendo las pautas hermenéuticas empleadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁰.

Así las cosas, los tribunales internacionales de derechos humanos han entendido que el “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”, (interpretación exegetica), es el punto de partida obligado de la interpretación de cualquier instrumento internacional.

A partir de lo anterior, los tratados internacionales sobre derechos humanos “deben ser leídos como un todo”¹³¹, lo que significa que la interpretación sistemática juega un rol esencial al momento de determinar el contenido y el alcance de cualquier instrumento internacional en la materia.

Dado el carácter descentralizado que caracteriza la producción de normas jurídicas en el orden internacional, la interpretación sistemática ofrece la siguiente particularidad: por una parte, los artículos de un tratado internacional deben ser leídos conjunta y armónicamente (interpretación intrasistémica); por otra, cuando quiera que en la resolución de un caso concreto confluyan varios instrumentos internacionales, éstos deben ser comprendidos de manera integral (interpretación extrasistémica).

¹³⁰ Pettiti, L.E., Decaux, E. y Imbert P.H., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, 1995.

¹³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *asunto Johnston* del 18 de diciembre de 1986.

En la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es usual encontrar ejemplos de interpretaciones extrasistémicas.

Así, en el asunto *Kosiek*, el Tribunal de Estrasburgo interpretó el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para concluir que el derecho que tiene el acusado para entrevistarse con su defensor “hace parte de las exigencias elementales de un proceso justo en una sociedad democrática”.¹³²

Correlativamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia vs. Brasil)* del 24 de noviembre de 2010, consideró lo siguiente:

“Por su parte, en el Sistema Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que en casos de violaciones al derecho a la vida o a la integridad personal, la noción de un "recurso efectivo" implica, además del pago de una compensación cuando proceda y sin perjuicio de cualquier otro recurso disponible en el sistema nacional, la obligación del Estado demandado de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz, capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables, así como el acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación.”

En sentencia del 30 de junio de 2015, en el asunto *Wong Ho Wing*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó armónicamente el Tratado de Extradición suscrito entre China y Perú el 5 de noviembre de 2001, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Adicionalmente, los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, deben ser interpretados teniendo en cuenta su objeto y fin¹³³, cual es, garantizar la dignidad humana. Siendo ello así, la regla del llamado “efecto útil”, adquiere unas connotaciones especiales en la materia. En tal sentido, cuando quiera que se analice el sentido de una determinada disposición convencional, el intérprete debe propender por que aquella genere unos efectos prácticos importantes, en términos de protección de

¹³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *asunto Kosiek* del 28 de agosto de 1986.

¹³³ Pettiti, L.E., Decaux, E. y Imbert P.H., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, 1995.

derechos. En otras palabras, si una norma internacional admite dos posibles lecturas (una primera que no conduce a amparar los derechos de una comunidad, y una segunda, que arriba a la conclusión contraria) siempre debe preferirse aquella que produzca un efecto útil.

En conclusión: cuando quiera que en la resolución de un caso concreto de derechos humanos concurren dos o más instrumentos internacionales, éstos deben ser interpretados armónicamente (interpretación sistemática), buscando siempre que el resultado del ejercicio hermenéutico conduzca a proteger a los derechos de los titulares de aquéllos (principio del efecto útil).

5.4.2. Examen del caso concreto

En el caso concreto concurren: un instrumento internacional sobre protección de bienes culturales (Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970) y un amplio *corpus iuris* de protección internacional de los indígenas conformado por: tratados internacionales, declaraciones adoptadas por la Asamblea General de la ONU e interpretaciones de tribunales internacionales de derechos humanos en la materia.

Una interpretación exegética y aislada del Convenio de la UNESCO de 1970, y en especial de su artículo 11, conduciría al siguiente resultado: el Estado colombiano no puede invocar el instrumento internacional con miras a solicitarle a España la devolución de la Colección Quimbaya. Aquello por cuanto: (i) no se trató de una exportación o transferencia forzadas e ilícitas de un bien cultural, sino de una donación voluntaria; y (ii) tampoco se está ante el supuesto de la “ocupación de un país por una potencia extranjera”.

Una segunda interpretación, acogida por la Corte y que apunta al resultado contrario, se funda en las siguientes razones:

El concepto de “transferencia ilícita forzada que resulte directa o indirectamente de la ocupación de un país por una potencia extranjera” no puede entenderse como el único supuesto fáctico comprendido en el ámbito de aplicación material del tratado internacional. Lo anterior, por

cuanto: (i) el instrumento internacional *expresamente* no señala que se trate del único caso de transferencia ilícita de un bien cultural, y (ii) el concepto de “ilicitud” en materia de patrimonio cultural debe acompasarse con los avances normativos que ha conocido en las últimas décadas el derecho internacional público en materia de protección de los derechos de los indígenas. En otras palabras, el Convenio de la UNESCO de 1970 no puede interpretarse de forma insular, desconociendo por completo la existencia de un *corpus iuris* internacional en materia indígena.

En conclusión: una interpretación sistemática de la Convención de la UNESCO de 1970 y del *corpus iuris* de la protección internacional de los derechos de los indígenas apunta a que resultan ser igualmente ilícitas las transferencias realizadas de bienes culturales de los pueblos precolombinos a un Gobierno extranjero, cuando quiera que este acto jurídico unilateral haya sido realizado: (i) contrariando disposiciones constitucionales fundamentales de un Estado; y (ii) vulnerando gravemente los derechos humanos de los integrantes de una minoría étnica.

5.5. Ámbito de aplicación temporal del Convenio de la UNESCO de 1970

El principio de la irretroactividad, acogido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, corresponde a una técnica de solución “*entre otras posibles*”¹³⁴, al problema de la aplicación de las normas convencionales en el tiempo. Su consagración se inspira en razones de seguridad jurídica de los destinatarios de los compromisos internacionales. Con todo, no se trata de un principio “*de carácter absoluto*”.¹³⁵

Además de la retroactividad, la jurisprudencia internacional también ha aplicado la llamada “doctrina del derecho inter-temporal”¹³⁶, planteada por primera vez en la resolución arbitral del diferendo por la Isla de las

¹³⁴ Daillier P. y Pellet, A. *ob.cit.* pág. 219.

¹³⁵ *Ibidem.*

¹³⁶ T.O Elias, “The Doctrine of Intertemporal Law”, 74 American Journal of International Law 285, 1980, p. 286, p. 286

Palmas¹³⁷, entre los Estados Unidos de América y los Países Bajos (1925), en los siguientes términos:

“En lo que concierne al problema de determinar cuál de los diferentes sistemas jurídicos en vigor, en épocas sucesivas, debe ser aplicado en la resolución de un caso concreto – asunto del derecho inter-temporal (el llamado intertemporal law), es necesario diferenciar entre la creación del derecho en cuestión y su permanencia en el tiempo. El mismo principio que somete a un acto creador de obligaciones al derecho vigente al momento de su surgimiento, exige para su permanencia que aquél se conserve.”¹³⁸

La doctrina del derecho inter-temporal suele aplicarse por instancias judiciales internacionales, cuando quiera que un mismo fenómeno jurídico haya sido objeto de regulación por diversas normas. En términos de Kortzur¹³⁹, no consiste en un fenómeno de retroactividad de los tratados internacionales, sino de una técnica próxima a lo que se conoce como retrospectividad.

La referida doctrina ha sido empleada, en diversos casos, por la Corte Internacional de Justicia de La Haya¹⁴⁰ y ciertos Tribunales Internacionales de Arbitramento¹⁴¹. Su fundamento teórico se encuentra en el carácter evolutivo y cambiante del derecho internacional público, lo cual implica que un derecho adquirido válidamente, de conformidad con el derecho vigente para la época, puede llegar a perderse, debido a los cambios conocidos por la legalidad internacional¹⁴².

La doctrina del derecho inter-temporal se opone a otro principio que aplicado al momento de resolver controversias internacionales: el *principio de contemporaneidad*¹⁴³. Según este principio, la validez de un

¹³⁷ Ver al respecto, la intervención de los Profesores René Urueña Hernández y María Cecilia Ibáñez García en la audiencia pública ante la Corte.

¹³⁸ Cour Permanente d'Arbitrage, *affaire Île de Palmes*, États Unis vs, Pays Bas, 4 avril 1928.

¹³⁹ Markus Kortzur, “Intertemporal law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2008), p. 281.

¹⁴⁰ CII, Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), Judgment of 19 December 1978, ICJ; Reports 1978; the Minquiers and Ecrehos Case (France/United Kingdom), [1953] ICJ Reports. 47

¹⁴¹ Ver, por ejemplo, el caso: Alabama Arbitration (Great Britain v. US) (1872), in Moore, 1 Int. Arb. 495.

¹⁴² T.O. Elias, “The doctrine of Intertemporal law”, *American Journal of International Law* (2008).

¹⁴³ Fitzmaurice, *The law and procedure of International Court of Justice: treaty interpretation and other treaty points*, *BYIL*, 1957,

determinado hecho jurídico debe ser juzgada de conformidad con el derecho vigente al momento de su ejecución y no con aquel que lo está cuando surge la disputa interestatal.

De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que el acto de entrega de la Colección Quimbaya, por parte de un jefe de Estado al Reino de España, además de examinarse a la luz de la normatividad constitucional actualmente vigente, no debe analizarse de conformidad con las normas internacionales vigentes para 1893 (principio de contemporaneidad), sino a la luz de las actuales (doctrina del derecho inter-temporal), es decir, en los términos del Convenio de la UNESCO de 1970 y el *corpus iuris* de la protección internacional de los pueblos indígenas. Las razones para acoger esta postura son las siguientes:

a. El principio del efecto útil de las normas internacionales

Cuando quiera que esté de por medio la protección de los derechos humanos, siempre debe preferirse una interpretación de las normas internacionales que conduzca a efectos prácticos, en términos de garantía de aquellos. De tal suerte que, sostener la irretroactividad de: (i) las normas internacionales sobre repatriación de bienes culturales indígenas; y (ii) el *corpus iuris* internacional de protección de aquéllos, conduce a negarles todo efecto útil.

b. Aplicar el principio de no retroactividad al Convenio de la UNESCO de 1970 conduce a un resultado irrazonable

La aplicación a futuro del Convenio de la UNESCO de 1970 conduce a un resultado manifiestamente irrazonable. Dado que la mayoría de reclamaciones internacionales que realizan los Estados de su patrimonio cultural versa objetos elaborados hace cientos e incluso miles de años, sostener que un instrumento internacional en la materia sólo aplica para casos de pérdidas, transferencias ilícitas, hurtos y demás, perpetrados luego de su entrada en vigor, conduciría a despojar de efectos prácticos todo el sistema internacional de reclamaciones. A pesar de que los bienes arqueológicos poseen un valor cultural intrínseco, no obstante, sólo hasta el año 1930 fue cuando se hizo manifiesta la adopción de tratados y leyes en muchos países para la protección del patrimonio cultural.

El concepto de patrimonio cultural corresponde a un joven proceso de construcción histórica relacionado con la preocupación de la humanidad por salvaguardar bienes provenientes de los antepasados “*pater; patris*”. La preservación de estos objetos, monumentos, reliquias o artefactos que han sido legados por un grupo, una tribu o una nación, contiene valores inmateriales insustituibles que contribuyen de manera significativa en la definición de los rasgos identitarios y las tradiciones de una comunidad humana. Por eso, el interés de toda la comunidad de naciones en la preservación del patrimonio cultural, a través de procesos culturales y educativos que logren garantizar a futuras generaciones el conocimiento de su pasado (memoria histórica).

Una de las primeras acciones originadas en el marco del derecho internacional público encaminada a la protección del patrimonio cultural fue el Pacto Roerich sobre Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos adoptado en Washington el 15 de abril de 1935, del cual es depositaria la Organización de Estados Americano y fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 36 de 1936 “*Por la cual se aprueba el Pacto Roerich para la protección de las Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos*”.

El enfoque adoptado por el Pacto es el de la primacía de la defensa de la cultura y de los bienes culturales sobre la defensa militar y surgió de la preocupación causada por los efectos devastadores de la guerra sobre la cultura y el mundo del arte. Por esta razón, su objeto consiste en adoptar medidas dirigidas a preservar los museos, los monumentos históricos, científicos, artísticos, educativos e instituciones culturales, de propiedad nacional y particular, que forman el patrimonio cultural de los pueblos.

Del mismo modo, mediante la Ley 14 de 1936 el Congreso de la República de Colombia autorizó al ejecutivo a adherirse al Tratado sobre la Protección de Muebles de Valor Histórico, acordado en el seno de la Unión Panamericana en Washington, el 15 de abril de 1935. Por virtud de dicho tratado, las partes contratantes se comprometieron a adoptar medidas de cooperación e implementar controles para la protección y conservación de los monumentos, muebles precolombinos, coloniales y de la época de la

emancipación y formación de las repúblicas de cada uno de los Estados¹⁴⁴ parte.

En la misma dinámica generada por la preocupación de proteger los bienes culturales de interés histórico, artístico y arqueológico, se expidió la Ley 163 de 1959 “*por la cual se dictan medidas sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la Nación*”, así como su Decreto reglamentario 264 del 12 de febrero de 1963. Con la adopción de esta ley, se logró una definición más precisa del concepto “*patrimonio cultural*”, al incluir el elemento de pertenencia a la Nación, toda vez que fueron declarados como patrimonio histórico: los monumentos, las tumbas prehispánicas y demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las investigaciones paleontológicas, y que se hayan conservado sobre la superficie o en el subsuelo nacional.

En ese contexto, el artículo 4° de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 1° de la Ley 1185 de 2008 establece que:

“El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.”

Del mismo modo, el artículo 6° de la Ley 397 de 1997 modificado por el artículo 3° de la Ley 1185 de 2008 dispone que “*Son bienes integrantes del patrimonio arqueológico aquellos muebles o inmuebles que sean originarios de culturas desaparecidas, o que pertenezcan a la época colonial, así como los restos humanos y orgánicos relacionados con esas*

¹⁴⁴ Información disponible en la página de Internet de la Cancillería de Colombia, vínculo, http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/99ed3_OEA%20TRATADO%20VALOR%20HISTORICO-1935.pdf

culturas. Igualmente, forman parte de dicho patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes.”

c. El principio de autodeterminación de los pueblos indígenas es una norma imperativa

En derecho internacional existe una jerarquía normativa, en el sentido de que determinadas normas sobre las cuales se edifica el orden público internacional, no pueden ser desconocidas por normas convencionales, consuetudinarias o actos jurídicos internacionales, es decir, son superiores a éstas. De allí que únicamente pueden ser modificadas por disposiciones de igual naturaleza (art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Las normas de derecho internacional imperativo, despliegan sus efectos jurídicos en dos momentos diferentes, a saber: (i) Si contrariando lo previsto en la norma imperativa se adopta una disposición convencional, consuetudinaria o un acto jurídico unilateral, aquélla será nula, y (ii) Una norma convencional, consuetudinaria o un acto jurídico unilateral, podrán devenir nulos, por la aparición de una nueva disposición internacional imperativa (*superveniens*).

