

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000201600892-00
Demandante: DIEGO FELIPE MÁRQUEZ ARANGO
Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS
MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS
Asunto: Aprueba Pacto de Cumplimiento

Procede la Sala a decidir sobre la aprobación del Pacto de Cumplimiento logrado por las partes en Audiencia celebrada el once (11) de septiembre de 2017, dentro del expediente de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor Diego Felipe Márquez Arango presentó demanda de acción popular contra la Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Cultura, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobernación del Huila- Secretaría de Cultura y Turismo y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia en procura de garantizar la protección de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y a la Defensa del Patrimonio Cultural de la Nación, los cuales considera conculcados con ocasión de la inactividad de las demandadas en el sentido de que no han adelantado gestiones tendientes a la repatriación de 35 estatuas de la Cultura San Agustín, Huila, y de Nariño, que se encuentran en el Museo de Antigüedades o Museo de Etnología, en Berlín, Alemania.

1. Pretensiones

El demandante formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: ORDENAR a la Presidencia de la República para que ella, directamente, o a través de cualquiera de sus Ministerios o Dependencias, adelante y ejecute de forma rápida, coordinada, conjunta y eficiente todas las actividades y gestiones a la repatriación de las 35 estatuas.

SEGUNDA: ORDENAR que las 35 estatuas sean entregadas a San Agustín, por pertenecer a la historia y ancestros de dicha región

TERCERA: ORDENAR a la Presidencia de la República para que ella, directamente, o a través de cualquiera de sus Ministerios o Dependencias, proceda a cubrir todos los costos y gastos asociados al proceso de repatriación de las 35 estatuas”.

2. Hechos

La parte demandante sostuvo los siguientes hechos.

(i) El etnólogo alemán Konrad Theodor Preuss, fundador del Museo de Antigüedades en Berlín, Alemania, que hoy en día es el Museo Etnográfico, viajó a Colombia y a San Agustín en 1913 con los propósitos de estudiar la antigua cultura megalítica de la zona y coleccionar material para establecer y aumentar las colecciones de su museo. Estuvo en San Agustín desde diciembre 1913 hasta abril 1914.

(ii) Preuss sacó de la zona dos cargamentos de materiales arqueológicos (incluyendo 21 estatuas de piedra, moldes, artículos de piedra, cerámica, etc.) y los envió hacia el norte para eventualmente hacerlos llegar a Alemania; mientras tanto, él mismo viajó por Nariño donde recogió más materiales arqueológicos, incluyendo 14 estatuas de piedra, que también llevó a su museo.

(iii) Preuss no pudo salir de Colombia hasta 1919; en 1923 ya tuvo toda su colección de artefactos colombianos reunidos en Alemania, en donde las presentó en exposición en el museo.

(iv) Preuss publicó en 1929 su libro sobre sus investigaciones del Pueblo Escultor de San Agustín, "Monumentale Vorgeschichtliche Kunst" (que apareció en 1931 en español bajo el título "Arte Monumental Prehistórico"); en este libro, Preuss detalló e ilustró todas las 21 esculturas de San Agustín que llevó a Berlín, con medidas e información sobre sus procedencias. Preuss no hizo mención de las 14 estatuas de Nariño.

(v) En 1992, el investigador arqueológico David Dellenback, al notar que las estatuas llevadas a Alemania no habían sido rastreadas ni estudiadas por investigadores posteriores a Preuss, viajó a Berlín con el propósito de ubicarlas y registrarlas. De hecho los directores del museo (en ese entonces y actualmente ubicado en el suburbio de Dahlem) habían perdido de vista la mayoría de las esculturas del Pueblo Escultor llevadas por Preuss, pero a Dellenback le dieron el permiso de buscarlas entre las vastas colecciones en las bodegas del museo.

(vi) Dellenback pudo **ubicar 17 de las 21 esculturas** que detalló Preuss (además de muchos otros materiales de piedra, cerámica, etc., pertenecientes al Pueblo Escultor y a Colombia); es muy posible que **las otras 4 estatuas que no se ubicaron en 1992 están todavía en la colección dispersa de materiales en las bodegas en Berlín.**

(vii) Dellenback también descubrió y registró las **14 estatuas de Nariño** que Preuss nunca publicó y que los alemanes hasta esa fecha ignoraban, pero que el alemán inscribió en el registro del museo de materiales que trajo de su viaje del sur de Colombia. Todas las estatuas que Dellenback pudo ubicar en 1992 en el museo en Berlín (**las 17 de San Agustín más las 14 de Nariño**) aparecen publicadas e ilustradas en su catálogo "Pueblo Escultor" de 2008, y en su sitio web www.sanagustinstatues.org de ese mismo año. Varias de ellas también aparecen publicadas e ilustradas en su libro Las Estatuas del Pueblo Escultor en 2012.

(viii) Dellenback, con su interés sobre las estatuas, se comunicó con el señor Hermann Parzinger, presidente del Museo de Etnología de Berlín, en donde se encuentran las estatuas, y éste último, en respuesta de fecha del 3 de junio de 2013 indicó, entre otras cosas, lo siguiente: El tiempo que han

permanecido las estatuas; el lugar donde se encuentran ubicadas; los eventos en los cuales las estatuas han sido expuestas; la consideración de que las estatuas son "Embajadoras culturales en Alemania" y que casi no existe fundamento para una llana repatriación, dado el lapso del tiempo y el hecho de que el gobierno Colombiano obviamente ha tenido conocimiento de que las estatuas han estado en Berlín sin que haya presentado al gobierno Alemán ninguna reclamación concreta para la repatriación.

(ix) En la página Web del Museo de Etnología de Berlín existe una publicación de 28 estatuas colombianas donde hay fotografías de las mismas, y un nombre e identificación asignado. En la lista hay muchos otros objetos colombianos y de San Agustín que están en el Museo aparte de las 28 estatuas relacionadas con nuestra petición. Allí hay identificadas e individualizadas 28 de ellas, aun cuando hacen falta otras.

(x) En 2012, a la vez que se publicó el libro Las Estatuas del Pueblo Escultor, se inició la campaña pública para la repatriación de las esculturas extraviadas en Berlín con un derecho de petición dirigido al Ministerio de Cultura y al ICANH, pidiendo acción en el asunto de esas estatuas y respaldado con las firmas de casi 2000 residentes de la zona de San Agustín. De allí en adelante este ha sido un asunto de gran interés.