En la actualidad, el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas es una norma imperativa. La Corte Internacional de Justicia de La Haya, en su dictamen consultivo del 9 de julio de 2004, en el *asunto de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado palestino*, sostuvo que: “el derecho de los pueblos a su autodeterminación es oponible con efectos *erga omnes*”¹⁴⁵.

Tomando en cuenta que para 1893 no existían normas imperativas internacionales relacionadas con la protección del patrimonio cultural de los pueblos, la Corte considera que el acto jurídico unilateral de entrega de la Colección Quimbaya, debe analizarse a la luz del principio de contemporaneidad.

¹⁴⁵ Corte Internacional de Justicia de La Haya, dictamen consultivo del 9 de julio de 2004, *asunto de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado palestino*.

En ese sentido, dada la evolución normativa que a lo largo del Siglo XX conoció la legalidad internacional en materias tales como: (i) derechos de los pueblos indígenas; y (ii) protección patrimonio cultural (derecho fundamental de tercera generación) el acto jurídico unilateral desconoce normas de derecho internacional imperativo, de conformidad con la doctrina del derecho inter-temporal.

d. Un caso similar: restitución de piezas arqueológicas de Machu Picchu

La restitución de las piezas arqueológicas de Machu Picchu a Perú, aunque entregadas en calidad de préstamo y devueltos bajo el mecanismo de un Memorando de Entendimiento entre las partes, (no es producto de una decisión judicial), indica que el transcurso del tiempo no puede constituirse en obstáculo para que un Estado se oponga a la restitución de bienes culturales, cuando medien razones jurídicas y sociológicas válidas para elevar la reclamación de restitución.

No puede perderse de vista las similitudes existentes entre el caso de las piezas arqueológicas de Machu Picchu y la Colección Quimbaya, no sólo en razón de la época en que esos bienes culturales salieron de sus países de origen, Perú y Colombia respectivamente, hace 100 años en el primer caso y 122 años en el segundo caso. Las dos circunstancias son similares también respecto de la modalidad en que ambas colecciones de piezas arqueológicas fueron sacadas de sus países de origen. Las piezas arqueológicas de Machu Picchu fueron enviadas en 1912 en calidad de préstamo a la Universidad de Yale, mientras que las 122 piezas de la Colección Quimbaya fueron entregadas por el Estado colombiano con el único y exclusivo fin de ser exhibidas en Madrid durante las celebraciones del Cuarto Centenario del Descubrimiento de América de 1892, para ser devueltas posteriormente a Colombia. Pero el ex Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino, una vez que las 122 piezas se encontraban en exhibición en la ciudad de Madrid (España), las dio en 'obsequio' a la Reina Regente de España, unilateralmente y sin autorización del Congreso de la República.

La restitución de las piezas arqueológicas de Machu Picchu a Perú, le permite a la Corte destacar algunos aspectos que deben ser tenidos en

cuenta : (i) La República del Perú y la Universidad de Yale celebraron un Memorando de Entendimiento, fechado el 23 de noviembre de 2010, en virtud del cual "...la Universidad de Yale ("Yale") ha decidido volver (sic) al Perú las piezas que fueron excavadas por Hiram Bingham III en Machu Picchu que han sido conservados y mantenidos en el Museo Peabody de Historia Natural en la Universidad de Yale durante el siglo pasado"¹⁴⁶ ; (ii) El 3 de marzo de 2011, de conformidad con lo estipulado en el Memorando de Entendimiento firmado con el Gobierno del Perú el 23 de noviembre de 2010, la Universidad de Yale envió el primer embarque de su colección de piezas de Machu Picchu al Perú: "La celebración que hoy se lleva a cabo en la ciudad de Lima es reflejo de la gran importancia que tiene Machu Picchu para el pueblo y el patrimonio del Perú", dijo Richard Burger, profesor de Yale, quien viajó al Perú para hacer la devolución de las reliquias. "Yale se complace en ser parte del acuerdo que nos ha encaminado a este día histórico"¹⁴⁷. "; (iii) El proceso de devolución de las piezas de Machu Picchu al Perú por parte de la Universidad de Yale, se ha cumplido a cabalidad, según se desprende de declaraciones oficiales del Ministerio de Cultura del Perú quien hizo entrega de las piezas a los habitantes de la ciudad de Cuzco.

El Memorando de Entendimiento del 23 de noviembre de 2010 celebrado entre la Universidad de Yale y la República del Perú, demuestra que la cooperación internacional comporta un medio eficaz para la restitución de bienes culturales. Tanto así que en el caso de las piezas arqueológicas de Machu Picchu, las partes acordaron la creación del Centro Internacional para el Estudio de Machu Picchu y la Cultura Inca con la cooperación de la Universidad de Yale y la Universidad de Cuzco .

Del mismo modo, se observa la actitud proactiva de ese país suramericano para la reclamación de su patrimonio cultural exhibido en otros países. En septiembre de 2013, Perú logró la repatriación de cuarenta piezas

¹⁴⁶ "Memorándum de Entendimiento, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco- la Universidad de Yale, Memorándum de Entendimiento Con respecto a UNSAAC- la Universidad de Yale, Centro Internacional para el Estudio de Machu Picchu y la Cultura Inca", Comunicado en, UNSAAC-Universidad de Yale – Centro Internacional para el Estudio de Machu Picchu y la Cultura Inca, disponible en el sitio de Internet, <http://opac.yale.edu/peru/espanol/mou.html>

¹⁴⁷ "Comunicado de la Universidad de Yale" en UNSAAC-Universidad de Yale – Centro Internacional para el Estudio de Machu Picchu y la Cultura Inca, disponible en el sitio de Internet, http://opac.yale.edu/peru/espanol/statement_033011.html

correspondientes a un lote exhibido en la Exposición Iberoamericana realizada en Sevilla (España) en 1929, que incluía piezas procedentes de las excavaciones arqueológicas en los valles de Nasca, Ica y Pisco, como también la devolución de piezas arqueológicas de la cultura peruana por parte de Australia, sustraídas de territorio peruano hacía 84 años. Con lo cual, se confirma, también, que el tiempo transcurrido no es óbice para la restitución o devolución de bienes culturales.

A modo de conclusión, conforme lo demuestra el caso de devolución de las piezas arqueológicas de Machu Picchu a Perú, es claro que el derecho internacional no hace condicionamientos en cuanto a límites de tiempo para que los Estados soliciten la restitución, devolución o repatriación de bienes culturales.

- e. Conclusión: el acto de entrega de la Colección Quimbaya debe examinarse no con base en el derecho internacional vigente a la época (principio de contemporaneidad), sino en la actualidad (doctrina del derecho inter-temporal)**

La Corte Constitucional, tomando en consideración que la doctrina del derecho inter-temporal conduce a examinar la validez de un acto jurídico unilateral a la luz del derecho vigente, se concluye que en el estado actual del derecho internacional, los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. Correlativamente, los Estados deben adoptar medidas para obtener la restitución de los bienes culturales indígenas que actualmente se encuentren en otro Estado.

6. Análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias

Por lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es oportuno recordar que por virtud de la Sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, que habilitaron su

interposición contra providencias judiciales. En esa oportunidad esta Corporación se fundamentó en que dichas disposiciones desconocían las reglas de competencia fijadas en la Constitución Política, con lo cual se afectaba el principio de seguridad jurídica. No obstante, en esa misma providencia se dijo:

“(…) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...)”.

A partir de esta consideración y con base en una interpretación sistemática de la Carta Política, la Corte Constitucional en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, precisó las circunstancias en que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, bajo el concepto de defectos o vías de hecho, eventos que fueron adquiriendo rasgos a partir de la casuística en sede de revisión de las acciones de tutela.

En la Sentencia C-590 de 2005 originada en la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 185 de la Ley 906 de 2004 que estableció la improcedencia de recursos o acciones contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal, fueron compendiadas las causales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, al tenor de la consideración que se transcribe a continuación:

“La acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, la tutela contra

sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho.”

Esta postura ha sido reiterada¹⁴⁸ por la jurisprudencia constitucional, de tal manera que para la procedencia de una acción de tutela contra providencias judiciales, además de los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991, deben concurrir las condiciones generales que se exponen a continuación:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.”¹⁴⁹

Una vez que se verifican las condiciones generales, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales está supeditada a que se

¹⁴⁸ Véanse, entre otras, las sentencias C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-462 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-343 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

presente una o varios de las causales específicas sistematizadas por la jurisprudencia, a saber:

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

- i. Violación directa de la Constitución.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ Ibidem.

A la luz de lo anterior, para que proceda una acción de tutela contra providencias judiciales se requiere: (i) el cumplimiento de los requisitos previstos en el Decreto 2591 de 1991, (ii) que se cumplan las condiciones generales de procedencia, y (iii) al menos una de las causales específicas de procedibilidad, sistematizadas por la jurisprudencia constitucional. Lo anterior deberá verificarse a efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela objeto de estudio.

6.1. Revisión eventual de sentencias de las acciones populares por el Consejo de Estado

A los juzgados contencioso administrativos del circuito¹⁵¹ creados por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, se les asignó el conocimiento de las acciones populares y de grupo instauradas contra entidades del Estado, correspondiéndole, en consecuencia, a los tribunales administrativos la segunda instancia de dicho procedimiento constitucional. El artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 36 A¹⁵² de la Ley 270 de 1996, con el propósito de que el Consejo de Estado, en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa determine los parámetros jurisprudenciales para la interpretación y protección de los derechos colectivos, dispuso de un mecanismo de revisión de las acciones populares y de grupo.

Precisamente, en sede de revisión de las acciones populares, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha resaltado la importancia de proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación:

“Del anterior recuento normativo se desprende que el deber del Estado, en relación con la protección de los bienes que conforman el patrimonio cultural, se extiende del ámbito nacional al territorial e incluye a todas las autoridades que el legislador ha previsto que participen en la formulación de los programas de manejo y conservación de los bienes de interés cultural,

¹⁵¹ Artículo 42 Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”. Su funcionamiento inició a partir de año 2006.

¹⁵² “Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia”.

entre las cuales se encuentran principalmente el Ministerio de Cultura y las entidades territoriales... De ahí que no le asista razón al Ministerio de Cultura al invocar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, cuando es clara la responsabilidad que le concierne frente al manejo de los bienes de interés cultural de carácter nacional, responsabilidad que se extiende también a los entes territoriales, a quienes corresponde tomar las medidas necesarias para la protección del patrimonio cultural de su jurisdicción.”¹⁵³

Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵⁴ en innumerables decisiones ha señalado que el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación es un derecho colectivo protegido a través de las acciones populares, al conocer la acción popular mediante la cual se pretende activar los mecanismos para la repatriación de las 122 piezas de la Cultura Quimbaya, en dos oportunidades dicha Corporación decidió no acceder a la instancia de revisión. Debido a lo anterior, tales decisiones fueron objeto de la acción de tutela contra providencias judiciales que ahora es objeto de estudio por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

6.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos de procedencia en el caso concreto

Sobre las condiciones generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena encuentra que: (i) evidentemente se trata de un asunto que reviste relevancia constitucional, toda vez que en el presente trámite se debe determinar si la autoridad judicial accionada, vulneró el derecho fundamental al debido proceso, cuando revocó la sentencia mediante la cual fueron amparados los derechos colectivos de los colombianos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, conculcados con la entrega de 122 piezas del patrimonio arqueológico de la cultura Quimbaya efectuada por el

¹⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Diez (10) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01459-01(AP).

¹⁵⁴ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Seis (6) de diciembre de dos mil uno (2001) Radicación número: 25000-23-24-000-1998-0416-01(6571) Radicación número: 1548 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Diecinueve (19) de febrero de dos mil cuatro (2004). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil cinco (2005). REF: Expediente núm.27001-23-31-000-2004-00089-01. Acción Popular.

Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino a la Reina de España en el año 1893; (ii) con la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado de no seleccionar para revisión la acción popular instaurada por el señor Felipe Rincón Salgado contra la Nación, se agotaron todos los medios de defensa judicial al alcance del accionante, ya que no existen recursos contra tal decisión (subsidiariedad); (iii) la acción de tutela fue interpuesta en un término razonable, en tanto que la providencia de la Sección Primera del Consejo de Estado por medio de la cual confirmó la decisión de no seleccionar para revisión la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se profirió el 7 de julio de 2011 y la acción de tutela fue instaurada el 7 de diciembre del mismo año, es decir, trascurrieron seis meses desde el momento en que se adoptó la decisión y se interpuso la correspondiente acción de tutela contra providencia de acción popular (inmediatez); (iv) el accionante identificó claramente los hechos objeto de reclamación constitucional, y por último; (v) no se trata de una acción de tutela contra tutela.

En lo concerniente al requisito de subsidiariedad, la Corte hace énfasis, de una parte, que contra la providencia del 17 de septiembre de 2011 proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no procede recurso alguno, por lo que la acción de tutela resulta procedente por este aspecto. Y, de otra, ante la oportunidad de revisar la acción popular objeto de estudio, la Sala Plena observa que en dos oportunidades el Consejo de Estado no accedió a la revisión, por lo que fue atacada vía acción de tutela contra providencias judiciales.

6.3. Examen de los defectos alegados por el accionante

Para que esta Corporación determine si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en los defectos alegados, es necesario recapitular lo demandado en acción popular, así como el contenido de las providencias judiciales objeto de reclamación.

El accionante solicitó en sede de acción popular: “*Amparar los derechos colectivos de los colombianos a la moralidad administrativa, proteger la integridad del patrimonio público, vulnerados por la donación*”¹⁵⁵. Las

¹⁵⁵ Cuaderno 1, folio 567.

entidades accionadas se opusieron, con fundamento en que la categoría jurídica patrimonio arqueológico no estaba vigente para la época de la entrega del Tesoro Quimbaya al Reino de España. Esta noción, sostienen las accionadas, sólo empezaría a formarse a partir de la expedición de la Ley 103 de 1931 que declaró de utilidad pública los monumentos y objetos arqueológicos de cualquier sitio de la Nación¹⁵⁶, de la Ley 163 de 1959 que declaró patrimonio histórico y artístico nacional los monumentos, tumbas prehispanicas¹⁵⁷ y de la Ley 63 de 1986 por la cual se aprobó la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, suscrita en París el 17 de noviembre de 1970.

El Juez 23 Administrativo del Circuito que conoció de la causa, sostuvo que la Constitución y la ley protegen el patrimonio de la colectividad de violaciones actuales o inminentes, por lo que consideró *“irrelevante, para los efectos de la presente acción constitucional, cualquier apellido que se le ponga al Patrimonio del Estado, por cuanto debe precisarse, que las 122 piezas de oro perteneciente a la cultura Quimbaya, son parte del Patrimonio Estatal, o Patrimonio Público, o como se denominaba en la Constitución de 1.886, Bienes de la Unión.”*¹⁵⁸ Para tal efecto, se apoyó en el texto del Artículo 4º de la Constitución Nacional de 1886 que establecía que los bienes de la Unión pertenecen a la Nación soberana¹⁵⁹, así como en el Artículo 674 del Código Civil¹⁶⁰, vigente para la época de los hechos, el cual define los bienes de la Unión como aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

¹⁵⁶ Ley 103 de 1931. *“Por la cual se fomenta la conservación de los monumentos arqueológicos de San Agustín”*

¹⁵⁷ Ley 163 de 1959. *“Por la cual se dictan medidas sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la Nación.”*

¹⁵⁸ Cuaderno 3, folio 267.

¹⁵⁹ Constitución Política de Colombia (1886). Artículo 4: *“El Territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación [...]”*

¹⁶⁰ Código Civil (Ley 57 de 1887) *“Bienes públicos y de uso público. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”.*

El Juez Veintitrés Administrativo de Bogotá consideró que, de acuerdo con el contrato de compraventa¹⁶¹ por el cual Fabio Lozano Torrijos entregó en venta al Gobierno de la República de Colombia¹⁶² las 433 piezas del Tesoro Quimbaya, de las cuales 122 fueron entregadas al Reino de España, en aquel momento formaban parte del patrimonio público¹⁶³.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la decisión de manera contradictoria, al reconocer que el acto de entrega de la Colección Quimbaya constituyó una violación de la Constitución de 1886 y, simultáneamente, declaró que *“la consagración positiva de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público, solo fue consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991.”*¹⁶⁴

Del mismo modo, el Tribunal administrativo señaló que, si bien la acción popular no está sujeta a un término de caducidad, pues se puede interponer mientras subsista la amenaza o el peligro al derecho o interés colectivo, sólo puede interponerse desde la fecha en que la Constitución y la ley reconocen ciertos derechos como “colectivos”, lo que excluye los hechos u omisiones ocurridos con anterioridad a la fecha de su reconocimiento positivo en el ordenamiento jurídico colombiano. Para tal efecto, citó la Sentencia SU-881 de 2005 de la Corte Constitucional y la providencia del 5 de febrero de 2004 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, concluyendo que las normas de carácter sustancial de la Ley 472 de 1998 sólo pueden aplicarse a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

En cuanto a los derechos colectivos invocados en la demanda, el Tribunal Administrativo abordó el análisis de los mismos a la luz de la Constitución Política de 1991, precisando que es a partir de ese cuerpo constitucional que el constituyente les dio reconocimiento. En consecuencia, la vía procesal contemplada en la Ley 472 de 1998 se aplica a los hechos violatorios de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la

¹⁶¹“El gobierno pagará a Lozano J. Por valor de la mencionada colección, setenta mil pesos (\$70.000) en moneda corriente, de contado transfiriéndose por el mismo hecho al gobierno la propiedad de aquella colección de objetos para que pueda disponer de ella como a bien lo tenga.”

¹⁶² Representado en el acto por sus funcionarios Marco Fidel Suarez y Carlos Uribe.

¹⁶³ Cuaderno 1, folio 606. Remite a los folios 33 y 34 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁶⁴ Folio 70 de la sentencia, en el foliado efectuado por el Tribunal.

protección del patrimonio público, sucedidos en vigencia de ésta, toda vez que mientras estuvo en vigor la Constitución de 1886 los derechos a la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público, no habían sido definidos por la ley como derechos de tipo colectivo.

En relación con la permanencia del daño en el tiempo, el Tribunal Administrativo se fundamentó en las Sentencias T-293 de 1998, T-372 de 2000 y T-446 de 2007, proferidas por la Corte Constitucional, así como la figura jurídica de la donación, a la cual le atribuye el carácter de acuerdo de voluntades de ejecución instantánea: *“de manera que el daño patrimonial queda consumado en el mismo momento en que el donante transfiere el dominio del bien a favor del donatario, de manera que el mismo no tiene la condición de permanente. Tampoco es cierto que la acción vulnerante del derecho colectivo invocado por el actor permanezca en el tiempo, por dos razones: la primera, porque a la fecha del negocio jurídico no existía norma alguna que definida (sic) a la moral administrativa o la protección del patrimonio público como derecho colectivo; y, la segunda, por cuanto el concepto de acción vulnerante se refiere a la permanencia en el tiempo de las causas generadoras de la vulneración de los derechos colectivos.”*¹⁶⁵

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, actuando en condición de juez de la acción popular en segunda instancia, revocó en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá y, consecuentemente, declaró la improcedencia de dicho mecanismo.

Respecto al análisis de los defectos alegados por el demandante, es preciso recordar que el fundamento normativo de las causales de procedibilidad contra providencias judiciales, encuentra sustento en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política relativos al derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, los cuales a su vez, establecen el principio de legalidad, el derecho de defensa y de contradicción, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.

¹⁶⁵ Cuaderno 5, folio 235.

A continuación la Sala Plena analizará cada uno de los defectos invocados por el accionante:

6.3.1. Defecto fáctico

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que la configuración del defecto fáctico se presenta cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva. Esto es, cuando el funcionario judicial: (i) deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o (iii) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales. En esa medida, lo que corresponde al juez constitucional es evaluar si en el ámbito de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la realidad probatoria del proceso.

De manera concreta, el defecto fáctico alude la existencia de problemas de hecho y de apreciación probatoria. En palabras de esta Corporación:

"El defecto fáctico, según ha estipulado la jurisprudencia de la Corte, es un error relacionado con asuntos probatorios, que tiene dos dimensiones. Una dimensión negativa, que se produce por omisiones del juez, como por ejemplo, (i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso;¹⁶⁶ (ii) por decidir sin el "apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión";¹⁶⁷ (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo.¹⁶⁸ Y una dimensión positiva, que tiene lugar por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido

¹⁶⁶ "En la Sentencia T-442 de 1994, la Corte concedió la tutela contra una sentencia, porque en ella el juez "ignoró, sin motivo serio alguno, la realidad probatoria objetiva que mostraba el proceso", siendo que, de haberla tenido en cuenta, razonablemente se habría tenido que tomar una decisión diferente."

¹⁶⁷ "Véase la citada Sentencia C-590 de 2005. Se refiere específicamente a fallar sin las pruebas suficientes."

¹⁶⁸ "La Corte en la Sentencia T-417 de 2008, tuteló los derechos fundamentales de la peticionaria, que habían sido violados por providencias judiciales que omitieron decretar de oficio una prueba pericial, en un supuesto en que estaban habilitados por la ley."

de la decisión;¹⁶⁹ o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición y legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia."¹⁷⁰

Sobre las modalidades del defecto fáctico, la Corte Constitucional en Sentencia T-781 de 2011 se pronunció en los siguientes términos:

“...[H]a identificado, dos dimensiones del defecto fáctico: una dimensión negativa y una positiva. La primera tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la dimensión positiva, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) **o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión.** (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Al respecto, es preciso recordar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró que *“para la Sala, es claro que el propósito de análisis de la validez del contrato de donación celebrado con un gobierno extranjero, escapa a la competencia del juez popular, pues hoy, dicha atribución es propia de la Corte Constitucional.”*¹⁷¹

A partir de lo anterior, si bien no se puede inferir que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurriera en su fallo de acción popular en un defecto fáctico, al dar por probado un contrato de donación entre Colombia y España, -pues se trata de un asunto de apreciación probatoria que se rige bajo reglas de sana crítica judicial-, de conformidad con las consideraciones generales de esta providencia, en el derecho interno

¹⁶⁹ “En la Sentencia SU-159 de 2002 la Corte no concedió la tutela contra una sentencia penal, porque la prueba ilícitamente obtenida no era la única muestra de culpabilidad del condenado. Pero consideró que había un defecto fáctico cuando el juez ‘aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.)’.”

¹⁷⁰ En la Sentencia T-1082 de 2007, prosperó una tutela contra providencia judicial, porque había declarado la existencia de un contrato de arrendamiento partiendo de una prueba que no era aceptada por la ley como conducente para esos efectos.

¹⁷¹ Folio 83 del foliado del Tribunal.

colombiano se descarta la existencia de un contrato de donación, pues es evidente la carencia de los elementos y requisitos esenciales que lo pudieran formar. Adicionalmente, desde la perspectiva del derecho internacional público, tampoco podía darse por probada la existencia de un contrato de donación “*celebrado con un gobierno extranjero*”, por la elemental razón que los Estados no celebran entre sí contratos de derecho privado, sino tratados internacionales. En otras palabras, la entrega de un bien por un Estado a otro, suele ser objeto de un tratado internacional o, como sucedió en el caso concreto, un acto jurídico unilateral.

6.3.2. Defecto sustantivo

En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en torno al defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁷². Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente¹⁷³, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia¹⁷⁴, (c) es inexistente¹⁷⁵, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución¹⁷⁶, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador¹⁷⁷; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable¹⁷⁸ o “*la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes*”¹⁷⁹ o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de

¹⁷² Al respecto, entre otras, pueden consultarse las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-295 de 2005, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001 M.P, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005 M.P, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-064 de 2010, T-161 de 2010 y, T-257 de 2010.

¹⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-189 de 2005.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2004.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-800 de 2006.

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002.

¹⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos *erga omnes*¹⁸⁰, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva¹⁸¹ o contraria a la Constitución¹⁸²; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “*para un fin no previsto en la disposición*”¹⁸³; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso¹⁸⁴ o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto¹⁸⁵.

En el caso concreto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostuvo que la “donación” realizada por el Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino al Gobierno Español de las 122 piezas de oro, pertenecientes a la Colección Quimbaya, si bien fue contraria a la Constitución vigente para la época¹⁸⁶, simultáneamente, señaló que la Ley 472 de 1998 resultaba inaplicable.

El accionante afirma que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en defecto sustantivo, al dejar de aplicar la Ley 472 de 1998 a la resolución de la reclamación vía acción popular para la restitución de las referidas 122 piezas de la cultura Quimbaya que se encuentra en Madrid (España).

La Ley 472 de 1998 dispone que la acción popular procede “*contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos*”¹⁸⁷ y

¹⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-814 de 1999, T-462 de 2003, T-1244 de 2004, T-462 de 2003 y T-1060 de 2009.

¹⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia T-018 de 2008.

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2007.

¹⁸³ Corte Constitucional, T-231 de 1994. Dijo la Corte: “*La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)...”.*

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2004.

¹⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2005, T-1216 de 2005, T-298 de 2008 y T-066 de 2009.

¹⁸⁶ Folio 84 de la sentencia.

¹⁸⁷ Ley 472 de 1998, artículo 9.

que “*podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o el peligro al derecho e interés colectivo.*”¹⁸⁸

Con respecto a la aplicación de la Ley 472 de 1998 a asuntos ocurridos con anterioridad a la expedición de dicha normatividad, cuyos efectos se mantienen en el tiempo, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, estas disposiciones no sólo regulan amenazas o violaciones a derechos e intereses colectivos ocurridos después de su entrada en vigor, sino que, además, cobijan las posibles vulneraciones en el tiempo. Es por esto que se pueden demandar los hechos que hayan quebrantado los derechos o intereses colectivos con anterioridad a su vigencia, cuando tales hechos permanezcan en el tiempo. Se trata de la aplicación de normas constitucionales y legales para hacer cesar situaciones que están en curso.

Conforme a lo expuesto en las consideraciones generales de esta providencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado han sentado precedentes claros en el sentido de que las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos y que las mismas podrán promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la Ley 472 de 1998.

A pesar de la contradicción en la que incurre el fallador de la acción popular en segunda instancia, la Corte considera que no incurrió en el defecto sustantivo alegado, toda vez que la aplicación retrospectiva de la Ley 472 de 1998 para la protección de derechos colectivos como el patrimonio cultural, concierne a un asunto de interpretación judicial que requiere una comprensión sistemática en conjunto con varias normas constitucionales. Es decir, que como las leyes por regla general rigen a futuro, su aplicación diversa en el tiempo no constituye *per se* un defecto sustantivo.

¹⁸⁸ Ley 472 de 1998, artículo 11.

6.3.3. Violación directa de la Constitución

La Corte Constitucional encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su providencia, vulneró diversas disposiciones de rango superior, debido a su inaplicación al momento de resolver el caso concreto.

En este punto del análisis, conviene recordar que la Colección Quimbaya fue adquirida por el Estado colombiano en virtud de contrato de compra venta de una colección de objetos de oro, celebrado en Bogotá el 20 de agosto de 1891, entre el Estado colombiano como comprador y el Señor Fabio Lozano Torrijos, vendedor.

En 1892, la Colección Quimbaya fue enviada por el Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino, según mensaje enviado a las Cámaras Legislativas, con el doble propósito de que Colombia concurreniera a la Exposición de Madrid de ese año y de obsequiarla al Gobierno español para un museo de su capital, *“como obra de arte y reliquia de una civilización muerta, de valor inapreciable”*.

En el año 1893, el Señor Julio Betancourt, Ministro Plenipotenciario de Colombia en España hizo entrega material de la Colección Quimbaya a la Reina Regente del Reino de España, María Cristina de Habsburgo-Lorena, *“enviada por el Gobierno como obsequio a España”*. Frente a lo cual, se debe resaltar un aspecto relevante, a saber, la unilateralidad del acto de entrega de la Colección Quimbaya, pues del acervo probatorio resulta que el ex Presidente Carlos Holguín Mallarino nunca solicitó, ni se previó de autorización alguna por parte del Congreso de Colombia para hacer la entrega de dicha colección a España.

La entrega del denominado Tesoro Quimbaya, integrado por 122 piezas de *“la colección más completa y rica de objetos de oro que habrá en América, muestra del mayor grado de adelanto que alcanzaron los primitivos moradores de nuestra patria”*, como lo indicó el ex Presidente Carlos Holguín Mallarino en su Mensaje al Congreso el 22 de julio de 1892, desconoció el ordenamiento jurídico y, consecuente, el derecho de dominio que ostenta la Nación, al no obtener la autorización expresa del Congreso de la República, de conformidad con los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 76.11 de la Constitución Política

de Colombia de 1886, que imponía autorización del Congreso, cuando se tratase de enajenar bienes nacionales, así como los artículos 76.18 y 120.10 que exigían someter a la voluntad del Congreso de 1892 la aprobación de los convenios o acuerdos que el Gobierno celebrase con otros Estados.