(xi) El Estado colombiano tiene pleno conocimiento de la situación fáctica que rodea a las estatuas; y es deber del mismo hacer todas las gestiones, reales, veraces y oportunas, para poder lograr la repatriación de estas.

(xii) Hasta el momento, son **35 estatuas** las que se procedieron a individualizar luego de los estudios realizados y que, histórica, cultural y ancestralmente pertenecen a Colombia.

2. Actuación procesal surtida en esta instancia

Mediante auto de 09 de septiembre de 2016 se admitió la demanda y se ordenó notificar al extremo pasivo de la acción, al representante del Ministerio Público y al Defensor del Pueblo (Fis. 14 a 16 cuaderno principal).

A36

Mediante proveído de 23 de enero de 2017 se citó a las partes, al Agente del Ministerio Público y al Defensor del Pueblo a la audiencia especial de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 (Fl. 248 del cuaderno ppal.), la cual se celebró el 8 de febrero del año en curso en la Sala de Audiencias No. 14, la cual se suspendió, en razón al pronunciamiento parcial del Comité de Conciliación del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La audiencia se reanudó el 19 de abril de 2017 en la Sala No. 14, la cual en su desarrollo tuvo varias propuestas por los demandados, el Despacho al encontrar un ánimo de las partes en encontrar una fórmula de pacto pero sin estar concreta, suspendió nuevamente la Audiencia Especial con el fin de que se le permitiera al Tribunal elaborar un borrador de acuerdo y ponerlo en consideración de las partes.

La Audiencia Especial continuó el 10 de mayo del presente año y se suspendió nuevamente con el fin de recoger las propuestas, realizar las consultas del caso y proponer una fórmula final de pacto.

Finalmente se citó a las partes el día 11 de septiembre de 2017 a fin de continuar la Audiencia Especial, luego de haberse puesto en conocimiento de las partes, mediante auto de 31 de agosto de 2017, un borrador del proyecto de pacto de cumplimiento.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

Afirmó que no ha vulnerado los derechos colectivos y, por lo tanto, no es responsable por los hechos expuestos por el demandante; indicó que es un tema para el cual se deben agotar los canales diplomáticos, de negociación y buena voluntad entre Alemania y Colombia donde el Ministerio de Relaciones Exteriores es un simple intermediario o vínculo de comunicación. Informó que en el año 2013 se realizó una visita al Museo Etnológico de Berlín, por parte de un funcionario del ICANH quien solicitó acompañamiento

a la Cancillería a través de la Embajada en Alemania. (Folio 110 a 121 cuaderno principal).

3.2. Gobernación del Huila

Manifestó que no hay responsabilidad del Departamento del Huila, en cuanto a la conculcación y/o amenaza de los derechos colectivos aducidos por el demandante como quiera que es el ICANH y el Ministerio de Cultura las autoridades colombianas encargadas de realizar los trámites de repatriación. La repatriación no es competencia de la Gobernación, señaló que ella se encuentra a favor de la repatriación de las estatuas. (Folio 45 a 48 del cuaderno ppal.)

1.2.3. Ministerio de Cultura

Señaló que el actor no probó si las estatuas en Alemania son originales o réplicas. Indicó que el mismo actor afirma que Preuss llevó moldes en los cuales hicieron réplicas. Los hechos y normas que pretende hacer valer el actor son todas posteriores a los hechos que datan entre los años 1919 y 1923. Y por último afirmó que la acción popular no es un mecanismo para impartir órdenes en el manejo de relaciones internacionales. (Folio 141 a 146 del cuaderno principal)

1.2.4. Instituto Colombiano de Antropología e Historia

Argumentó que los hechos son anteriores a toda normativa sobre protección arqueológica de la Cultura de San Agustín. Las normas sobre prohibición de importación y exportación de bienes culturales es de 1970; las estatuas son Patrimonio Cultural Material de la Nación y no Patrimonio Cultural Inmaterial. (Folio 161 a 169 del cuaderno ppal.)

439

1.2.5 Presidencia de la República

Afirmó que la Presidencia de la República no tiene entre sus competencias la repatriación del Patrimonio Cultural Material de la Nación, alegó falta de legitimación en la causa (Folio 229 a 237 del cuaderno ppal.).

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO.

Se culminó la Audiencia Especial de pacto de cumplimiento el día 11 de septiembre de 2017; a dicha sesión asistieron el actor popular, señor Diego Felipe Márquez Arango; el señor Procurador Judicial II, doctor Juan Carlos Villamil Navarro, en representación del Ministerio Público; los apoderados de la Presidencia de la República, doctora Martha Alicia Corssy Martínez; del Ministerio de Cultura, doctor Nelson Roberto Ballén Romero; del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, doctor Edgar Saúl Cabras Salinas; del Ministerio de Relaciones Exteriores, doctor Jorge Enrique Barrios Suárez; y por el Departamento del Huila, los doctores Ricardo Moncaleano Perdomo y Carlos Arturo Montealegre Motta.

Mediante Auto de 31 de agosto de 2017, se puso en consideración de las partes el siguiente “proyecto de Acuerdo Pacto de Cumplimiento”:

“FÓRMULA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Con el ánimo de proteger los derechos e intereses colectivos relacionados con la protección del Patrimonio Cultural Material e Inmaterial de los colombianos, el señor Diego Felipe Márquez Arango, actuando en su calidad de actor popular, y la Nación – Presidencia de la República, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia y la Gobernación del Huila,

ACUERDAN

PRIMERO: El Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, se comprometen a

adelantar las gestiones necesarias para identificar el número, ubicación y características de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín, República Federal de Alemania.

Las gestiones deberán ser iniciadas a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la aprobación del presente pacto de cumplimiento. En todo caso, la identificación, ubicación y caracterización de las estatuas deberá realizarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de aprobación de este pacto.

SEGUNDO: Una vez identificado el número, ubicación y características de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño de que trata el ordinal anterior, el **Ministerio de Relaciones Exteriores** se compromete a adelantar, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, todas las gestiones necesarias tendientes a lograr la repatriación de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño que se encuentran ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín, ubicado en la República Federal de Alemania.

El acuerdo establecido en este ordinal constituye una obligación de medios y no de resultado.