Frente a la permanencia de la situación fáctica en el tiempo, del material probatorio se desprende que las 122 piezas continúan en el Museo de América que está ubicado en la ciudad de Madrid (España) y que con el acto de entrega efectuado por el Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino a la Reina de España operó un modo, pero no un título. De allí que la titularidad de dichos bienes públicos, arqueológicos y culturales aún es de la República de Colombia y, en tal sentido, no se debe hablar de transferencia sino de mera entrega.

De la entrega da cuenta el Diario Oficial Número 8868 del 22 de julio de 1892, documento de difusión que constituye prueba de la publicidad del mensaje del Presidente de la República (e) Carlos Holguín Mallarino, en el cual informó: *“Se ha enviado a Madrid la colección más completa y rica en objetos de oro que habrá en América, muestra del mayor grado de adelanto que alcanzaron los primitivos moradores de nuestra patria. La hice comprar con ánimo de exhibirla en las exposiciones de Madrid y Chicago y obsequiársela al gobierno español para un museo de su capital, como testimonio de nuestro agradecimiento por el gran trabajo que se tomó en el estudio de nuestra cuestión de límites con Venezuela y la liberalidad con que hizo todos los gastos que tal estudio requería. Como obra de arte y reliquia de una civilización muerta, esta colección es de un valor inapreciable.”*¹⁸⁹

Es precisamente por esto que al resolver la controversia en acción popular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inaplicó varias disposiciones de rango superior que ordenan al Estado la protección constitucional del patrimonio cultural y arqueológico de la Nación.

El artículo 8° de la Constitución establece el deber del Estado de proteger los bienes culturales de la Nación, en concordancia con el numeral 8° del artículo 95, que le ordena a todos los colombianos proteger los recursos

¹⁸⁹ Cuaderno 1, folio 260. Diario Oficial No. 8868 del 22 de julio de 1892.

culturales del país, y el artículo 102 Constitucional que instituye el territorio con los bienes públicos que de él forman parte como pertenecientes a la Nación.

De manera específica, el artículo 63¹⁹⁰ de la Constitución Política de 1991 dispone que los bienes que componen dicho patrimonio, son inalienables, inembargables e imprescriptibles. El texto de la norma superior en cita es del siguiente tenor:

“ARTICULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

En sintonía con ello, el artículo 72 de la Carta Política dispone que el patrimonio arqueológico y cultural esta bajo la protección del Estado:

“ARTICULO 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.”

El medio de control idóneo para la protección de estos derechos de tipo colectivo son las acciones populares previstas en el artículo 88 de la Constitución:

“ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

¹⁹⁰ Reglamentado por la Ley 1675 de 2013.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció directamente la Constitución al no aplicar las normas superiores que ordenan la protección del patrimonio cultural, puesto que la Carta fundamental de 1991 elevó a rango constitucional la protección del patrimonio cultural y arqueológico de la Nación, por lo que el ordenamiento constitucional actualmente vigente impone al Estado y a los ciudadanos la obligación de protección de las riquezas culturales de la Nación, categoría en la cual está incluida la Colección Quimbaya.

El patrimonio cultural es el legado que los seres humanos recibimos de los ancestros y que se transmite a las generaciones futuras. Está conformado por los bienes que la historia ha dejado a una nación a los que la sociedad les otorga una especial connotación científica, simbólica, sociológica, etc. En términos extremadamente simples, es la herencia recibida de los antepasados y que se convierte en el testimonio de su existencia, de su visión de mundo, de sus formas de vida y de su manera de ser.

La descomposición etimológica del concepto, es útil en la comprensión que requiere el asunto sometido a estudio de la Corte. El término “patrimonio” proviene del latín “*patrimonium*”, que se refiere a los bienes heredados de generación en generación. Por su parte, el concepto “cultura” tiene origen en la actividad económica de la agricultura, puntualmente, en el verbo rector cultivar, como manifestación de actos susceptibles de ser aprendidos, cultivados y transmitidos a otros. La idea común que se tiene sobre “la tradición” es que procede del término del latín “*tradere*”, o sea lo que viene transmitido del pasado y que está dado por el conjunto de conocimientos que cada generación entrega a la siguiente.

En este contexto, el patrimonio cultural reviste dos categorías específicas, a saber: el patrimonio cultural tangible que comprende los objetos arqueológicos, históricos, artísticos, etnográficos, tecnológicos, religiosos

y aquellos de origen artesanal o folklórico que constituyen colecciones importantes para las ciencias, la historia del arte y la conservación de la diversidad cultural de un país. Entre estos cabe destacar, de una parte, las obras de arte, libros, manuscritos, documentos, artefactos históricos, grabaciones, fotografías, películas, documentos audiovisuales, artesanías y otros objetos de carácter arqueológico, histórico, científico y artístico. Y, de otra, el patrimonio cultural intangible¹⁹¹ que está constituido por aquella parte invisible, que se encuentra en el espíritu mismo de los pueblos y que no se limita a las creaciones materiales. Esta noción de lo inmaterial versa sobre el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que, más allá de los bienes materiales, comprende el “*modus vivendi*”, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias de cada comunidad humana.

Sobre este último aspecto, el pasado es una expresión cultural susceptible de múltiples visiones, una de las cuales es la que produce la arqueología, como “ritual”, en la que los emisores de unas costumbres establecen los gestos, el comportamiento, las circunstancias, las manifestaciones y todos los signos que deben acompañar y preservar sus descendientes.

El patrimonio cultural es la herencia propia del pasado de una comunidad y que se transmite a las generaciones presentes y futuras para asegurar la identidad de los pueblos. Por esto, al identificar y clasificar determinados bienes como relevantes para la cultura de un pueblo, de una región o de toda la humanidad, se debe velar por la salvaguarda y la protección de los mismos, de forma tal que sean preservados debidamente para las generaciones futuras y que puedan ser objeto de estudio y fuente de experiencia e inspiración para todos aquellos que de alguna manera desciendan de sus creadores. Esta forma de patrimonio que no es individual, se transmite de generación en generación, mediante actos propiciados por las comunidades en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, para infundir un sentimiento de identidad y

¹⁹¹ La UNESCO aprobó, el 17 de octubre de 2003, la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial,⁴ que definió que: “*Se entiende por patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.*”

continuidad basado en el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

A luz de esta concepción, el patrimonio cultural ha sido desarrollado como un derecho de tercera generación, cuyo sujeto activo no es la persona individualmente considerada, como ocurre con los de primera generación, o que dependa del rol social, como en los de segunda generación, sino por integrar un grupo humano, una nación, o ser parte de toda la humanidad. Para ello, se deben tener en cuenta las personas como integrantes de una comunidad con conciencia de identidad colectiva, esto es la identidad nacional y cultural.

En función de esta categoría normativa, la Sala Plena encuentra que las 122 piezas de la Colección Quimbaya que aún se encuentran en el Museo de América de Madrid (España), hacen parte del legado que la cultura Quimbaya quiso transmitir a sus descendientes en el territorio que ocuparon. Esto es la población colombiana y, en especial, los 102 pueblos indígenas que habitan el territorio colombiano y que aún conservan sus usos, hábitos, tradiciones y costumbres.

Para la Corte este aspecto es el más relevante de todos los examinados, ya que los verdaderos herederos de la Colección Quimbaya son todos los habitantes del territorio colombiano y, en especial, los pueblos indígenas que aún se encuentran en el territorio en el que esas formidables piezas culturales fueron creadas y, por tal razón, es un deber ineludible del Estado colombiano procurar su restitución a su lugar de origen.

En efecto, la Constitución Política consagra un conjunto de disposiciones dirigidas a otorgar un especial reconocimiento y protección a todas las etnias y culturas que habitan el territorio colombiano, en condiciones de igualdad y respetando sus diferencias¹⁹².

La concepción holística de la Constitución Política de 1991 dispone de un amplio espectro de derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas, básicamente: el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); el

¹⁹² Corte Constitucional, sentencia C-359 de 2013.

derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (C.P., artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios¹⁹³. Por vía bloque de constitucionalidad, las disposiciones superiores que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, deben ser interpretadas de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial, para el caso concreto, el Convenio 169 de la OIT.

La protección de las expresiones culturales se debe a que los pueblos corren el riesgo de perder sus rasgos identitarios cuando olvidan su historia. La Colección Quimbaya es parte de la historia colombiana, de los padres fundadores de la primera Nación indígena que habitó el actual territorio de la República, hoy representada en la población y en más de cien grupos étnicos colombianos dispersos en el territorio nacional que preservan los usos, las tradiciones, el lenguaje y las costumbres de los orfebres que confeccionaron las 122 piezas que se encuentran en España. Así lo expresó en audiencia pública el representante de la Organización Nacional Indígena de Colombia, al refutar el acto de entrega señalando que contrario a lo expresado por el Presidente Holguín “*como obra de arte y reliquia de una civilización muerta, de valor inapreciable*”, la civilización de los pueblos indígenas no está muerta, pues aún vive en el territorio colombiano y, por eso, las 122 piezas Quimbayas deben ser repatriadas para que continúen transmitiendo a las generaciones colombianas el invaluable legado que culturalmente les es inherente.

A la luz de lo expuesto, la Corte encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante, al no dar aplicación a los artículos 63, 72 y 88 de la Carta Política en el trámite de la acción popular para la restitución de las 122 piezas de orfebrería Quimbaya que se encuentra en Madrid (España), y, por consiguiente, el Estado a través del Presidente de la República quien lo representa internacionalmente, tiene la responsabilidad de activar todos los procedimientos que el derecho nacional e internacional ofrecen con el

¹⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-063 de 2010

fin de repatriarlas a su lugar de origen para que formen parte de la identidad y la cultura de cada uno de los colombianos.

En virtud de lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional revocará la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A que, en su momento, rechazó por improcedente la acción de tutela y, en su lugar, amparará el derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el Tribunal que en segunda instancia conoció de la acción popular mediante la cual se solicitó al Estado realizar todas las gestiones necesarias tendientes a la repatriación del denominado “Tesoro Quimbaya”.

En su lugar, la Corte confirmará de manera parcial la providencia del 4 de septiembre de 2009, proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, actuando como juez popular.

Al modificar la orden dada por el juez popular y con el fin de enfrentar la inacción de las autoridades públicas, la Corte es enfática en cuanto a que el Presidente de la República en el ámbito de la discrecionalidad que constitucionalmente le asiste como Jefe de Estado (Art. 189.2 C.P.) y en ejercicio de sus competencias, hará sus mejores esfuerzos, determinará el cronograma y activará los instrumentos de derecho nacional e internacional necesarios para lograr la repatriación de las 122 piezas que forman parte del patrimonio cultural de Colombia, conocidas con la denominación “Tesoro Quimbaya” que hoy en día se encuentran en permanente exposición en el Museo de América de Madrid (Reino de España). Las circunstancias de tiempo y modo de la repatriación, así como los medios para obtenerla, quedan dentro del amplio margen de acción que tiene el Presidente de la República como supremo director de las relaciones internacionales.

En cuanto a los demás defectos alegados por el accionante (procedimental, decisión sin motivación y desconocimiento del precedente judicial), la Corte encuentra que estos no se configuraron, conforme al análisis realizado en precedencia.

7. Reconocimiento del incentivo económico en las acciones populares

En el Capítulo XI de la Ley 472 de 1998 el legislador estableció el reconocimiento de incentivos económicos a los actores populares. De manera precisa, el artículo 39 preveía el reconocimiento de incentivos entre 10 y 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del actor popular, mientras que el artículo 40 disponía que para acciones populares generadas en la violación de la moral administrativa, el demandante tenía derecho a recibir el 15% del valor recuperado por la respectiva entidad.

Como es sabido, la Ley 1425 de 2010 derogó el incentivo de que trataban las disposiciones referidas, con lo cual, las acciones populares no permiten reconocimientos económicos por su interposición.

Teniendo en cuenta que la demanda de acción popular que dio lugar a la interposición de acción de tutela contra providencia judicial ahora en revisión, fue presentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1425 de 2010, la Corte debe analizar si es posible reconocer al actor popular el incentivo económico que estaba previsto en la Ley 472 de 1998.

Al respecto, el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha zanjado la discusión, al declarar la improcedencia del reconocimiento y pago del incentivo, aun tratándose de acciones presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1425 de 2010. Esto por cuanto se daría aplicación ultra activa a disposiciones no vigentes en la actualidad, y se contrariarían normas de rango legal expedidas con posterioridad. En palabras de la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa:

“...[P]or virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico y, con ello, la posibilidad legal de seguir reconociéndolo dentro de las decisiones judiciales en aquellos asuntos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425, al margen de si los

preceptos legales que preveían tal premio a favor del actor popular correspondían, o no, a normas de naturaleza sustantiva o procesal”¹⁹⁴.

De acuerdo con lo anterior, en aplicación de los precedentes de unificación del organismo de cierre de las acciones populares, para la Corte es claro que independientemente del momento en que se hubiese presentado el impulso de la acción popular para reclamar la repatriación de la Colección Quimbaya, no hay lugar al reconocimiento por incentivo económico.

8. Análisis de la existencia de vías diplomáticas y judiciales para obtener la repatriación de la Colección Quimbaya

Establecida la ocurrencia de un defecto por desconocimiento directo de la Constitución por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al no haber aplicado los artículos 63, 72 y 88 de la Constitución, al trámite de la acción popular interpuesta para la repatriación de la Colección Quimbaya, entregada por el Presidente (e) Carlos Holguín a la Reina Regente de España María Cristina Lorena Hasburgo, resta a la Corte analizar la existencia de vías diplomáticas y judiciales, encaminadas a obtener la repatriación del referido bien cultural.

8.1. Medios de arreglo no judiciales

Una controversia internacional es “*un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas entre dos personas*”, tal y como lo sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (1924).

Cuando quiera que se presente una controversia entre dos o más Estados, existe una obligación internacional, en los términos del artículo 2 de la Carta de la ONU, de buscar un mecanismo de arreglo pacífico a sus diferencias. Para ello, las Partes gozan de una amplia libertad de elección de medios, en los términos de la jurisprudencia sentada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del Estatuto de Carelia Oriental (1923), precedente que fue seguido por la Corte Internacional de

¹⁹⁴ Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 3 de septiembre de 2013. (01566-01).

Justicia de La Haya en el caso relativo a la interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (1950) y en el asunto Ambatielos (1953).

La doctrina suele clasificar los medios de arreglo de controversias en políticos (negociación directa, buenos oficios, mediación y conciliación) y jurisdiccionales (arbitraje y arreglo judicial)¹⁹⁵.

Los métodos políticos ofrecen las siguientes ventajas: (i) la controversia puede solucionarse al margen del derecho positivo; y (ii) la solución alcanzada se torna obligatoria para las Partes.¹⁹⁶

Dentro de los métodos de solución políticos, las partes pueden elegir intentar solucionar su controversia directamente, o acudiendo a un tercero (buenos oficios, mediación o conciliación).

Los mecanismos jurisdiccionales implican la intervención de un tercero, previo consentimiento de las Partes y: (i) la disputa se resuelve con base en el derecho positivo aplicable al caso concreto; y (ii) el fallo es definitivo y vinculante.¹⁹⁷

Algunos ejemplos históricos de repatriación de bienes culturales, vía diplomática que la Corte considera pertinentes para el análisis del presente caso, son los siguientes:

8.1.1. Abril de 2008: Restitución por parte de Siria de antigüedades robadas en Iraq. Siria devolvió a Iraq unas 700 piezas de antigüedades, incluidas monedas de oro y joyas, que habían sido robadas después de la intervención de los EE UU.

8.1.2. Abril de 2008: Francia restituye más de 260 piezas arqueológicas robadas en Burkina Faso. Francia devolvió a Burkina Faso 262 piezas arqueológicas robadas que habían sido incautadas a fines de 2007 por las aduanas francesas en el puerto de Rouen. Las obras, robadas por una pareja de franceses, constan de 231 fragmentos de alfarería, 8 piezas de alfarería

¹⁹⁵ Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 830.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 831.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

completas, 17 objetos de piedra y 6 de bronce. Podrían datar de 1000 a 1.300 años antes de la era cristiana.

8.1.3. Abril de 2008: Reliquias culturales exportadas ilegalmente a Dinamarca fueron devueltas a China. De conformidad con la Convención de la UNESCO de 1970, el gobierno chino había pedido al tribunal local danés la restitución de estas 156 reliquias culturales. Estas datan de un período comprendido entre 2000 a. de. C. y la Dinastía Ming (1368-1644). La recuperación de estos objetos demuestra la determinación del gobierno chino por encontrar los objetos que han salido ilícitamente del país.

8.1.4. Febrero de 2008: Restitución de Grecia al Museo de Buthrote (Albania) de dos estatuas. Dos estatuas de mármol que representan a Artemisa y Apolo fueron devueltas al Museo de Buthrote, donde habían sido robadas en los años 90.

8.1.5. Enero de 2008: Restitución de los EE UU a Argelia del busto de Marco Aurelio. El Departamento Estadounidense del Ministerio del Interior procedió a la devolución de los mármoles del busto del emperador romano robado, junto con otras ocho piezas arqueológicas, al museo de Skikda en 1996.

8.1.6. Diciembre de 2007: Un tribunal de EE UU ordena a una baronesa alemana la restitución de un cuadro procedente de la expoliación nazi. El Tribunal de Distrito de Rhode Island emitió un fallo favorable a las universidades de Concordia y McGill en Montreal y la Universidad Hebrea de Jerusalén en el pleito que las oponía a la baronesa von Morsey Pickard. El retorno de La joven Sabina de Winterhalter, que había sido adquirido por su suegro en 1937 en la venta forzosa de la colección del galerista judío Max Stern, es una decisión importante en la búsqueda de los bienes judíos expoliados por el Tercer Reich.

8.1.7. Octubre de 2007: Repatriación de un centenar de objetos antiguos de Alemania a Grecia. 94 objetos del Neolítico (figuritas, sellos, herramientas y frascos), robados en 1985 en Larisa, fueron repatriados a Grecia por Alemania. Septiembre de 2007: Restitución por la Universidad de Yale (EE UU) al Perú de piezas arqueológicas de Machu Picchu Tras casi diez años de negociación, un acuerdo entre el Estado peruano y el

Departamento de Arqueología de la Universidad de Yale permitió el retorno de más de 350 objetos de piedra, metal y cerámica y miles de fragmentos.

8.1.8. Agosto de 2007: Retorno al Perú de 18 piezas arqueológicas encontradas en Alemania Esculturas de cerámica, objetos de materia orgánica y una máscara funeraria de cobre fueron devueltos al Perú. El éxito de esta repatriación es el resultado de una estrecha colaboración entre el Instituto Nacional de Cultura y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

8.1.9. Agosto de 2007: Acuerdo para la restitución por el Getty Museum (EE UU) a Italia de cuarenta piezas arqueológicas. En un protocolo firmado por el director del Museo y el Ministro del Patrimonio Cultural de Italia, el Getty se ha comprometido a restituir a Italia La Venus de Morgantina y otras 39 piezas de gran valor arqueológico (jarrones, ánforas, fragmentos de frescos, etc.) adquiridas ilegalmente.

8.1.10. Junio de 2007: Restitución de Suiza a Grecia de una antigua escultura. Un torso de mármol procedente de Gortyne, robado en Creta en 1991 y que figuraba en la lista de bienes culturales robados de Interpol, fue repatriado de Suiza a Grecia.

8.1.11. Junio de 2007: Acuerdo para la restitución de Italia a Pakistán de un centenar de objetos. Italia decidió restituir 96 objetos de antigüedades que datan de 3.300 a 1.800 años a. de. C. (vasijas, monedas, placas, etc.) procedentes del tráfico ilícito.

8.1.12. Junio de 2007: Restitución por los EE UU a Kenya de dos estatuas conocidas por el nombre de vigango, expuestas hasta ahora en el Museo del Estado de Illinois y en la Universidad Hampton, fueron devueltas al pueblo de Kenya donde habían sido robadas en 1985.

8.1.13. Abril de 2007: Proclamación de la restitución de Italia a Libia de la Venus de Cirene. Italia, donde estuvo durante casi un siglo la estatua de mármol blanco, acuerda su restitución a Libia, que la reclamaba desde 1989.

8.1.14. Marzo de 2007: Restitución a Afganistán de 1.400 objetos conservados en Suiza. Unos 400 objetos etnográficos y arqueológicos afganos, conservados desde 1999 en el Museo en el exilio de Afganistán (Bubendorf, Suiza) bajo los auspicios de la UNESCO, fueron devueltos el 16 de marzo al Museo Nacional de Afganistán en Kabul. Véase el comunicado de prensa y la galería de fotos.

8.1.15. Diciembre de 2006: Decisión adoptada por el Museo J. Paul Getty de Los Ángeles de restituir objetos de arte a Grecia. El Museo Getty decidió devolver una corona funeraria helenística de oro y una korê (estatua de una muchacha). En virtud de un acuerdo amistoso, el Getty ya había devuelto a Grecia en mayo de 2006 un bajorrelieve de la isla de Tassos que data del siglo VI a. de. C y una estela beocia del siglo IV a. de. C. Tras las acusaciones de que era objeto su política de adquisición, el Getty anunció la adopción de una política más estricta, adecuando de su reglamentación a los principios de la Convención de la UNESCO de 1970.

8.1.16. Septiembre de 2006: Acuerdo para la restitución de objetos por el Museo de Bellas Artes de Boston a Italia. El Museo de Bellas Artes llegó a un acuerdo amistoso con Italia con vistas a la devolución de 13 objetos, incluyendo una estatua de mármol de la emperatriz Sabina que data de 136 d. de. C y jarrones antiguos.

8.1.17. Septiembre de 2006: Restitución de Alemania a Grecia de un fragmento del Partenón. La Universidad de Heidelberg entregó al Ministro de Cultura de Grecia una pequeña pieza de mármol esculpida que representa un pie. Se trata del primer fragmento de las esculturas del Partenón que regresa a Grecia desde que los coleccionistas se llevaron, hace unos 200 años, importantes partes de este monumento. Es de notar que la pieza fue devuelta en virtud de un acuerdo amistoso.

8.1.18. Febrero de 2006: Acuerdo de restitución por el Metropolitan Museum (EE UU) a Italia de la crátera de Eufonio. Corrigiendo la posición mantenida durante largos años, el Met decidió devolver a Italia un antiguo jarrón griego de 2.500 años que está considerado como uno de

los más bellos del mundo. Asimismo, la cratera del pintor griego Eufronio fue devuelta a Italia en enero de 2008¹⁹⁸.

Estos ejemplos permiten a la Corte concluir que el Estado colombiano sí dispone de diversas vías diplomáticas, previstas por el derecho internacional público y que están encaminadas a obtener la repatriación de la Colección Quimbaya.

8.2. Mecanismos de la UNESCO

Uno de los instrumentos internacionales más importantes para la protección del patrimonio cultural es la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, adoptada en París el 14 de noviembre de 1970, en vigencia desde el 24 de abril de 1972, ratificada por Colombia mediante Ley 63 de 1986 y por España desde el 10 de enero de 1986¹⁹⁹.

Dicha Convención reconoce a los Estados parte un patrimonio cultural integrado, entre otras categorías por *“los bienes culturales recibidos a título gratuito o adquiridos legalmente con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes”*²⁰⁰, lo cual implica que cuando algunos bienes culturales recibidos a título gratuito o adquiridos por un Estado sin el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen aquéllos, según esa convención internacional, no pasan a integrar el patrimonio cultural del Estado que los ha recibido en tales condiciones.

Del mismo modo, crea mecanismos de intervención por parte de funcionarios de la UNESCO para asesoría y apoyo a los Estados, tanto reclamantes como objeto de la reclamación en los procesos de restitución de bienes culturales.

¹⁹⁸ <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.ph>

¹⁹⁹ Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales. París, 14 de noviembre de 1970 Información disponible en el Portal de la UNESCO, Instrumentos Normativos <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=S&order=alpha>

²⁰⁰ Artículo 4° Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales.

Al respecto, en 1978 la UNESCO creó el “Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita”, integrado por “22 Estados Miembros de la UNESCO, elegidos por la Conferencia General en sus reuniones ordinarias, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de lograr una distribución geográfica equitativa y una rotación apropiada, así como la representatividad de esos Estados desde el punto de vista de la contribución que puedan aportar a la restitución y al retorno de los bienes culturales a sus países de origen”.

La principal atribución del Comité, según sus Estatutos, es la siguiente:

“**Artículo 4.** Investigar los medios y procedimientos para facilitar las negociaciones bilaterales con miras a la restitución o al retorno de los bienes culturales a sus países de origen cuando esas negociaciones se realicen de conformidad con las condiciones estipuladas en el Artículo 9. A este respecto, el Comité podrá asimismo presentar a los Estados Miembros interesados propuestas dirigidas a facilitar la mediación y la conciliación, en el entendimiento de que la mediación supone la intervención de una parte exterior para reunir a las partes en una controversia y ayudarlas a encontrar una solución; a su vez, conciliación significa que las partes interesadas aceptan someter su conflicto a un órgano constituido, a fin de que lo examine y se esfuerce por alcanzar un acuerdo, siempre que toda financiación adicional necesaria provenga de fuentes extrapresupuestarias.

El Comité podrá establecer un reglamento adecuado para el ejercicio de las funciones de mediación y conciliación. El resultado del proceso de mediación no debe ser vinculante para los Estados Miembros que intervengan en él; por consiguiente, si mediante él no se resuelve una cuestión, quedará pendiente ante el Comité, como cualquier otra cuestión no resuelta que se le hubiere sometido”.

En 1986 el Comité, elaboró un “Formulario base para las Solicitudes de Retorno o de Devolución”, texto en el cual se aclara, de entrada, que antes de acudir ante él, los Estados involucrados han de haber iniciado un procedimiento de arreglo diplomático:

“Este formulario ha sido concebido por el Comité intergubernamental con el fin de permitirle la promoción de negociaciones bilaterales en relación con el retorno o la restitución de bienes culturales. Queda claro entonces que sólo se puede recurrir a él en caso de confrontarse con negociaciones y entabladas que no avanzan de manera satisfactoria”.

Una vez el Estado reclamante acuda ante el Comité, su Secretaría “transmitirá el documento al país demandado (poseedor relacionado). El país demandado (poseedor) utilizará este formulario para contestar a la demanda y lo tiene que devolver al Secretariado en el plazo de un año a partir de la fecha de recepción”.

Tratándose de la restitución de colecciones, en el texto del formulario se aclara lo siguiente:

“Sírvasse tomar nota de que a cada formulario corresponde un solo objeto. No se puede interferir con información respecto de más de un objeto a la vez. Cuando se trata de una solicitud respecto de una colección completa de objetos, para el propósito del presente formulario se entiende que la colección se considerará como una unidad, es decir como “un objeto”.

De igual manera, el Estado reclamante debe aportarle al Comité información relacionada con: (i) descripción del objeto; (ii) estado de conservación; (iii) requerimientos de conservación; (iv) referencias y documentación; (v) ubicación actual; y (vi) significado para el Estado reclamante y para el país que lo retiene.

En texto del formulario de reclamación hay un literal importante para la resolución del caso concreto relativo al modo en que el bien cultural fue entregado y que por su pertinencia se resalta a continuación:

“A.10. **Cómo el objeto fue adquirido por una institución del país que lo retiene por ahora.** Se proporcionará información sobre cómo se adquirió. Por ejemplo, mediante compra, **donación**, intercambio, **préstamo**, excavación arqueológica, importación temporal por razones científicas, adquisición ilícita, ocupación colonial o extranjera, etc”.

Adviértase que el Comité Intergubernamental, al momento de confeccionar el texto del formulario-tipo de reclamación de bienes culturales, interpreta el Convenio de la UNESCO de 1970, en el sentido de comprender los supuestos de préstamos y donaciones, tal y como sucedió en el caso concreto.

En derecho internacional público es usual que los órganos creados en virtud de un tratado internacional - como este caso sucede con el Comité Intergubernamental- interpreten válidamente el contenido de aquél. Así por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha considerado que la Asamblea General²⁰¹ y el Consejo de Seguridad²⁰², son competentes para interpretar el sentido y alcance de algunas disposiciones de la Carta Constitutiva de la ONU. En el mismo sentido, en su dictamen consultivo del 8 de julio de 1996, el Tribunal Internacional estimó que la Asamblea mundial de la salud es competente para interpretar el texto del tratado internacional mediante el cual se creó la Organización Mundial de la Salud O.M.S. En otras palabras, en los términos de la jurisprudencia constante de la Corte Internacional de Justicia, los órganos creados en virtud de un instrumento internacional gozan de la facultad de interpretarlo, tal y como hizo el Comité Intergubernamental de la UNESCO, en relación con las cláusulas del Convenio de 1970.

Adicionalmente, como se ha explicado, la Convención de la UNESCO de 1970 debe ser interpretada a la luz del *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En cuanto los logros alcanzados por la labor del Comité Intergubernamental, se encuentran los siguientes:

8.2.1. En 1983, Italia devolvió a Ecuador más de 12.000 objetos precolombinos. El caso se resolvió después de siete años de litigio. El apoyo moral del Comité fue reconocido por las autoridades ecuatorianas como un factor determinante en el éxito de su causa.