TERCERO: El **Ministerio de Relaciones Exteriores** deberá, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, dentro de los dieciséis (16) meses siguientes a la aprobación de la fórmula de pacto de cumplimiento, establecer canales de comunicación, acuerdos multilaterales y mecanismos de cooperación con el Gobierno de la República Federal de Alemania, que permitan gestionar la repatriación de las estatuas de San Agustín y de Nariño, de que trata este proceso.

En todo caso, el cumplimiento del plazo de dieciséis (16) meses no implica la pérdida de efectos de las obligaciones contraídas por las partes en virtud del presente acuerdo.

CUARTO: La Nación - **Presidencia de la República, Ministerio de Cultura, la Gobernación del Huila y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia**, se comprometen a prestar, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, el apoyo científico, técnico, logístico y de cualquier otra naturaleza, al **Ministerio de Relaciones Exteriores** para coadyuvar la labor de repatriación de las estatuas que sean identificadas y caracterizadas en cumplimiento de la orden impartida en el ordinal primero de esta providencia.

QUINTO: La Nación - **Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia**, se comprometen a adelantar todas las gestiones pertinentes, en el marco de sus competencias, bajo las premisas de coordinación, celeridad, eficacia y oportunidad.

B38

SEXTO: El compromiso adoptado en virtud del presente acuerdo por la Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, no supone reconocer que exista una responsabilidad personal o institucional frente a la vulneración de derechos o intereses colectivos.

SÉPTIMO: Las partes acuerdan que, en caso de verificarse la repatriación de alguna de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño que se encuentran en el Museo Etnológico de Berlín, ubicado en la República Federal de Alemania, las mismas serán puestas a disposición de las autoridades pertinentes y serán ubicadas conforme a las normas que regulan la materia, esto es, entre otras, la Constitución Política, las leyes 397 de 7 de agosto de 1997¹ y 1185 de 12 de marzo de 2008², los decretos nros. 833 de 26 de abril de 2002³ y 763 de 10 de marzo de 2009⁴.

OCTAVO: Para la verificación del cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia, se establecerá un Comité de verificación de cumplimiento del acuerdo, presidido por el Magistrado Sustanciador de este proceso; un delegado de la Procuraduría General de la Nación; el actor popular; un representante de la Presidencia de la República; un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, un representante del Ministerio de Cultura, un representante del Instituto Colombiano de Antropología e Historia; y un representante de la Gobernación del Huila.

En caso de considerarlo pertinente, podrán integrarse al Comité de verificación de este acuerdo un representante por la Defensoría del Pueblo y uno por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Lo anterior sin perjuicio de que, por considerarlo pertinente, el Magistrado sustanciador pueda llamar a otras personas para que integren el Comité o participen de las audiencias de verificación de cumplimiento a que haya lugar.

NOVENO: La Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Cultura, la Gobernación del Huila y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia se comprometen a rendir informes de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente acuerdo, al menos, una vez cada dos (2) meses.

En caso que los informes de gestión tengan carácter reservado, así lo deberán manifestar al Tribunal para efectos de adoptar las medidas pertinentes.

¹ 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

² Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones.

³ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 397 de 1997 en materia de Patrimonio Arqueológico Nacional y se dictan otras disposiciones

⁴ Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 814 de 2003 y 397 de 1997 modificada por medio de la Ley 1185 de 2008, en lo correspondiente al Patrimonio Cultural de la Nación de naturaleza material.

DÉCIMO: Las partes acuerdan que, una vez vencido el plazo de dieciséis (16) meses de que trata el ordinal tercero de este Acuerdo, sin que se haya logrado la repatriación de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín, el Magistrado Sustanciador procederá a citar a las partes a una audiencia para verificar el cumplimiento de las obligaciones y concertar mecanismos, gestiones y plazos que permitan lograr la repatriación de la estatuaria.

En todo caso, las obligaciones de gestión establecidas en el presente Acuerdo se mantendrán por un plazo razonable, siempre y cuando las autoridades obligadas acrediten que agotaron todos los mecanismos de cooperación internacional para lograr la repatriación de las estatuas ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín y que, pese a ello, no fue posible lograr la repatriación."

Durante el desarrollo de la Audiencia el Magistrado Sustanciador preguntó a cada uno de los representantes de las entidades demandadas, así como al representante del Ministerio Público y al actor popular, sobre su aceptación de la fórmula propuesta; y cada una de las partes manifestó que estaba de acuerdo.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

En los términos del numeral 16 del artículo 152 del C.P.A.C.A., la Sala es competente para conocer de la presente acción popular en primera instancia:

"ARTICULO 132. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. (...) 16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas."

2.2 Decisión sobre la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Gobernación del Huila, y la Presidencia de la República.

La Gobernación del Huila señaló que no es competente en el territorio nacional respecto del manejo del patrimonio arqueológico, pues en virtud del artículo 3 de la Ley 1885 de 2008, corresponde dicha competencia al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH, y al Ministerio de Cultura y demás instituciones públicas que deben realizar los trámites para la repatriación de las piezas arqueológicas de San Agustín que reposan en el citado museo de Berlín, Alemania.

Alegó que el Ministerio de Cultura, en coordinación con el Ministerio de Relaciones de Exteriores, a través de sus Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, deben gestionar las labores administrativas y judiciales que resulten necesarias ante la República de Alemania, para lograr la repatriación de las piezas arqueológicas de San Agustín, que se encuentran en dicho Estado.

Por su parte, la Presidencia de la República alegó que no es la competente para conocer del asunto ni para ejecutar las medidas necesarias encaminadas a evitar la presunta vulneración o agravio de los derechos colectivos invocados.

Afirmó que los temas relacionados con los bienes culturales de la nación y las relaciones internacionales no están dentro de la órbita de sus funciones, ni son de su competencia, por lo que no se justifica la demanda en su contra.

Para resolver se **CONSIDERA**.

La legitimación en la causa ha sido definida por el H. Consejo de Estado como "(...) la posibilidad de que la persona formule o controvierta las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la pasiva, como demandado. (...)." ⁵.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Dr.: Enrique Gil Botero, providencia de 24 de octubre de 2013, Rad. No. 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869).

Adicionalmente, dicha Corporación ha sostenido que:

“La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hubieren sido demandadas. De allí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo (...) la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir el mismo en el proceso.”⁶.