8.2.2. En virtud de un intercambio y de una solicitud posterior presentada por Jordania en 1983 al Comité Intergubernamental, el Museo de Arte de

²⁰¹ Corte Internacional de Justicia, *asunto de la admisión a las Naciones Unidas*, 1950, p. 8.

²⁰² Corte Internacional de Justicia, *asunto de ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, p. 159.

Cincinnati (EE UU) y el Departamento de Antigüedades en Ammán (Jordania) decidieron en 1986 intercambiar los moldes de las partes respectivas del Disco en gres de Tyche y del zodiaco, que estaban en su posesión, para presentar la obra en su totalidad. Este caso fue resuelto por mediación.

8.2.3. En 1987 la República Democrática de Alemania devolvió a Turquía 7.000 tablillas de escritura cuneiforme de Bogazköy. El caso fue resuelto por el retorno directo de los objetos en cuestión.

8.2.4. En 1988, EE UU devolvió a Tailandia el dintel Phra Narai. El caso fue resuelto por mediación.

8.2.5. El Comité también supervisó el retorno al museo de Corinto, Grecia, de 271 objetos que estaban en posesión de EE UU. Actualmente, hay otro caso en suspenso (concierno a Irán y Bélgica en el caso de la devolución de objetos arqueológicos de la Necrópolis de Khurvin).

8.2.6. A raíz del acuerdo bilateral relativo al caso *sui generis* de la Esfinge de Boğazköy a que se llegó en mayo de 2011, la Esfinge fue llevada a Turquía el 27 julio 2011. La ceremonia oficial de entrega tuvo lugar el 26 de noviembre de 2011 en el Museo de Boğazköy, en Çorum, en presencia del Ministro de Cultura y Turismo, y del Embajador de Alemania en Turquía. Actualmente, la Esfinge de Boğazköy está expuesta en el Museo de Boğazköy en Çorum. El acuerdo bilateral prevé asimismo la intensificación de la cooperación entre los dos países en la esfera de los museos y la arqueología”.

En conclusión, existe una instancia internacional especializada en el trámite de las reclamaciones sobre patrimonio cultural, organización de la cual hace parte Colombia y España, ante la cual es posible acudir, con miras a obtener la repatriación de la Colección Quimbaya.

8.3. Justicia española

Más allá de las vías diplomáticas y de acudir ante el Comité Intergubernamental de la UNESCO, los Estados se encuentran facultados

para demandar la repatriación de un bien cultural ante la justicia del Estado que lo retiene.

Al respecto, en el Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, expresamente señala:

“**Artículo 5.** Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente”.

9. Órdenes a impartir

Dada la complejidad que ofrece el presente asunto, la Corte Constitucional confirmará de manera parcial la providencia judicial proferida por el Juez 23 Administrativo del Circuito de Bogotá del 4 de septiembre de 2009, y modificará algunas ordenes destinadas a buscar la repatriación de la Colección Quimbaya.

La Sala Plena de la Corte Constitucional revocará la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A de la Sección Segunda que, en su momento, rechazó por improcedente la acción de tutela y, en su lugar, amparará el derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el Tribunal que en segunda instancia conoció de la acción popular mediante la cual se solicitó al Estado realizar todas las gestiones necesarias tendientes a la repatriación del denominado “Tesoro Quimbaya”. Por consiguiente, dejará sin efectos la sentencia del 17 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A de la Sección Primera, en el trámite de la acción popular y, en su lugar, confirmará parcialmente la providencia del 4 de septiembre de 2009, proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, actuando como juez popular.

Al modificar la orden dada por el juez popular y con el fin de enfrentar la inacción de las autoridades públicas, la Corte precisa que el Presidente de la República en el ámbito de la discrecionalidad que constitucionalmente le asiste como Jefe de Estado (Art. 189.2 C.P.) y en ejercicio de sus competencias, hará sus mejores esfuerzos, determinará el cronograma y

activará los instrumentos de derecho nacional e internacional necesarios para lograr la repatriación de las 122 piezas que forman parte del patrimonio cultural de Colombia, conocidas con la denominación “Tesoro Quimbaya” que hoy en día se encuentran en permanente exposición en el Museo de América de Madrid (Reino de España). Las circunstancias de tiempo y modo de la repatriación, así como los medios para obtenerla, quedan dentro del amplio margen de acción que tiene el Presidente de la República como supremo director de las relaciones internacionales.

9.1. Puesta en marcha de mecanismos diplomáticos de arreglo pacífico de controversias

Visto que el derecho internacional público ofrece una amplia variedad de mecanismos pacíficos de solución de controversias, a partir de la ejecutoria del fallo dentro de la discrecionalidad que constitucionalmente le asiste, el Presidente de la República llevará a cabo todas las labores diplomáticas que estime más convenientes ante el Estado español, con miras a lograr la repatriación de la Colección Quimbaya (arreglo directo, buenos oficios, etcétera).

9.2. Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita” de la UNESCO

Entre las medidas a disposición del Presidente de la República se encuentra acudir ante el Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita” de la UNESCO. Lo anterior tomando en cuenta que el referido Comité sólo examina una solicitud de reclamación, cuando quiera que las Partes comprometidas no han alcanzado un arreglo amistoso

9.3. Vías judiciales

De no llegar a alcanzarse un acuerdo en el seno del Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita de la UNESCO, el Presidente de la República podrá demandar ante la justicia española la repatriación de la Colección Quimbaya.

10. Síntesis

10.1. Antecedentes procesales y contenido de la petición de amparo

El ciudadano Felipe Rincón Salgado formuló acción de tutela contra la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Primera del Consejo de Estado por considerar que le fue vulnerado el derecho fundamental al debido proceso dentro de la acción popular promovida contra La Nación (Presidencia de la República, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Ministerio de Relaciones Exteriores, trámite al cual fue vinculado el Ministerio de Cultura). En dicho proceso, se pretende la protección de los derechos colectivos de los colombianos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, presuntamente conculcados con la entrega de 122 piezas del patrimonio arqueológico de la Colección Quimbaya a la Reina Regente de España, María Cristina de Habsburgo-Lorena, en el año 1893.

El proceso de acción popular, que cursó en el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, culminó con sentencia de primera instancia del 4 de septiembre de 2009, la cual ordenó amparar los derechos colectivos a la moralidad pública y al patrimonio público, invocados por el actor. La Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 17 de febrero de 2011, revocó en su totalidad el fallo proferido por el juez de primera instancia y, en su lugar, denegó la totalidad de las pretensiones al declarar la improcedencia de la acción popular, en consideración a que el actor no probó la existencia de la violación de los derechos colectivos en la fecha de ocurrencia de los hechos.

La Sección Primera del Consejo de Estado, como organismo de cierre, en providencia del 2 de junio de 2011, se abstuvo de seleccionar para revisión las precitadas providencias judiciales pronunciadas en desarrollo de la acción popular en mención.

Contra la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el ciudadano Felipe Rincón Salgado interpuso acción de tutela, por considerar que dicha autoridad judicial vulneró el derecho fundamental al

debido proceso, al incurrir en defecto procedimental, fáctico, sustantivo, decisión sin motivación, violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente judicial.

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de enero de 2012, rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Felipe Rincón Salgado, con fundamento en que las autoridades judiciales accionadas, al resolver la acción popular, no incurrieron en los defectos alegados y, por tanto, no se configuraron las causales específicas para su procedencia.

Cumplido el trámite del proceso de revisión de conformidad con lo dispuesto en los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, y tras escuchar en audiencia pública los argumentos expuestos por representantes de entidades del Estado, diversos expertos en patrimonio cultural, profesores de universidades nacionales e internacionales, directores de museos y organizaciones no gubernamentales, a esta Corporación judicial le correspondía determinar en sentencia de unificación si ¿procedía el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso, por la supuesta vulneración acaecida con ocasión de la decisión judicial que revocó la orden de protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público de los colombianos, en desarrollo de la acción popular promovida para la restitución del patrimonio cultural denominado “Tesoro Quimbaya”? En su ejercicio hermenéutico la Corte Constitucional llevó a cabo un examen en torno a la configuración de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales invocadas por el actor y efectivamente constató que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A de la Sección Primera, incurrió en una violación directa de la Constitución, al desconocer la obligación constitucional que le imponía aplicar al caso concreto los artículos 63, 72 y 88 de la Carta Política, relativos a la protección del patrimonio público y cultural, así como de los instrumentos jurídicos para su salvaguarda. A dicha resolución se arribó al verificar el problema jurídico en función de diversos ejes temáticos en derecho constitucional e internacional, a partir de los cuales esta Corporación concluyó que el patrimonio cultural es el legado ancestral que los habitantes de un territorio conservan como su fuente de memoria e identidad y, por tanto, constituye la esencia y razón de una Nación. En tal

sentido, la Corte consideró que la Constitución impone al Estado y a los ciudadanos el deber de proteger las riquezas culturales propias, categoría en la cual está inserta la colección de piezas Quimbaya que fue entregada a España en 1893.

10.2. Audiencia pública

En sesión realizada el día veintinueve (29) de octubre del año dos mil quince (2015), la Sala Plena de la Corporación decidió convocar una audiencia pública en el proceso de la referencia, con el fin de ampliar el debate y recibir información especializada para la adopción de la decisión a que hubiera lugar.

En cumplimiento de lo anterior, por Auto del 16 de diciembre de dos mil quince (2015), la Sala Plena de la Corte Constitucional, fijó como fecha de la audiencia pública el día veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016), a las ocho de la mañana (8:00 a.m.), en las instalaciones del Palacio de Justicia, Sala de Audiencias de la Corte Suprema de Justicia, con especial invitación a expertos, universidades, organizaciones y entidades públicas.

Las intervenciones giraron sobre los siguientes ejes temáticos principales:

- **Licitud del acto de entrega del tesoro Quimbaya, a la luz de la legislación colombiana vigente para 1893:** Las opiniones de los intervinientes se dividieron entre quienes (i) sostuvieron la ilicitud del referido acto, como quiera que el Presidente de la República (e), no contó con la previa autorización del Congreso²⁰³; y (ii) aquellos que sostuvieron que, para 1893, la Colección Quimbaya no era considerada como parte del patrimonio nacional.²⁰⁴
- **Licitud del acto de entrega del tesoro Quimbaya, de conformidad con el derecho internacional:** La entrega de la Colección Quimbaya configura un acto internacional ilícito, a la luz del artículo 23 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 11 de la

²⁰³ Fueron de tal opinión: Felipe Rincón Salgado (accionante), Enrique Gaviria Liévano, Gonzalo Castellanos, Antonio José Rengifo, la Academia de Historia del Quindío,

²⁰⁴ Opinión de la Cancillería colombiana.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁰⁵.

- **Régimen jurídico internacional aplicable al caso concreto:** La resolución del caso concreto exige aplicar de manera sistemática, normas internacionales: (i) sobre patrimonio cultural y (ii) derechos de los pueblos indígenas²⁰⁶.
- **Vigencia temporal de los efectos jurídicos del acto de entrega:** En relación con este tópico, las posturas fueron: (i) en la actualidad, persisten los efectos de la violación al patrimonio cultural de los pueblos indígenas²⁰⁷; (ii) se trata de un acto jurídico consumado²⁰⁸; (iii) se debe aplicar la teoría del derecho inter-temporal del derecho internacional público²⁰⁹
- **La importancia de la Colección Quimbaya para los pueblos indígenas colombianos:** Las principales posturas fueron: (i) existe un nexo entre los objetos que conforman la Colección Quimbaya y la identidad de los pueblos indígenas nacionales²¹⁰; (ii) el patrimonio histórico y cultural define a los pueblos, como manifestación viva de su carácter y dignidad²¹¹; (iii) se trata de una obra maestra de la orfebrería prehispánica²¹²; (iv) la Colección Quimbaya posibilita la relación ancestral de los pueblos indígenas con su pasado, usos y costumbres²¹³; (v) la Colección Quimbaya ofrece un altísimo valor espiritual y de conciencia histórica para los pueblos indígenas²¹⁴; (vi) el “tesoro Quimbaya” fue un elemento esencial para la vida de las comunidades indígenas que habitaron el valle medio del río Cauca hacia el año 600 AC²¹⁵

²⁰⁵ Intervención del profesor René Urueña, Universidad de Los Andes.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ Intervención de la Procuraduría General de la Nación.

²⁰⁸ Postura de la Cancillería colombiana.

²⁰⁹ Intervención del profesor René Urueña de la Universidad de Los Andes.

²¹⁰ Explicación acordada por el Ministerio de Cultura.

²¹¹ Intervención de la Procuraduría General de la Nación

²¹² Intervención de la Defensoría del Pueblo.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Intervención de Gabriel Mujuy Jacanamejoy

²¹⁵ Intervención de la Academia de Historia del Quindío.

- **Instrumentos internacionales aplicables al caso concreto:** En punto a la existencia de vías internacionales idóneas para lograr la repatriación de la Colección Quimbaya, las posturas fueron: (i) 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” (Convención UNESCO) y el “Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente” (Convenio UNIDROIT), en los cuales Colombia y España son Estados partes, no habían entrado en vigor al momento de los hechos objeto de demanda²¹⁶ (factor temporal) y tampoco resultan aplicables por cuanto las piezas de orfebrería no fueron robadas sino donadas (factor material); se trata de un acto jurídico unilateral internacional legítimo, y la única vía posible es la diplomática, ya que no existe ninguna jurídica; y (ii) existen vías jurídicas para lograr la repatriación, tales como la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y el Convenio sobre la Protección de las Instituciones Artísticas y Científicas²¹⁷; (iii) el Estado colombiano cuenta con numerosos instrumentos internacionales que permitirían la repatriación de la Colección Quimbaya²¹⁸, en especial, el Convenio UNIDROIT de 1995; (iv) más allá de los aspectos jurídicos, “España, al devolver la Colección a Colombia, estaría ejecutando un acto de construcción”²¹⁹; (v) el Estado colombiano dispone de varias vías para buscar la repatriación, tales como algunos mecanismos del derecho internacional privado, utilizar los instrumentos de solución de controversias existente en la UNESCO, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, o incluso acudir ante los Tribunales²²⁰ españoles²²¹.
- **Efectividad de los mecanismos internacionales vigentes en materia de restitución de patrimonio arqueológico y cultural:** A lo largo de la audiencia, varios intervinientes trajeron a colación ejemplos que denotan la eficacia de los mecanismos de la UNESCO

²¹⁶ Postura asumida por la Cancillería colombiana.

²¹⁷ Intervención de la Procuraduría General de la Nación.

²¹⁸ Intervención de la Defensoría del Pueblo.

²¹⁹ Intervención de Fernando Vicario Leal, Gestor Cultural de la Organización de Estados Iberoamericanos.

²²⁰ Intervención del profesor René Urueña.