De conformidad con la jurisprudencia citada, al momento de analizar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva resulta necesario establecer si existe una relación y/o participación de la parte excepcionante con los hechos que dieron origen a la demanda, lo cual se traduce en que debe considerarse si la persona respecto de la cual se analiza la legitimación tiene algún grado de vinculación con los hechos correspondientes.

Por otro lado, en materia de acciones populares, hoy denominadas medios de control de protección de derechos e intereses colectivos, el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 en su inciso final previó que “(...) La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.”.

En el presente caso la Gobernación del Huila y la Presidencia de la República, fueron vinculadas a través del auto admisorio de la demanda proferido el 9 de septiembre de 2016.

La controversia gira en torno a la repatriación de 35 estatuas de las culturas de San Agustín, Huila, y Nariño, que se encuentran en el Museo de Antigüedades, o Museo de Etnología de Berlín, Alemania.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Dr.: Enrique Gil Botero, providencia de 28 de marzo de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163).

Advierte la Sala que el artículo 189 de la Constitución Política dispone:

Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del 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 y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”.

En virtud de lo anterior, le corresponde al Presidente de la República, en su condición de Jefe de Estado, orientar de modo general las gestiones diplomáticas necesarias para la celebración de convenios u otro tipo de arreglos internacionales que permitan la entrega del material cultural referido por parte del Gobierno de Alemania, para que el Estado Colombiano proceda a su repatriación; por lo anterior, considera la Sala que la Presidencia de la República si está legitimada en la causa por pasiva dentro del presente medio de control; y, por lo tanto, no prospera la excepción frente a ella.

Situación diferente ocurre con la Gobernación del Huila que se encuentra en la condición de entidad pública que carece de condiciones funcionales para obtener, por medio de soluciones internacionales, la repatriación de las estatuas de que se trata; antes bien, por el contrario, puede considerarse como entidad pública lesionada, debido a su condición representativa de las comunidades afectadas con la sustracción de la estatuaria, y, por ese motivo, es que fue reconocida, en su momento, su calidad de coadyuvante del actor popular; en consecuencia, se declarará la prosperidad de la aludida excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento del Huila.

2.3. Pacto de cumplimiento

El artículo 27 de la ley 472 de 1998 establece:

"ARTICULO 27. PACTO DE CUMPLIMIENTO. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria.

La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento.

En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.

El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas.

La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos:

- a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas;
- b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento;
- c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.

En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a).

La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto".

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del veinte (20) de junio de dos mil doce (2012), expediente No. 250002324000201000492-01(AP), con ponencia de la Consejera María Claudia Rojas Lasso dijo:

"La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado en varias ocasiones los requisitos que debe reunir el Pacto⁷:

- i) A su celebración deberán concurrir todas las partes interesadas.

⁷ Sentencia de 21 de octubre de 2010, Rad.: 25000-23-27-000-2006-00867-01, Actora: Constanza Bernal Maldonado, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

- ii) Se debe determinar la forma de protección de los derechos colectivos que se señalan como vulnerados.
- iii) Cuando sea posible, determinar la forma en que se restablezcan las cosas a su estado anterior.
- iv) Las correcciones realizadas por el juez al Pacto, deberán contar con el consentimiento de las partes.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la decisión mediante la cual se aprueba el Pacto de cumplimiento, debe partir de la verificación de la conducta que se estima como violatoria de los derechos colectivos vulnerados y la constatación de que el compromiso adquirido entre las partes es efectivo y suficiente para la cesación de tal afectación.

Ahora, de conformidad con el inciso 4° del artículo 27 de la Ley 472 de 1998, en el Pacto de Cumplimiento debe determinarse la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. En efecto, el Pacto de Cumplimiento es un instituto tendiente a hacer efectivos los principios de economía, eficacia y celeridad, como mecanismo de concertación, tendiente a ponerle fin de forma regular al debate judicial en sede popular. En punto de la aprobación del Pacto esta Corporación ha señalado:

“El Pacto de Cumplimiento es un acuerdo de naturaleza conciliatoria, en el cual el juez, con citación de las personas interesadas, y de la autoridad que realiza el agravio o agresión al derecho colectivo, buscará un compromiso mediante el cual, se suspenda la amenaza o agresión del derecho colectivo, y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, obviamente, de ser esto posible. Tal Pacto de Cumplimiento, si es suficiente para poner fin a la violación de los derechos, se aprobará por el Juez mediante sentencia. Si no es suficiente, el Juez continuará con la etapa probatoria. Según el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, el Pacto será aprobado mediante sentencia, cuya parte resolutive deberá ser publicada en un diario de amplia circulación nacional, a costa de las partes involucradas. El Juez conservará su competencia en lo relacionado con la ejecución de éste, si lo considera necesario, podrá nombrar un auditor (puede ser persona jurídica o natural), para que vigile el efectivo cumplimiento de lo pactado. De manera que, el Juez contará con las medidas necesarias contenidas en el Código de Procedimiento Civil para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia que dé por terminado el proceso en virtud de la aprobación del Pacto. Podrá nombrar un comité para que verifique el correcto cumplimiento de lo establecido en la sentencia; en éste podrán participar el juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.”⁸ (Subrayas fuera de texto original)

Así pues, el Pacto de Cumplimiento constituye, entonces, uno de los mecanismos para la solución de conflictos dentro del trámite de la acción popular, que permite acercar a las partes para que éstas puedan por sí mismas, aunque con la orientación imparcial del juez, llegar a un acuerdo que finalice el litigio, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada; lo cual, además,

⁸ Sentencia de 15 de junio de 2000, Rad.: 50001233100020000005200, Actor: Jesús María Quevedo Díaz, M.P. Olga Inés Navarrete. En la misma línea la jurisprudencia tiene determinado que: “El Pacto de Cumplimiento sin lugar a dudas constituye uno de los mecanismos para la solución de conflictos dentro del trámite de la acción popular, que permite acercar a las partes para que éstas puedan por sí mismas, aunque con la orientación imparcial del juez, llegar a un acuerdo que finalice el litigio, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada; lo cual además evita el desgaste del aparato judicial generando un ahorro para la administración de justicia y colabora con la misión superior de propiciar la paz, pues éste es ante todo un mecanismo pacífico y no litigioso de precaver los conflictos o solucionar los existentes. La Ley 472 de 1998, busca que las partes dentro de una acción popular puedan por sí mismas arreglar sus conflictos, lo cual es de una importancia mayúscula en este tipo de acciones, pues si su finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, el contar con una herramienta aún más ágil que el mismo trámite de la acción popular - el cual goza de trámite preferencial, según el artículo 6 de la Ley en cita- lleva a que dicha protección se obtenga de la manera más expedita posible.” (Sentencia de 27 de mayo de 2004, Rad.: 66001-23-31-000-2002-00770-01, Actor: Efraín Díaz Martínez, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.)

evita el desgaste del aparato judicial generando un ahorro para la administración de justicia y contribuye con la misión superior de propiciar la paz, pues se trata de un mecanismo pacífico y no litigioso de precaver los conflictos o solucionar los existentes.

Así las cosas, como concurrieron todas las partes del proceso a la audiencia de pacto de cumplimiento; se contó con el concepto favorable de la Presidencia de la República, del Ministerio de Cultura, del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Departamento del Huila y del Ministerio Público; y lo propuesto por el Magistrado Ponente fue aprobado por las partes; le compete a la Sala resolver sobre el particular, en los siguientes términos.

El actor popular busca la protección de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y a la Defensa del Patrimonio Cultural de la Nación, los cuales la Sala enmarca dentro del siguiente contexto normativo y jurisprudencial:

1. El derecho o interés colectivo a la Moralidad Administrativa.

Conforme a lo previsto en los artículos 209 de la Constitución Política, 4, literal "b", de la Ley 472 de 1998 y 3 de la Ley 489 de 1998, la Moralidad Administrativa además de ser un derecho colectivo es un principio que orienta la función administrativa *"según el cual la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general"*.⁹

Para concretar la amenaza o vulneración del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa se debe acudir al desarrollo legal sobre tal aspecto; es decir, el juicio que realice el juez se debe centrar en el análisis y evaluación de la

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 2003-01293 (AP), C.P. doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

conducta del funcionario bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada en los principios constitucionales y las normas jurídicas.¹⁰

En este sentido, no toda infracción a la ley constituye vulneración del derecho colectivo de la Moralidad Administrativa, pues para su configuración **se requiere del elemento subjetivo consistente en perseguir la satisfacción de intereses particulares o personales**. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 12 de octubre de 2006 consideró:

"[...] La moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, implica automáticamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Con este propósito es importante precisar que **en veces la violación al principio de legalidad**, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, **puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares**, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y **corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión** a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y **no solo de ilegalidad**.

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación. Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2006, 2004-00118 (AP), C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa.

En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tiene vocación de prosperidad. Ha dicho la Sala que la trasgresión del derecho colectivo en comento tiene lugar igualmente en eventos de DESVIACION DE PODER, esto es, cuando el funcionario público hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos”¹¹ (Negrillas y subrayas de la Sala).

Lo anterior fue reiterado por la misma Corporación en sentencia del 21 de febrero de 2007:

“[...] cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.

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, que en palabras de Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos. En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa. De tal suerte que el

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de octubre de 2006, Exp. 2004-00932 (AP), Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

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**¹² (Negrillas y subrayas de la Sala).

De la línea jurisprudencial transcrita se puede establecer que para determinar si el derecho a la Moralidad Administrativa se encuentra vulnerado o amenazado, el juez debe verificar si los funcionarios de la administración o el particular que ejerce función administrativa han actuado conforme a los deberes que le imponen las normas y si dicha actuación se ha ceñido al cumplimiento del interés general o se ha desviado para satisfacer fines personales o favorecer los intereses de terceros, en todo caso de carácter particular, con desconocimiento de los fines y principios de interés público que animan a la administración.

Para concretar el contenido, los límites y alcances del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, la Sala considera que se deben analizar dos perspectivas a saber: (i) el ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y (ii) que dicho ejercicio busque el cumplimiento del cometido estatal.

Así mismo, se debe tener en cuenta que el mero desconocimiento del orden jurídico no implica la violación del derecho a la Moralidad Administrativa, pues se requiere que dicho alejamiento de la normativa aplicable tenga el propósito de satisfacer intereses distintos de la finalidad que se persigue con el ejercicio de la función pública.

Por lo tanto, se requiere la demostración de que la persona a quien se endilga la conducta haya obrado en forma deliberada con el propósito de quebrantar

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2007, 2005-0355 (AP), C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

la ley y ello con el fin de procurar para sí o para un tercero un provecho indebido.

En suma, la lesión o puesta en peligro del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa se configura con el acaecimiento de dos circunstancias inescindibles, a saber, (i) el desconocimiento del orden jurídico (elemento objetivo) y (ii) que dicho desconocimiento se lleve a cabo con el fin de satisfacer intereses diversos al cumplimiento de los fines del Estado (elemento subjetivo).

2. La defensa del patrimonio cultural de la Nación.

Los artículos 8, 63 y 72 de la Constitución Política establecen lo siguiente:

"Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación."

"Artículo 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."

"Artículo 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".

Las anteriores disposiciones consagran la voluntad del Constituyente de proteger las riquezas culturales de la Nación, para lo cual disponen que el patrimonio cultural está bajo la protección del Estado y que los bienes que le conforman pertenecen a la Nación, con carácter inalienable; por lo cual, la Ley debe proveer los mecanismos necesarios para velar por su protección y readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares.

El Legislador, al desarrollar el contenido de las anteriores disposiciones, a través de la Ley 397 del 7 de agosto de 1997, en el inciso 1º del artículo 4º, dispuso:

“Definición de patrimonio cultural de la Nación. 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, filmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular (...).” Destaca la Sala.

De esta manera, la defensa y protección del patrimonio cultural es de interés social y es responsabilidad tanto de las autoridades como de la ciudadanía en general.

Asimismo, la apropiación, conocimiento, valoración y disfrute del patrimonio cultural por parte de la ciudadanía es indispensable para su defensa y protección, de acuerdo con las normas vigentes.

La Ley 388 de 1997 referente al Ordenamiento Territorial, destaca la importancia de los entes territoriales en la consolidación de políticas, prioridades y acciones sobre la organización de su territorio rural y urbano, lo que complementa la importancia jurídica, institucional y orgánica, que deben tener los planes de protección de los bienes patrimoniales y de ordenamiento territorial, herramientas jurídicas esenciales para consolidar las políticas nacionales en torno al tema.