²²¹ Intervención del profesor Lucas Lixinski de la Universidad de Nueva Gales del Sur.

en materia de restitución de patrimonio arqueológico y culturales: (i) en mayo de en mayo de 2010, el Museo Barbier-Mueller (Ginebra), restituyó a la República Unida de Tanzania una máscara Makondé. En sentido similar los Estados Unidos restituyeron a Tailandia el dintel Phra Narai, así como Italia restituyó a Ecuador más de 12.000 objetos precolombinos en 1983, todos estos casos resueltos gracias a la intervención mediadora del referido Comité²²²; (ii) el Comité de la UNESCO logró la devolución de la esfinge de Bogazkoy, de Alemania a Turquía²²³; (iii) a 2015, el Estado peruano cuenta con cuarenta (40) procesos pendientes destinados a recuperar su patrimonio arqueológico²²⁴

10.3. Metodología de resolución del caso concreto

La resolución del caso concreto, relacionado con la procedencia de una acción de tutela contra una providencia que puso término a una acción popular, destinada a proteger los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos, implicó el abordaje sistémico de complejas temáticas de derecho interno colombiano, especialmente constitucional, así como de derecho internacional del patrimonio arqueológico y de los derechos de los pueblos indígenas.

En relación con el ordenamiento jurídico colombiano, los problemas jurídicos analizados fueron los siguientes:

- Determinar la naturaleza jurídica de la Colección Quimbaya entregada por el Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino a la Reina Regente de España María Cristina Lorena Hasburgo, de acuerdo con la normatividad de la época y de conformidad con el ordenamiento jurídico actual.
- La actuación del Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino ¿fue contraria a la normatividad colombiana vigente en 1893? Lo anterior implicó examinar la entrega de bienes fiscales a otro Estado, sin autorización previa del Congreso de la República.

²²² Intervención del profesor Antonio José Rengifo.

²²³ Intervención de la experta Blanca Alba Guerrero

²²⁴ Intervención del profesor José Luis Socarras Pimienta.

- La Constitución de 1991 y la Ley 472 de 1998 ¿pueden ser aplicadas retrospectivamente a hechos que, si bien sucedieron en 1893 siguen produciendo efectos jurídicos?
- En términos de la actual Carta Política, ¿cuál es el contenido del deber constitucional, que tienen todas las autoridades públicas, en el sentido de respetar y proteger la integridad del patrimonio cultural?

En lo atinente al derecho internacional, los problemas jurídicos examinados fueron los siguientes:

- El desconocimiento de normas internas, ¿afecta la validez de un acto jurídico unilateral internacional?
- ¿Qué relaciones existen entre la consagración internacional de los derechos de los pueblos indígenas y la protección de sus bienes culturales?
- ¿Cuál es el marco normativo internacional que regula la restitución del patrimonio cultural?
- En materia de vigencia temporal de las normas internacionales sobre protección del patrimonio cultural ¿qué régimen jurídico se aplica? (retroactividad/ retrospectividad/ doctrina del derecho intertemporal).
- En la actualidad, tomando en consideración las particularidades del caso concreto, ¿existen mecanismos internacionales, diplomáticos o judiciales, que le permitan al Estado colombiano solicitarle a España la restitución de la Colección Quimbaya?

Por último, la Corte examinó algunos problemas jurídicos referidos a la procedencia del amparo en el caso concreto, más exactamente los siguientes:

- ¿Se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales?

- ¿se configuraron los defectos alegados por el peticionario?
- ¿Procedía en el caso concreto el incentivo económico para el actor popular?

10.4. Resolución de los problemas jurídicos de derecho interno

10.4.1. Naturaleza jurídica de la Colección Quimbaya (1893-1991)

En 1891 la Colección Quimbaya fue adquirida por el Gobierno Nacional a un particular, por un valor de \$70.000 pesos, con lo cual el bien ingresó al patrimonio público colombiano. En 1892, el Presidente (e) Carlos Holguín Mallarino le informó al Congreso de la República (Diario Oficial núm. 8868 del 22 de julio de 1892), que la Colección sería obsequiada al Gobierno español, para un museo de su capital, acto que se materializó con su entrega el 4 de mayo de 1893. De conformidad con la legislación vigente, para aquel momento la Colección Quimbaya era un bien fiscal. Hoy en día, bajo la actual Constitución, se trata de un bien cultural (art. 72) y, en consecuencia, inalienable, inembargable e imprescriptible. De esta manera, al entregarse a cualquier título las piezas que forman parte del patrimonio público y cultural de Colombia, se desconoció su naturaleza inalienable e inajenable y, por ende se infringió la Constitución.

10.4.2. Significado de la “Colección Quimbaya” para los pueblos indígenas colombianos

La Corte tuvo en cuenta que Colombia es una de las naciones en el mundo que con mayor vocación actúa como garante de los derechos fundamentales de quienes descienden directamente de los primeros habitantes del continente²²⁵ y que aún preservan su cultura, expresada en sus lenguajes, tradiciones, hábitos, normas, usos y costumbres.

²²⁵ El censo realizado en Colombia de los pueblos indígenas arrojó como resultado 87 pueblos, esto contrastado con cifras presentadas por las organizaciones que representan a estas comunidades, (ONIC) quienes afirman que existen 102 pueblos indígenas en Colombia, 18 de ellos en peligro de extinguirse. La población indígena total en Colombia se calcula en 1.378.884 personas (DANE, Censo General 2005), de ellas 933.800 se asientan en los 710 resguardos existentes. Fuente ACNUR.

Los Quimbaya fueron una etnia indígena precolombina que desarrolló una de las orfebrerías más avanzadas del mundo prehispánico. Sus obras más antiguas se remontan al 300-500²²⁶ d.c. Hacia el año 1530. Esta cultura estaba organizada alrededor de la llamada “Federación Quimbaya” que opuso una férrea resistencia a la colonización española y, por eso, continuó existiendo como grupo diferenciado al menos durante dos siglos más posteriores a la colonización. Sin embargo, la campaña sistemática de exterminio de la corona española hizo que desaparecieran como tribu hacia el año 1700. A pesar de lo anterior, aún permanecen en el territorio sus descendientes, estos son: los pueblos Embera Chamí, Embera Katío, Embera Dobida y los Quichuas.

Las comunidades que ancestralmente habitaron el territorio del Departamento del Quindío fueron, entre otros, los indígenas Pijaos, Carrapas y Quimbayas. Estos últimos fueron exterminados, y, si bien actualmente no existe la comunidad que elaboró la colección objeto de la *litis*, subsisten las comunidades indígenas que descienden de ésta, frente a las cuales el Estado tiene una responsabilidad que trasciende al mero reconocimiento, estando obligado a proteger sus expresiones culturales, entre las cuales se incluyen las lenguas, las costumbres y los objetos representativos de su cultura, como en efecto lo son las piezas de la Colección Quimbaya.

10.4.3. Acto de entrega de la Colección Quimbaya, a la luz de la Constitución de 1886

La Corte tuvo en cuenta que la anterior Constitución (art. 76.9), en materia de enajenación de bienes nacionales, disponía que ésta sólo podía tener lugar previa autorización del Congreso de la República. En el caso concreto, el Presidente de la República (e) se limitó a informarle a las Cámaras la entrega de un bien fiscal al Gobierno español. Adicionalmente, dado que el bien pasaría a manos de otro Estado, se requería la celebración de un tratado internacional, lo cual tampoco tuvo lugar. En conclusión: el acto de entrega de la Colección Quimbaya, si bien fue realizado por quien internacionalmente representaba al Estado colombiano, también lo es que se desconocieron varias disposiciones constitucionales fundamentales,

²²⁶ Ver Poporo Quimbaya.

relacionadas con la defensa del patrimonio público, el equilibrio y separación de poderes y los límites a las facultades del Jefe de Estado.

10.4.4. Análisis sobre la aplicación de la Constitución de 1991 y de la Ley 472 de 1998

En diversas oportunidades la Corte ha sostenido la aplicación de la Constitución de 1991 y de la Ley 472 de 1998 a situaciones surgidas con anterioridad a su vigencia, pero que continúan causando efectos en el tiempo. En el caso concreto, se trata de una situación que si bien tuvo lugar en 1893, sus efectos permanecen en el tiempo, dado que la Colección Quimbaya continúa bajo disposición del Estado Español en el Museo de América en Madrid (España).

La Ley 472 de 1998 dispone que la acción popular procede “*contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos*”²²⁷ y que “*podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o el peligro al derecho e interés colectivo.*”²²⁸ Con respecto a la aplicación de la Ley 472 de 1998 a asuntos ocurridos con anterioridad a la expedición de dicha normatividad y cuyos efectos se mantienen en el tiempo, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, estas disposiciones no sólo regulan amenazas o violaciones a derechos e intereses colectivos ocurridos después de su entrada en vigencia, sino que, además, cobijan las posibles vulneraciones en el tiempo. Es por esto que se pueden demandar los hechos que hayan quebrantado los derechos o intereses colectivos con anterioridad a su vigencia, cuando aquellos permanezcan en el tiempo. Se trata de la aplicación de normas constitucionales y legales para hacer cesar situaciones que están en curso.

10.4.5. Contenido actual del deber constitucional que tienen las autoridades públicas de proteger la integridad del patrimonio cultural

La obligación constitucional de proteger el patrimonio cultural se deriva de varias disposiciones de la Constitución Política de 1991. Principalmente en los artículos 8, 63, 70, 71, 72, 88, 95 y 102 se establecen deberes del

²²⁷ Ley 472 de 1998, artículo 9.

²²⁸ Ley 472 de 1998, artículo 11.

Estado colombiano y de las personas frente a la conservación de este tipo de bienes. En tal virtud, las autoridades públicas están en el deber constitucional de adoptar medidas eficaces encaminadas a lograr la repatriación de bienes culturales colombianos que se encuentren ubicados en otros Estados.

La Sala Plena encuentra que las 122 piezas de la Colección Quimbaya que se hallan en España, hacen parte del legado que la cultura Quimbaya quiso transmitir a sus descendientes en el territorio que ocuparon. Esto es los habitantes del territorio nacional y especialmente los 102 pueblos indígenas que habitan el territorio colombiano, que conservan sus usos, hábitos, tradiciones y costumbres.

Es deber constitucional de esta Corte garantizar la preservación en su territorio del legado de los pueblos indígenas para que sea transmitido a las generaciones futuras con el fin de materializar el derecho al patrimonio cultural.

10.4.6. Conclusiones sobre los problemas jurídicos de derecho interno colombiano

Los diversos problemas jurídicos de derecho interno colombiano, surgidos del examen del expediente y de los argumentos planteados durante la audiencia pública, fueron resueltos a través de la siguiente regla de decisión:

- **Contenido del deber constitucional que tienen las autoridades públicas de proteger y recuperar el patrimonio cultural colombiano:** En virtud de los artículos 8, 63, 70, 71, 72, 95 y 102 Superiores, las autoridades públicas colombianas se encuentran compelidas a activar todos los mecanismos diplomáticos y judiciales existentes, con miras a buscar la repatriación de la “Colección Quimbaya”.
- En su ejercicio hermenéutico la Corte Constitucional llevó a cabo un examen en torno a la configuración de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales invocadas por el actor y efectivamente constató que el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, Subsección A de la Sección Primera, incurrió en una violación directa de la Constitución, al desconocer la obligación constitucional que le imponía aplicar al caso concreto los artículos 63, 72 y 88 de la Carta Política, relativos a la protección del patrimonio público y cultural, así como de los instrumentos jurídicos para su salvaguarda. A dicha resolución se arribó al verificar el problema jurídico en función de diversos ejes temáticos en derecho constitucional e internacional, a partir de los cuales esta Corporación concluyó que el patrimonio cultural es el legado ancestral que los habitantes de un territorio conservan como su fuente de memoria e identidad y, por tanto, constituye la esencia y razón de una Nación. En tal sentido, la Constitución impone al Estado y a los ciudadanos el deber de proteger las riquezas culturales propias, categoría en la cual está inserta la colección de piezas Quimbaya que fue entregada a España en 1893.

10.5. Resolución de los problemas jurídicos de derecho internacional público

10.5.1. Afectación de la validez de un acto jurídico unilateral internacional (entrega de un bien cultural indígena), por violación manifiesta de normas esenciales del derecho constitucional colombiano

En derecho internacional público, la entrega de un bien, por parte de un Estado a otro, configura un acto jurídico unilateral (art. 38 del Estatuto de la CIJ). Su validez puede verse afectada cuando quiera que se hayan desconocido normas internas de importancia fundamental referentes a la competencia para realizarlos. En el caso concreto, si bien quien entregó la Colección Quimbaya representaba internacionalmente al Estado colombiano, carecía de competencia constitucional para realizarlo, dado que no contaba con la previa autorización del Congreso de la República. Tampoco se celebró un tratado internacional encaminado a formalizar la entrega del bien cultural.

10.5.2. Relaciones entre la protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas y la restitución de sus bienes culturales

En el estado actual del derecho internacional público, las normas convencionales que regulan la restitución de bienes culturales deben ser interpretadas sistemáticamente con el *corpus iuris* de la protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Lo anterior con base en la práctica desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de aplicar un método de interpretación extra sistémico. En tal sentido, el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas (derecho sustancial) y los procedimientos internacionales destinados a recuperar el patrimonio cultural deben acompasarse.

10.5.3. Ámbito de aplicación temporal de los tratados internacionales sobre protección del patrimonio cultural

En materia de aplicación temporal de los tratados internacionales, la regla general son los efectos hacia el futuro (Art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). No se trata, sin embargo, de un principio de carácter absoluto. De allí que la Corte Internacional de Justicia de La Haya y diversos Tribunales Internacionales de Arbitramento, hayan elaborado la doctrina del derecho inter-temporal²²⁹.

En virtud de esta teoría, un acto no debe ser examinada únicamente a la luz de la legalidad vigente al momento de su realización (principio de contemporaneidad), sino que la validez de aquél dependerá de la conservación de dicho marco normativo. En ese sentido, el acto puede devenir nulo, debido a un cambio importante en la legalidad internacional, porque las normas de derecho internacional, despliegan sus efectos jurídicos sobre el acto.

La doctrina del derecho inter-temporal suele aplicarse por instancias judiciales internacionales, cuando quiera que un mismo fenómeno jurídico haya sido objeto de regulación por diversas normas. En términos de Kortzur²³⁰, no consiste en un fenómeno de retroactividad de los tratados internacionales, sino de una técnica próxima a lo que se conoce como retrospectividad.

²²⁹ Al respect ver: T.O Elias, "The Doctrine of Intertemporal Law", 74 American Journal of International Law 285, 1980, p. 286, p. 286. Markus Kotzur, "Intertemporal law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2008), p. 281.

²³⁰ Markus Kotzur, "Intertemporal law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2008), p. 281.