De lo anterior se desprende que a nivel nacional, departamental y municipal las autoridades respectivas, junto con las instituciones culturales y científicas y las comunidades, están comprometidas en las decisiones que se tomen en torno a la protección, conservación y divulgación del patrimonio cultural e histórico para la construcción, reafirmación y elaboración de la identidad colombiana.

2.4. Aprobación de pacto de cumplimiento

Como ya se dijo, en la demanda se busca la protección de los derechos colectivos relacionados con la Moralidad Administrativa y la Defensa del Patrimonio Cultural de la Nación, los cuales según la demanda se encuentran en riesgo por la omisión en la gestión de obtener la repatriación de 35 estatuas de las culturas San Agustín, Huila, y Nariño, que se encuentran en el Museo Etnológico de Berlín, Alemania.

Según la narración de los hechos por parte del actor popular, el Etnólogo alemán Konrad Thedor Preuss, fundador del Museo de Antigüedades en Berlín, Alemania, sustrajo de San Agustín entre los años 1913 y 1914, dos cargamentos de materiales arqueológicos, incluyendo 21 estatuas de piedra, moldes, artículos de piedra, cerámica, y las envió hacia el norte del país, para luego hacerlos llegar a Alemania; mientras tanto él mismo viajó por Nariño donde recogió más material arqueológico, incluyendo 14 estatuas de piedra, que luego aparecieron en su colección en el hoy Museo Etnológico de Berlín.

En el año de 1992 el investigador arqueológico David Dellenback, viajó a Alemania con el propósito de ubicar las estatuas, para lo cual obtuvo permiso del museo con el fin de buscarlas entre las vastas colecciones que reposan en sus bodegas.

Dellenback, en su búsqueda, ubicó 17 de las 21 esculturas que extrajo Preuss de la cultura de San Agustín; y registró 14 estatuas de Nariño, de las mismas que aparecen publicadas por Preuss en su libro "Arte Monumental Prehistórico".

El interés de Dellenback en las estatuas de San Agustín llevadas clandestinamente a Alemania, lo instó a comunicarse con el Presidente del Museo de Etnología de Berlín, el señor Hermann Parzinger, de la cual obtuvo respuesta el 3 de junio de 2013 donde le indicó:

"En 1919, después de terminada la Primera Guerra Mundial, Preuss exportó las 21 estatuas de San Agustín y las 14 estatuas del Departamento de Nariño. Preuss trajo consigo un total de 35 estatuas en piedra a Alemania. Sin embargo, mientras estas ayudan a ilustrar gráficamente en el Museo Etnológico de Berlín la importancia de esa cultura regional, ellas no son únicas y principales obras de la importante evidencia arqueológica dejada por la cultura de San Agustín.

Los objetos exportados por Preuss fueron inventariados en Berlín y presentados en la exhibición permanente del actual Museo Etnológico (Ethnologisches Museum; anteriormente: Museum für Völkerkunde), y además ocasionalmente en exhibiciones especiales, por ejemplo en Köln en 1962 y en Bad Godesberg en 1986. Las exhibiciones especiales generalmente estaban bajo el auspicio de los en ese entonces embajadores colombianos. Representantes del Gobierno de Colombia no pidieron su repatriación en ninguna de esas ocasiones; de hecho, las esculturas que permanecen en Berlín siempre han sido consideradas como "embajadoras culturales de Colombia en Alemania", y hoy todavía se consideran así. Actualmente tres estatuas de San Agustín están aún en exhibición; todas las otras se encuentran, tal como antes, en la colección de estudio del Museo Etnológico de Berlín donde si es necesario, se pueden acceder.

El hecho de que las esculturas en piedra permanecen en Berlín ha sido desde hace décadas de conocimiento general. Las 21 esculturas en piedra en Berlín fueron publicadas en la obra "Monumentale Vorgeschichtliche Kunst", la cual menciona a San Agustín como el lugar de donde provienen. También existe una edición en español del catálogo, el cual se publicó en 1931 y se reimprimió por última vez en 1974. Las 14 estatuas de Nariño, sin embargo, aún no han sido publicadas; pronto estarán accesibles en el internet a través del portal electrónico "2smb-digital". Con esto, también, la Fundación del Legado Prusiano ha hecho una contribución sustancial e internacionalmente perceptible al estudio de una cultura arqueológica en Colombia.

Aparte de las publicaciones de la Fundación del Legado Prusiano, hay una lista por usted compilada de las esculturas en piedra existentes en el Museo Etnológico (entonces todavía se llamaba Museum Für Völkerkunde) en 1992. En el 2008 usted publicó la lista completa de las esculturas que tiene el museo en la forma de una publicación también accesible en el internet.

El año 2013 es el aniversario 100 del comienzo de la expedición de Konrad Theodor Preuss en el año 1813, y el hecho de que los temas relacionados con el paradero de las estatuas de San Agustín de nuevo se están deliberando llega a la Fundación del Legado Prusiano con ánimo bien correspondido. Sin embargo, casi no existe fundamento para una llana repatriación, dado el lapso del tiempo y el hecho de que el gobierno Colombiano obviamente ha tenido conocimiento de que las estatuas han estado en Berlín sin que haya presentado al gobierno Alemán ninguna reclamación concreta para la repatriación". Folio 89 cuaderno principal.

La Gobernación del Huila informó, que en el 2012 cuando se publicó el libro "Las Estatuas del Pueblo Escultor", se inició la campaña pública para la repatriación de las esculturas extraviadas en Berlín con un derecho de petición dirigido al Ministerio de Cultura y al ICANH, pidiendo acción en el asunto de esas estatuas y respaldado con las firmas de casi 2000 residentes de la zona de San Agustín.

Afirmó que se han formulado, en el mismo sentido, otros derechos de petición por parte de la Alcaldía de San Agustín junto con su Concejo Municipal, que han proclamado a favor de la campaña de la repatriación, también se ha apoyado en la Asamblea Departamental y en la Gobernación del Huila, peticiones electrónicas iniciadas por la Casa Editorial del periódico El Tiempo,

y por organizaciones internacionales como Change.org y Avaaz.com, que han sido firmada por miles de personas en el mundo, mientras que influyentes artistas, académicos e historiadores se han unido a la campaña de repatriación.

Advierte la Sala, que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICAHN, en su escrito de contestación de la demanda, manifestó que todos los hechos acontecidos desde la sustracción de las piezas arqueológicas de San Agustín, son anteriores a la normativa sobre protección de la misma, esto es, la Ley 103 de 1931, razón por la cual no pueden prosperar las pretensiones.

Sin embargo, la Sala no comparte este planteamiento, y para ello recuerda lo decidido por esta misma Corporación en la sentencia de 17 de febrero de 2011, dentro del expediente 2006-00155 con ponencia del Magistrado Felipe Alirio Solarte Maya, en el cual se consideró:

“Ahora bien, para establecer si el daño que causó una acción u omisión de la administración permanece en el tiempo, deberá el Juez, en aras de definir la procedencia de la acción popular, estudiar cada caso en concreto.

En el caso que nos ocupa, el Juez de instancia consideró que la donación de las 122 piezas de oro pertenecientes al llamado “Patrimonio Cultural Quimbaya” realizada por el Presidente Carlos Holguín al Gobierno Español, genera un daño que permanece en el tiempo, y en este orden de ideas, deberá esta Sala puntualizar si ratifica tal tesis, o por el contrario la desmiente.

La Corte Constitucional en Sentencia T-293/98 al estudiar la consumación del daño dijo:

“Para los jueces de instancia, la improcedencia de esta tutela radica en el hecho de que el daño ya se produjo.

Esta Sala considera que tal interpretación de los jueces podría ser correcta, si se mirara que lo ocurrido no tuvo ninguna implicación adicional, y que la vulneración se detuvo en el mismo momento en que ella se dio. Sin embargo, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la vulneración de los derechos directamente relacionados con la dignidad humana, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y la educación, continúa produciéndose por las razones que se explicarán a continuación, y deben ser objeto de protección, a través de la acción de tutela.

Además, conviene recordar que la Corte, en la sentencia T-596 de 1993, hizo la distinción entre el daño consumado y cuándo continúa la acción vulnerando derechos fundamentales. Explicó que si bien en algunos casos podía hablarse de daño consumado, y, en consecuencia, no era posible conceder la tutela, en otros casos, dadas las consecuencias que seguía generando la vulneración, no era posible

aplicar la misma tesis, y, en consecuencia, podía proceder la acción de tutela.” (Negrilla de la Sala)

En este mismo sentido, mediante sentencia T-372/00 M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, señaló:

“5. En el presente caso ¿el daño está consumado o no ?

Podría sostenerse que habiendo transcurrido más de un año desde la fecha en que se produjo el desalojo, esta acción resulta improcedente, pues el daño se consumó en la fecha de la diligencia.

Sin embargo, esta Sala de Revisión considera que tal interpretación podría ser correcta, si se mirara que lo ocurrido no tuvo ninguna implicación adicional, y que la vulneración se detuvo en el mismo momento en que ella se dio. Pero ello no es así, pues, según lo afirmado por el Defensor Público, apoderado del demandante de esta tutela, el actor quedó físicamente en la calle. Se le despojo de su trabajo y de su hogar. Y, no se le ha dado ninguna suma de dinero, ni se le ha ubicado para que desarrolle su trabajo, relacionado con el servicio de montallantas, ni en donde vivir, con su familia.

Es decir, la vulneración continúa. Al respecto, es pertinente recordar que la Corte, en la sentencia T-596 de 1993, hizo la distinción entre el daño consumado y cuándo continúa la acción de las autoridades vulnerando derechos fundamentales. Se observó que si bien en algunos casos podía hablarse de daño consumado, y, por ello, no era posible conceder la tutela, en otros casos, dadas las consecuencias que seguía generando la vulneración, no era posible aplicar la misma tesis, y, podía proceder la acción de tutela.

La Sala considera que el presente caso corresponde al último evento, por las razones explicadas.” (Negrilla de la Sala)

De la jurisprudencia citada se deduce claramente la postura de la Corte Constitucional frente a la consumación del daño, donde considera que dadas las consecuencias que genera determinado daño, el mismo debe ser entendido como de aquellos que permanecen en el tiempo.

En el caso sometido a examen, el actor reclama que un negocio jurídico consensual, que tiene la naturaleza jurídica de un contrato de donación de 122 piezas de oro pertenecientes al llamado “Patrimonio Cultural Quimbaya”, genera daño que permanece en el tiempo, so pretexto del argumento según el cual: **“cómo negar que la privación de disfrutar en nuestro propio país del patrimonio cultural que nos han legado nuestros antepasados no es daño que ha permanecido en el tiempo, más si tenemos en cuenta que mucha de nuestra riqueza cultural fue extraída del país en la época de la Colonia”.**

La Sala deberá aclarar que el contrato de donación es de ejecución instantánea. Surge a la vida jurídica con la oferta de la donación y su aceptación por el donatario. 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 a la moralidad 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.”.

Encuentra la Sala que 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, 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; así lo reconoció la H. Corte Constitucional en la sentencia T-446 de 2007:

"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 correspondientes. De tal manera que al empezar a regir la ley 472 de 1998, 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." (Negrilla de la Sala)

Por ello, en el caso que ocupa a la Sala, los hechos permanecen en el tiempo, como quiera que contrario a lo acontecido en la jurisprudencia citada de esta misma Corporación en el caso del "Tesoro Quimbaya" en el que mediaba un contrato de donación, de ejecución instantánea, que consolidó jurídicamente la situación de que se trata y, por ello, no podía hablarse de lesión de los derechos colectivos en el tiempo; en el presente caso, no se advierte la existencia de ningún título jurídico, sino la sustracción clandestina de las piezas arqueológicas, circunstancia que prolonga en el tiempo la lesión de los derechos colectivos.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que en el Museo Etnológico de Berlín, se encuentran 35 piezas de las culturas de San Agustín y Nariño que fueron sustraídas del país; y el Pacto de Cumplimiento con el cual todas las partes y el Ministerio Público estuvieron de acuerdo en someter a la Sala, se encuentra ajustado a los fines de este medio de control, esto es, el inicio de todas las gestiones necesarias para ubicar, identificar y repatriar este patrimonio cultural.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO-. DECLÁRASE que no prospera la excepción de "Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva" propuesta por la apoderada de la Presidencia de la República.

SEGUNDO-. DECLÁRASE que prospera la excepción de "Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva" propuesta por el apoderado del Departamento del Huila.

TERCERO: APRUÉBASE el siguiente pacto de cumplimiento:

"FÓRMULA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Con el ánimo de proteger los derechos e intereses colectivos relacionados con la protección del Patrimonio Cultural Material e Inmaterial de los colombianos, el señor Diego Felipe Márquez Arango, actuando en su calidad de actor popular, y la Nación – Presidencia de la República, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia y la Gobernación del Huila,

ACUERDAN

PRIMERO: El Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, se comprometen a adelantar las gestiones necesarias para identificar el número, ubicación y características de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín, República Federal de Alemania.

Las gestiones deberán ser iniciadas a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la aprobación del presente pacto de cumplimiento. En todo caso, la identificación, ubicación y caracterización de las estatuas deberá realizarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de aprobación de este pacto.

SEGUNDO: Una vez identificado el número, ubicación y características de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño de que trata el ordinal anterior, el **Ministerio de Relaciones Exteriores** se compromete a

adelantar, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, todas las gestiones necesarias tendientes a lograr la repatriación de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño que se encuentran ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín, ubicado en la República Federal de Alemania.

El acuerdo establecido en este ordinal constituye una obligación de medios y no de resultado.

TERCERO: El **Ministerio de Relaciones Exteriores** deberá, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, dentro de los dieciséis (16) meses siguientes a la aprobación de la fórmula de pacto de cumplimiento, establecer canales de comunicación, acuerdos multilaterales y mecanismos de cooperación con el Gobierno de la República Federal de Alemania, que permitan gestionar la repatriación de las estatuas de San Agustín y de Nariño, de que trata este proceso.

En todo caso, el cumplimiento del plazo de dieciséis (16) meses no implica la pérdida de efectos de las obligaciones contraídas por las partes en virtud del presente acuerdo.

CUARTO: La Nación - **Presidencia de la República, Ministerio de Cultura, la Gobernación del Huila y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia**, se comprometen a prestar, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, el apoyo científico, técnico, logístico y de cualquier otra naturaleza, al **Ministerio de Relaciones Exteriores** para coadyuvar la labor de repatriación de las estatuas que sean identificadas y caracterizadas en cumplimiento de la orden impartida en el ordinal primero de esta providencia.

QUINTO: La Nación - **Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia**, se comprometen a adelantar todas las gestiones pertinentes, en el marco de sus competencias, bajo las premisas de coordinación, celeridad, eficacia y oportunidad.

SEXTO: El compromiso adoptado en virtud del presente acuerdo por la Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, no supone reconocer que exista una responsabilidad personal o institucional frente a la vulneración de derechos o intereses colectivos.

SÉPTIMO: Las partes acuerdan que, en caso de verificarse la repatriación de alguna de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño que se encuentran en el Museo Etnológico de Berlín, ubicado en la República Federal de Alemania, las mismas serán puestas a disposición de las autoridades pertinentes y serán ubicadas conforme a las normas que regulan la materia, esto es, entre otras, la Constitución Política, las leyes 397 de 7 de agosto de 1997¹³ y 1185 de 12 de marzo de 2008¹⁴, los decretos nros. 833 de 26 de abril de 2002¹⁵ y 763 de 10 de marzo de 2009¹⁶.

OCTAVO: Para la verificación del cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia, se establecerá un Comité de verificación de cumplimiento del acuerdo, presidido por el Magistrado Sustanciador de este proceso; un delegado de la Procuraduría General de la Nación; el actor popular; un representante de la Presidencia de la República; un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, un representante del Ministerio de Cultura, un representante del Instituto Colombiano de Antropología e Historia; y un representante de la Gobernación del Huila.

En caso de considerarlo pertinente, podrán integrarse al Comité de verificación de este acuerdo un representante por la Defensoría del Pueblo y uno por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

¹³ 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

¹⁴ Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 397 de 1997 en materia de Patrimonio Arqueológico Nacional y se dictan otras disposiciones

¹⁶ Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 814 de 2003 y 397 de 1997 modificada por medio de la Ley 1185 de 2008, en lo correspondiente al Patrimonio Cultural de la Nación de naturaleza material.

44

Lo anterior sin perjuicio de que, por considerarlo pertinente, el Magistrado sustanciador pueda llamar a otras personas para que integren el Comité o participen de las audiencias de verificación de cumplimiento a que haya lugar.

NOVENO: La Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Cultura, la Gobernación del Huila y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia se comprometen a rendir informes de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente acuerdo, al menos, una vez cada dos (2) meses.

En caso que los informes de gestión tengan carácter reservado, así lo deberán manifestar al Tribunal para efectos de adoptar las medidas pertinentes.

DÉCIMO: Las partes acuerdan que, una vez vencido el plazo de dieciséis (16) meses de que trata el ordinal tercero de este Acuerdo, sin que se haya logrado la repatriación de las estatuas de las culturas de San Agustín y de Nariño ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín, el Magistrado Sustanciador procederá a citar a las partes a una audiencia para verificar el cumplimiento de las obligaciones y concertar mecanismos, gestiones y plazos que permitan lograr la repatriación de la estatuaria.

En todo caso, las obligaciones de gestión establecidas en el presente Acuerdo se mantendrán por un plazo razonable, siempre y cuando las autoridades obligadas acrediten que agotaron todos los mecanismos de cooperación internacional para lograr la repatriación de las estatuas ubicadas en el Museo Etnológico de Berlín y que, pese a ello, no fue posible lograr la repatriación.”.

CUARTO: ORDÉNASE la publicación de la parte resolutive de la presente providencia, en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

QUINTO: REMÍTASE copia de esta sentencia al Registro Público centralizado de acciones populares y de grupo de la Defensoría del Pueblo.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia y previa las constancias del caso
ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha según acta No.

LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

República de Colombia
 Rama Judicial del Poder Público
 Tribunal Administrativo de Cundinamarca
 Secretaría Sección Primera
NOTIFICACIÓN PERSONAL

No. 2016-842 Demandante DIEGO FELIPE
MARQUEZ ARANGO
 22109117

en la Secretaría de la Sección,
CAROL ARTURO
MONTAÑESE MOTA
 de Neiva - CC. 7692100.
 No. 99282
 el FALLO HOY 22 SET. 2017.
 en calidad de Arrobrado Gob de Neiva

El (la) Notificado (a)
 El (la) Registrado (a)