La referida doctrina ha sido empleada, en diversos casos, por la Corte Internacional de Justicia de La Haya²³¹ y ciertos Tribunales Internacionales de Arbitramento²³². Su fundamento teórico se encuentra en el carácter evolutivo y cambiante del derecho internacional público, lo cual implica que un derecho adquirido válidamente, de conformidad con el derecho vigente para la época, puede llegar a perderse, debido a los cambios conocidos por la legalidad internacional²³³.

La Corte considera que la validez del acto de entrega de la Colección Quimbaya, por parte del Estado colombiano al Reino de España, no debe examinarse de conformidad con las normas internacionales vigentes para 1893 (principio de contemporaneidad), sino a la luz de las actuales (doctrina del derecho inter-temporal), es decir, en los términos del Convenio de la UNESCO de 1970 y el *corpus iuris* de la protección internacional de los pueblos indígenas.

10.5.4. Justificación de la aplicación de la doctrina del derecho inter-temporal en el caso concreto

La Corte encuentra que, en el caso sometido a su examen, se justifica recurrir a la doctrina del derecho inter-temporal, por las siguientes razones: (i) el principio del efecto útil en la interpretación de las normas internacionales sobre derechos de los indígenas; (ii) el resultado irrazonable que conllevaría aplicar sólo hacia el futuro los Convenios de la UNESCO (imposibilidad de solicitar cualquier bien cultural creado e ilegítimamente dispuesto antes de 1970, es decir, la inmensa mayoría de las creaciones humanas); y (iii) el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, cuya naturaleza es imperativa, es jerárquicamente superior a los Convenios de la UNESCO. De hecho, el tratado constitutivo de la UNESCO es consecuencia de la destrucción y riesgo de desaparición de los monumentos culturales ocasionados por la Segunda Guerra Mundial. A ello, se debe que este instrumento internacional matriz tenga

²³¹ CIJ, Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), Judgment of 19 December 1978, ICJ Reports 1978; the Minquiers and Ecrehos Case (France/United Kingdom), [1953] ICJ Reports. 47

²³² Ver por ejemplo el caso Alabama Arbitration (Great Britain v. US) (1872), in Moore, 1 Int. Arb. 495.

²³³ T.O. Elias, "The doctrine of Intertemporal law", *American Journal of International Law* (2008).

por objeto preservar el patrimonio cultural²³⁴ mediante la administración de diversas convenciones internacionales, cuya finalidad converge en la salvaguarda de los bienes culturales.

En conclusión, la validez del acto de entrega de la denominada Colección Quimbaya debe examinarse no con base en el derecho internacional vigente a la época (principio de contemporaneidad), sino en la actualidad (doctrina del derecho inter-temporal).

10.5.5. Conclusiones sobre los problemas jurídicos de derecho internacional público

Los distintos problemas jurídicos de derecho internacional público, surgidos del examen del expediente y de los argumentos planteados durante la audiencia pública, fueron resueltos de la siguiente manera:

- **La entrega de la “Colección Quimbaya”, por parte de un Jefe de Estado a otro, desde la perspectiva del derecho internacional público, es un acto jurídico unilateral:** Con base en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el acto de entregar un bien arqueológico a otro país, sin que medie un tratado internacional, constituye un acto jurídico unilateral.
- **El acto jurídico unilateral *sub examine*, vulnera el *corpus iuris* internacional de los derechos de los pueblos indígenas, y en consecuencia, carece de efectos jurídicos:** La entrega de bienes pertenecientes a las culturas indígenas, de un país a otro, así revista la forma de una **donación**, lesiona gravemente, los derechos fundamentales de los pueblos ancestrales, en los términos del Convenio 169 de la OIT (art. 23) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en especial, su artículo 11.
- **Aplicación temporal de los Convenios de la UNESCO:** por regla general, los tratados internacionales tienen efectos hacia el futuro

²³⁴ “La UNESCO y la protección del Patrimonio Cultural”, información disponible en Naciones Unidas, Centro de Información para México, Cuba y República Dominicana. Sitio de Internet: <http://www.cinu.org.mx/eventos/cultura2002/unesco.htm>

(*facta futura*), es decir, son irretroactivos (art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), salvo dos excepciones: (i) voluntad en sentido contrario de las partes; y (ii) hechos o situaciones jurídicas que, si bien iniciaron antes de la entrada en vigencia del tratado, siguen produciendo efectos jurídicos (*facta pendentia*). Los Convenios de la UNESCO, destinados a lograr la repatriación de objetos arqueológicos, se aplican retrospectivamente, es decir, a situaciones que iniciaron el pasado pero que siguen produciendo efectos jurídicos en el presente. En palabras de la Comisión de Derecho Internacional: se trata de comportamientos que, si bien iniciaron en algún momento en el pasado, continúan produciendo consecuencias en el presente²³⁵. Sostener lo contrario en materia de derecho internacional del patrimonio cultural conllevaría a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable: que ningún país del mundo puede pretender que le sean reintegrados bienes culturales expoliados o entregados indebidamente durante la antigüedad, la edad media y casi toda la modernidad.

10.6. Existencia de vías diplomáticas y judiciales existentes para perseguir la devolución de la Colección Quimbaya, por parte del Reino de España: Luego de examinar con toda atención las diversas intervenciones realizadas en el curso de la audiencia pública, la Corte encontró dos posturas opuestas: (i) quienes afirman que los Convenios de la UNESCO sólo prevén casos de repatriación de bienes culturales fruto de expoliaciones o **saqueos**, lo cual no sucedió en el caso concreto, por cuanto se trató de una donación u obsequio entre Jefes de Estado; y (ii) quienes sostienen la ilicitud de tales actos, así no haya mediado violencia o delito, por cuanto se trata de una **exportación ilícita** de bienes culturales. La Corte comparte esta segunda interpretación, por las siguientes razones:

El Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente de 1995, tiene por objeto facilitar la restitución y devolución de los bienes culturales. Este instrumento internacional define los bienes culturales de forma amplia como

²³⁵ Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II (segunda parte), p. 31

aquellos que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías que enuncia el anexo al Convenio.

En cuanto al campo de aplicación, el Convenio distingue dos tipos de demandas de carácter internacional que pueden ser implementadas en el contexto de los mecanismos establecidos en este instrumento internacional: por una parte, las demandas sobre restitución de **bienes culturales robados** y, por otra, las demandas sobre devolución de **bienes culturales desplazados del territorio de un Estado contratante en infracción de su ordenamiento jurídico.**

10.7. Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad del amparo contra sentencias judiciales

10.7.1. Condiciones generales de procedibilidad

La Corte verificó que la petición de amparo contra la sentencia de acción popular del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cumple con los requisitos generales de procedibilidad, a saber: (i) inmediatez; (ii) (subsidiariedad) y (iii) ausencia de temeridad.

10.7.2. Violación directa de la Constitución

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante popular, al incurrir en un defecto por violación directa de la Constitución, debido a la inaplicación de los artículos 63, 72 y 88 Superiores referidos a la protección del patrimonio público, arqueológico y cultural de la Nación.

10.8. No reconocimiento del incentivo económico

En aplicación de los precedentes de unificación²³⁶ del organismo de cierre de las acciones populares, para la Corte es claro que independientemente

²³⁶ Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 3 de septiembre de 2013. M.P. Mauricio Fajardo (01566-01).

del momento en que se hubiese presentado el impulso de la acción popular para reclamar la repatriación de la Colección Quimbaya, no hay lugar al reconocimiento por incentivo económico.

10.9. Vías existentes para buscar la repatriación a Colombia de la Colección Quimbaya

La Corte examinó las posibles vías diplomáticas y jurídicas existentes para solicitarle al Estado español la repatriación de la Colección Quimbaya.

10.9.1. Las vías diplomáticas de solución de controversias

En el actual derecho internacional existen diversas vías de solución de controversias: arreglo directo, buenos oficios, mediación y conciliación, entre otros. En tal virtud, el Estado colombiano puede acudir a una o varias de ellas, con miras a lograr la repatriación de la Colección Quimbaya, tal como lo han hecho – y logrado- diversos países en el mundo. Estos mecanismos diplomáticos ofrecen las siguientes ventajas: (i) la controversia puede solucionarse al margen de los tratados internacionales; y (ii) la solución alcanzada debe cumplirse de buena fe.

10.9.2. El Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita

El Estado colombiano puede acudir ante esta instancia internacional, por cuanto: (i) Colombia y España son Estados Partes del Convenio de la UNESCO de 1970; y (ii) la entrega de la Colección Quimbaya fue ilícita (art. 11 de Convenio de la UNESCO de 1970).

10.9.3. La justicia española

En los términos del artículo 5° del Convenio UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente.

10.10. Órdenes a impartir

La Sala Plena de la Corte Constitucional revoca la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A que, en su momento, rechazó por improcedente la acción de tutela y, en su lugar, ampara el derecho fundamental al debido proceso vulnerado por el Tribunal que en segunda instancia conoció de la acción popular mediante la cual se solicitó al Estado colombiano realizar todas las gestiones necesarias tendientes a la repatriación del denominado “Tesoro Quimbaya”. En consecuencia, deja sin efectos la sentencia del 17 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en el trámite de la acción popular y, en su lugar, confirma parcialmente la providencia del 4 de septiembre de 2009, proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, actuando como juez popular.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Levantar los términos para fallar.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 19 de enero de 2012, que rechazó por improcedente la acción constitucional de amparo de la referencia y, en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso del ciudadano Felipe Rincón Salgado.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 17 de febrero de 2011, proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el trámite de la Acción Popular con radicación No. 11001-3331023-200600155-00 y, en su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia del 4 de septiembre de

2009 proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá con radicación No. 2006-0155, por las razones expuestas en esta providencia, en lo que respecta a los numerales Primero, Tercero, Cuarto, Sexto y Octavo, los cuales quedan así: “**PRIMERO:** Desestímense los argumentos expuestos a manera de excepciones propuestas por las entidades accionadas, por las razones que vienen consignadas en la parte motiva de esta sentencia. (...) **TERCERO:** Amparar los derechos colectivos a la moralidad pública y defensa del patrimonio público por las razones que vienen expuestas y, en consecuencia, se ordena al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Cultura que a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y hasta su culminación, bajo la dirección del Presidente de la República, como Jefe de Estado, en el ámbito de su discrecionalidad y competencias constitucionales, conforme al cronograma que para el efecto establezcan, lleven a cabo todas las gestiones diplomáticas, administrativas, jurídicas y económicas, necesarias ante el Estado español, con la finalidad de lograr la repatriación del patrimonio cultural conformado por ciento veintidós piezas (122) de la Colección Quimbaya, catalogadas por el Museo de América de Madrid como “136 números de inventario”, que actualmente se encuentran ubicadas en dicho museo o donde se hallen en el momento de su restitución. **CUARTO:** Confórmese un Comité de Verificación de las actividades consignadas en la presente sentencia, el cual estará integrado por las siguientes personas: Un (1) delegado del Ministerio de Cultura, un (1) delegado del Ministerio de Relaciones Exteriores, Un (1) delegado del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, un (1) representante de la Academia de Historia del Quindío, Un (1) delegado de la Procuraduría General de la Nación, y un (1) delegado de la Defensoría del Pueblo, quien lo presidirá. Oficiese a las autoridades respectivas para que materialicen la conformación del Comité de verificación creado, quienes rendirán informes semestrales a este juzgado sobre los avances y logros de las gestiones que vienen ordenadas en la presente sentencia. (...) **SEXTO:** Niéganse las demás pretensiones de la demanda.” (...) y **OCTAVO:** Por Secretaría, envíese copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo, de Conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.” Los numerales Segundo, Quinto y Séptimo se **REVOCAN** de conformidad con la parte motiva de esta providencia...”.

Cuarto.- Por Secretaría, librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

Ausencia justificada



ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Vicepresidente



CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto



DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada



ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Ausencia justificada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento



JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado



ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado



ROCÍO LOAIZA MILLIAN

Secretaria General (e)

Sentencia SU-649/17

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO A LA SENTENCIA SU-649 DE 2017

Referencia: Expediente T-3.402.625

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RIOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena mediante sentencia proferida el 19 de octubre de 2017 en referencia al expediente T-3.402.625, me permito presentar Salvamento de Voto, fundamentado en las siguientes consideraciones:

- i) No hay evidencia suficiente para encontrar configurados los defectos que la Corte atribuye a la providencia judicial que se rebate mediante la acción de tutela. En esa medida, como quiera que no se advierte la alegada violación del derecho fundamental al debido proceso, la controversia quedó circunscrita al ámbito de los derechos colectivos, escenario de la acción popular y no de la acción de tutela;
- ii) El argumento conforme al cual se sostiene que la providencia enjuiciada en sede de tutela incurrió en una violación directa de los artículos 63, 72 y 88 de la Constitución Política de 1991 implica la aplicación retroactiva de estas disposiciones en materia de derechos colectivos, así como de la Ley 472 de 1998, al acto de entrega del tesoro que tuvo lugar en el año de 1892. Esta aplicación retroactiva carece de justificación;
- iii) La Corte declara esta violación pero, al mismo tiempo, no estima la inconstitucionalidad del acto de entrega del tesoro. En este sentido, la fundamentación de la sentencia carece de congruencia;
- iv) La Corte desestima la competencia que corresponde al Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo para pronunciarse de manera definitiva y con fines de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos colectivos mediante el mecanismo de la revisión eventual consagrado en la Ley 1285 de 2010. Sobre este aspecto, el tutelante adujo que el Consejo de Estado incurrió en defectos, susceptibles de análisis por la vía de la acción de tutela, en la decisión de no aplicar la revisión eventual

A
6/12/17

sobre esta sentencia. La Corte no examinó a fondo este argumento. De haberlo hecho, para evitar convertirse en juez de acción popular, la Corte habría podido limitar su análisis a establecer si correspondía al Consejo de Estado asumir conocimiento del asunto por ese medio extraordinario;

v) La Corte interviene directamente el contenido del fallo correspondiente a la acción popular. En estricto sentido, si en gracia de discusión se aceptara la violación del debido proceso, la Corte habría debido sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenar a este Tribunal dictar una sentencia de reemplazo. La Corte no optó por esta alternativa, más respetuosa de las competencias del juez de la acción popular. Por el contrario, sin justificación plausible, la Corte asumió dicha competencia, y al modificar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Administrativo, terminó dictando una sentencia de reemplazo; y

vi) Las órdenes mediante las cuales la sentencia busca proteger los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa, devalúan la eficacia de la acción de tutela. Es debatible la posibilidad y exigibilidad jurídica del cumplimiento de tales órdenes. La garantía de los derechos fundamentales necesariamente implica que las sentencias de tutela contengan órdenes cuyo cumplimiento sea fáctica y jurídicamente posible.

Respetuosamente,



CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado