

¿Derecho internacional a la restitución cultural?: mirada desde el caso del Tesoro Quimbaya

An International Right to Cultural Restitution?:
Reflections from the Quimbaya Treasure Case

Direito internacional da restituição cultural:
um olhar sobre o caso do Tesouro Quimbaya

Gabriel Andrés Concha Botero*

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2025

Fecha de aprobación: 05 de mayo de 2025

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.15554>

Para citar este artículo: Concha Botero, G. A. (2025). ¿Derecho internacional a la restitución cultural?: mirada desde el caso del Tesoro Quimbaya. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 13, 1-29. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.15554>

Resumen

Este artículo analiza las normativas internacionales aplicables a la restitución del patrimonio cultural, con énfasis en los derechos que otorgan frente a la repatriación de bienes. A partir del estudio de la Convención de la UNESCO de 1970, el Convenio de Unidroit de 1995 y la práctica estatal, se examina si existe un derecho internacional consolidado a la restitución. Para ello, se toma como caso de estudio el Tesoro Quimbaya, donado por el presidente de Colombia a la reina de España sin autorización del Congreso. A diferencia de otros procesos de restitución, esta transacción no involucró coerción ni el uso de la fuerza. Sin embargo, al aplicar las normativas internacionales, se evidencia cómo la construcción del derecho a la restitución responde a patrones que favorecen a los Estados custodios del patrimonio, dejando en entredicho el futuro de una solicitud de restitución.

Palabras clave: Tesoro Quimbaya; restitución; patrimonio cultural; retroactividad; reclamación.

* Magíster en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia); abogado con profundización en derecho internacional y profundización en derechos humanos, justicia y democracia; especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: gabriel.concha@urosario.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-5870-5496>

Abstract

This article examines the international legal norms governing the restitution of cultural heritage, with particular emphasis on the rights they confer in relation to the repatriation of cultural property. Drawing on an analysis of the 1970 UNESCO Convention, the 1995 Unidroit Convention, and relevant state practice, it explores whether a consolidated international right to restitution has emerged. The Quimbaya Treasure —donated by the President of Colombia to the Queen of Spain without congressional authorization— serves as a case study. Unlike other restitution cases, this transfer did not involve coercion or the use of force. Nevertheless, the application of international norms reveals that the evolving framework of restitution tends to favour custodian states, casting uncertainty over the prospects of successful restitution claims.

Keywords: Quimbaya Treasure; restitution; cultural heritage; retroactivity; repatriation claim.

Resumo

Este artigo analisa as normas internacionais aplicáveis à restituição do patrimônio cultural, com ênfase nos direitos que conferem em relação à repatriação de bens. Com base no estudo da Convenção da UNESCO de 1970, da Convenção Unidroit de 1995 e da prática dos Estados, examina-se se existe um direito internacional consolidado à restituição. Para tanto, toma-se como estudo de caso o Tesouro Quimbaya, doado pelo presidente da Colômbia à rainha da Espanha sem autorização do Congresso. Diferentemente de outros processos de restituição, essa transação não envolveu coerção nem o uso da força. No entanto, ao aplicar as normas internacionais, evidencia-se como a construção do direito à restituição responde a padrões que favorecem os Estados detentores do patrimônio, colocando em dúvida o futuro de um pedido de restituição.

Palavras-chave: Tesouro Quimbaya; restituição; patrimônio cultural; retroatividade; reivindicação.

Introducción

¿Por qué Stonehenge se encuentra en el Reino Unido y no en un museo en Botsuana?
¿Por qué el penacho de Moctezuma se encuentra en Viena y no en CDMX? ¿Acaso los museos son custodios del patrimonio universal o, por el contrario, cómplices en la usurpación del patrimonio cultural de un pueblo?

En los pasillos del Museo de América en Madrid se encuentra el Tesoro Quimbaya, una colección de 122 piezas de oro donadas irregularmente en 1893. Sin autorización del Congreso, el presidente colombiano, Carlos Holguín, le entregó a España las piezas de colección en agradecimiento por la intervención en el conflicto limítrofe con Venezuela. Pasados los años, la Corte Constitucional ordenó al Estado solicitar la repatriación del Tesoro Quimbaya. Desde entonces, los gobiernos colombianos habían evitado la tarea. Sin embargo, el 15 de mayo de 2024 el gobierno de Gustavo Petro solicitó oficialmente la devolución del Tesoro Quimbaya al Reino de España (*El País*, 2024). Hoy, el Tesoro, a kilómetros de su Filandia natal (municipio del centro colombiano), finalmente podría regresar a Colombia.

Colombia ha enfocado sus esfuerzos en una vía diplomática y negociada para la restitución. No obstante, cabe preguntarse ¿cuál es el régimen jurídico que gobierna la solicitud de Colombia de restitución del Tesoro Quimbaya formulada al Reino de España? ¿Qué tipo de derechos reconoce?

Para contestar a dicha incógnita, es necesario remitirse a las posibles normas, a la práctica estatal y a casos similares. A pesar de ello, la falta de desarrollo sobre transferencias irregulares, pero no bajo el uso de la fuerza, lleva a concluir prematuramente que se trataría de un caso *non liquet*. Lo anterior nos permitirá concluir que la inexistencia de tratados aplicables y la identificación de una vaga costumbre de derecho internacional que regule los procesos de restauración de patrimonio cultural obedece a patrones hegemónicos según los cuales los Estados reclamantes no cuentan con un derecho de restitución, mas sí con un derecho de reclamación. En ese sentido, no existe normativa que obligue a España a entregar la propiedad del Tesoro Quimbaya, sin que esto menoscabe la prerrogativa del Estado colombiano a solicitar la restitución.

Muchos son los tesoros precolombinos que han asombrado al mundo. Sin embargo, pocos son del calibre artístico como aquel que la civilización quimbaya logró crear mediante el manejo de la orfebrería. Existen tres grandes tesoros precolombinos (Gamboa, 1998): el *Tesoro de Moctezuma*, el *Tesoro Quimbaya* y el *Tesoro del Señor de Sipán*. Cada uno corresponde a un modo diferente de transferencia de adquisición: por saqueo, por g.uaquería y por investigación arqueológica.

Para nuestro estudio, nos interesa el Tesoro Quimbaya como una pieza arqueológica inigualable y que vale, literalmente, su peso en oro. De hecho, las piezas quimbayas son de los principales objetos culturales en riesgo catalogados en la lista roja del International Council of Museums (ICOM, 2010). Igualmente, nos interesa su valor como caso único de estudio en la discusión de restitución por transferencia irregular.

No es la primera vez que un Estado solicita la repatriación de patrimonio cultural. Hace parte de una ola de solicitudes que han buscado, como parte de los procesos de descolonización, devolver obras de importancia cultural a su origen. Entre los principales ejemplos se encuentran los bronce de Nigeria, los mármol de Elgin y el busto de Nefertiti. Estos se han entendido históricamente como premios de conquistas, por lo que, hasta finales del siglo XIX, los Estados coleccionistas se amparaban en el *ius praedae* o derecho del premio como título para reconocer la propiedad de artefactos (Giardini, 2019).

El panorama solo cambió con la Segunda Guerra Mundial, pues con el robo de varias piezas de arte por parte de los nazis, los Estados europeos vieron la necesidad de crear convenciones que pudieran proteger el patrimonio cultural y asegurar su regreso a su país de origen. Fue así como en 1945 se creó la UNESCO y con ella instrumentos fundamentales tales como la Convención de La Haya de 1954, la Convención de la UNESCO de 1970 y el Convenio de Unidroit de 1995.

Pese a ello, las convenciones parten de dos supuestos. Estos son la inaplicabilidad retroactiva y la obtención ilícita de los bienes. Para el caso colombiano, si bien la solicitud se da en un marco de restitución descolonizadora, se trata de una afirmación imprecisa, ya que el Tesoro Quimbaya no fue dado a España como parte de un intercambio en las colonias. A diferencia de lo ocurrido con otros países, este caso no se trata de una potencia colonial que extrae de su colonia. Eso nos lleva al segundo aspecto sobre la ilicitud de la transferencia. Si bien la Corte Constitucional ha determinado que el presidente no tenía autorización para realizarla, como lo ha expuesto Roodt (2013), no existe mecanismo vinculante o legislación alguna que permita, al menos a nivel internacional, cuestionar la legalidad de la transferencia.

Por otro lado, este escrito reviste una importancia académica debido a el posicionamiento particular de la restitución del Tesoro Quimbaya en la discusión de las normas internacionales aplicables a la devolución del patrimonio. En el estado actual de la discusión, existe una tensión entre las perspectivas de culturalismo nacional e internacional, producto de dinámicas coloniales y neocoloniales.

Por supuesto, el Tesoro Quimbaya no se dio en un contexto colonial, pero ello no significa que no obedezca a otras fuerzas. Contrariamente, la entrega de unas valiosas piezas de oro por parte del gobierno a la reina luego de establecer por primera

vez relaciones diplomáticas, incluso con la débil aquiescencia del Congreso, no responde a otra cosa que a una dinámica poscolonial entre metrópolis y excolonia. Si a ello le sumamos el hecho de la inexistencia de normas aplicables, podemos develar que, en realidad, el derecho de restitución patrimonial está regido por relaciones neocoloniales que permiten resguardar los derechos de los Estados anfitriones sobre patrimonio cultural.

Frente a tal panorama, la perspectiva crítica denuncia la situación. Puede que de esa manera se empiece a crear una conciencia jurídica tendiente a reevaluar las normas. Gracias a ello, mediante un estudio detallado de un caso emblemático, pueden fijarse los cimientos para la evolución de una práctica estatal de solicitudes que protejan el patrimonio y den vía a la eventual cristalización de un derecho de restitución.

Este ensayo adopta un enfoque crítico del derecho internacional, entendiendo el marco normativo no como un sistema neutral, sino como el reflejo de relaciones históricas de poder que han condicionado su desarrollo y aplicación. La restitución patrimonial es analizada aquí no solo desde las normas e instrumentos jurídicos vigentes, sino también desde las omisiones del derecho internacional y las tensiones entre discursos jurídicos y dinámicas históricas poscoloniales. Se parte de la premisa de que el derecho internacional, al supuestamente carecer de mecanismos efectivos de restitución patrimonial aplicables a casos como el del Tesoro Quimbaya, reproduce estructuras hegemónicas que favorecen a los Estados receptores de bienes culturales, en detrimento de los Estados reclamantes.

De tal forma, antes de continuar, para un adecuado estudio del caso quimbaya, es necesario acentuar el conocimiento de conceptos clave. Posteriormente, se hablará del contexto histórico, teorías que permitan la determinación de las normas internacionales aplicables, la identificación de casos bandera y, por último, la práctica reciente.

Primeramente, se debe definir el término ‘patrimonio cultural’, en inglés *cultural property*. Como la ha expuesto Stamatoudi (2011), no existe una definición universalmente aceptada de patrimonio cultural, al depender de elementos tales como el contexto, la naturaleza de las piezas e, incluso, si se trata de patrimonio sumergido o no.

Aun así, la definición recogida por la Convención de 1970 parece ser adecuada para los fines del presente artículo. Esta considera que se entiende como patrimonio cultural “los bienes que, por motivos religiosos o profanos, sean designados específicamente por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”. Adicionalmente, plantea una lista exhaustiva para categorizar dichos bienes.

De la mano con lo anterior, es preciso diferenciar entre recuperación, repatriación, reclamación y restitución. Las primeras dos se tratan de términos generales, comúnmente empleados en la esfera política para referirse a la devolución efectiva de un bien. Contrariamente, la restitución hace referencia a la propiedad. Implica que el derecho de dominio que se tiene sobre un bien sea traspasado a otro que lo reclama. La reclamación a su vez se entiende como la solicitud que se hace con el fin de obtener la propiedad de un patrimonio cultural que se considera le pertenecer.

Contexto histórico

Origen del Tesoro Quimbaya

El nombre quimbaya hace referencia a una serie de pueblos que habitaron el valle del río Cauca (Colombia) (Plazas, 2022). Desde el 200 a. C. hasta el 1000 d. C. diversos pueblos se asentaron en la región y desarrollaron una maestría de la orfebrería, específicamente en sus rituales religiosos. Entre ellos el más conocido fue el pueblo quimbaya —los quimbayas tempranos— que dieron el nombre genérico a los pobladores de dicha región. Estos vieron su declive hacia el año 600 d. C. debido a las invasiones del pueblo karib (Pérez de Barradas, 1966). En los siglos siguientes nuevos habitantes llegaron a la zona y tanto los historiadores españoles como contemporáneos mantuvieron el nombre quimbaya.

El Tesoro Quimbaya se data entre los siglos III y IV d. C., por lo que pertenecería a los quimbayas tempranos. No obstante, según varios autores, no existe evidencia suficiente para ligar definitivamente la colección con los quimbayas y no con algún otro grupo étnico de la región (Uribe, 2005).

De acuerdo con la Academia Colombiana de Historia (Martínez & Lleras, 2023), la utilización del término “Tesoro Quimbaya” tiene dos elementos problemáticos. Primero, la referencia a una sociedad extinta previa a la llegada de Colón desliga el vínculo patrimonial con el concepto de Estado colombiano. Segundo, referirse a este como tesoro, en lugar de “colección”, implica adoptar una dinámica del lenguaje de los cazarrecompensas, los piratas e, incluso, de los colonos, que ven el patrimonio como un bien explotable, acumulable y susceptible de ser apropiado.

Eso sí, sin lugar a duda, los ‘quimbayas’ creadores del tesoro dejaron de existir como cultura 800 años antes de la llegada de Colón. Ergo, desde este momento se debe desechar cualquier proposición bajo la cual se diga que la colección fue extraída en el marco de un sistema colonial por parte de España. Contrariamente, el descubrimiento y posterior devenir del tesoro fue producto de la g.uaquería de finales del siglo XIX.

Descubrimiento del tesoro

La gaudería consistía en la búsqueda y extracción de tumbas indígenas a fin de desenterrar oro, plata y joyas preciosas. Esta actividad no se realizaba con fines arqueológicos. En contraposición, se enfocaba en la extracción ilícita de los metales preciosos para su venta o fundición (Chaves, 1979).

En las veredas de La Soledad, hoy Quimbaya (Quindío), cerca de la actual Filandia, hubo una fiebre aurífera que llevó al descubrimiento de dos *guacas* con el tesoro. Aunque no hay precisión sobre su descubrimiento y de los primeros gauderos, se sabe de la existencia del tesoro desde 1890. Los descubridores lo pusieron a disposición de Carlos Vedovelli, un comerciante italiano, para que ayudara con su venta. Este se reservó la identidad de los dueños originales. Vedovelli generó el catálogo *Colección Filandia* (1890), en el que lo avalúa para la venta en 24 000 libras esterlinas (casi 800 000 dólares al día de hoy). El tesoro fue entonces depositado en las bóvedas del Banco de Bogotá mientras Vedovelli efectuaba sus buenos oficios.

Transferencia de la colección

Paralelamente a estos hechos, es preciso fijarse en las relaciones diplomáticas de Colombia en las últimas dos décadas del siglo XIX. El país se hallaba en una disputa limítrofe con Venezuela debido a la delimitación de la frontera terrestre. A fin de resolver el diferendo, ambos Estados acordaron nombrar árbitro a un tercero. ¿Quién mejor que el mismo rey de España para resolver un conflicto limítrofe entre antiguas colonias?

El hecho no deja de ser irónico, dados los roces luego del proceso de independencia de América Latina, por lo que resultaba curioso acudir al Estado al que hasta hace algunos años le habían declarado la guerra a muerte. No obstante, existía un problema. Colombia no contaba con relaciones diplomáticas con España desde el momento de la independencia. Para resolver ese asunto, el gobierno de Núñez decidió nombrar a Carlos Holguín como el encargado de restablecer relaciones y asegurar una mediación.

Holguín era el hombre indicado para dicha labor. Anteriormente había tenido acercamiento con la familia real española, lo que se puede describir, cuando menos, como una gran amistad. En 1880, Holguín, como embajador en Londres, tuvo la oportunidad de conocer a Ferdinand de Lesseps, constructor del canal de Suez y prospecto del de Panamá. La amistad con De Lesseps le permitió a Holguín ser padrino de su hijo, siendo madrina la reina exiliada Isabel II (Gamboa, 2002). En correspondencia, Isabel II trataba a Holguín de “compadre y afectísimo amigo” (Holguín y Caro, 1981, p. 574). La excelente relación lo hacía la persona ideal para restablecer las relaciones con la antigua madre patria.

Holguín, ferviente representante del conservadurismo, tanto político como ideológico, fue enviado en 1881 ante la corte de Alfonso XII (hijo de Isabel II). Irónicamente, ni siquiera Bolívar hubiese podido soñar ser acogido en la corte del rey como lo fue Holguín. En 1885 Alfonso XII falleció sin que hubiera nacido su heredero o haber emitido el laudo en el conflicto limítrofe. Dado que su esposa, la reina María Cristina, se encontraba en cinta del futuro Alfonso XIII, fue designada regente. Por eso mismo, fue ella la encargada de resolver el litigio fronterizo.

Holguín fue llamado de vuelta a Colombia, donde se le nombró como designado presidencial en 1888. Fue durante ese período que el 4 de mayo de 1891 la reina emitió su laudo en favor de Colombia. Como muestra de agradecimiento, Holguín dispuso todo su esfuerzo en la adquisición del tesoro como regalo a la reina.

Mucho puede ser dicho sobre la adquisición del tesoro tanto a favor como en contra de Holguín. Existen detractores que sostienen que fue un tipo de cohecho para un laudo favorable o por amistad personal. Por un lado, hay partidarios de la teoría de que Holguín en realidad estaba enamorado de la reina. No obstante, esta debe ser desmentida, no solo por lo baja, sino porque el mismo Holguín en una carta a su esposa describe a la reina así: “No es muy bonita, sin ser nada fea, pero sí me pareció muy simpática y amable” (Holguín y Caro, 1981, p. 608).

Empero, Holguín hizo público el ofrecimiento al general Guzmán Blanco, presidente de Venezuela, de la posibilidad de comprar conjuntamente el tesoro y regalarlo como agradecimiento de las dos naciones por los gastos incurridos en el laudo. Por supuesto que Venezuela rechazó la oferta. Incluso así, por más elevados que hubieran sido los gastos de la Corona en el laudo, jamás se podrían comparar con el valor de la colección.

Sin que esto sea una defensa de Holguín, para 1891 existía una férrea voluntad en adquirir el tesoro únicamente con el objetivo de donarlo. Ahora bien, dicho obsequio tenía otro fin, debido a que serviría para presentarlo en la celebración del IV centenario de la llegada de Colón a América. Para ello se organizarían tanto en Madrid como en Chicago exposiciones representativas del acontecimiento (Consejo de Ministros, 1891). La adquisición del tesoro, entonces, parecía encajar perfectamente en el estante de representación de Colombia.

Las razones que justifican esta operación dejan mucho en qué pensar. Bien pudo haber sido que el gobierno pretendiera exportar al mundo la riqueza cultural del país, así como posicionarse ante los inversores mediante un recurso clave: el oro. Sin embargo, una postura más antagónica puede encontrar la justificación en el deseo de la hegemonía conservadora en deshacerse fácilmente de una representación indígena que no coincidía con la identidad de país que deseaban construir

en el período de la Regeneración. Es decir, acabar con una cultura que no tuviera lazos con el colombiano moderno de finales de siglo. Cualesquiera que hayan sido los motivos personales, se puede deducir la intención del acta del Consejo de Ministros de 1891:

1. que es público y notorio, en virtud de documentos oficiales como los presupuestos y cuentas del Gobierno de España, que este Gobierno hizo ingentes gastos en las comisiones de estado que exigió el juicio arbitral de los límites entre Colombia y Venezuela concluido por el laudo ejecutoriado el 16 de mayo de 1891;
2. que en las respectivas convenciones de arbitramento estipuladas por Colombia y Venezuela para delegar al Gobierno de España la jurisdicción arbitral se omitió pactar lo conveniente a los gastos del juicio;
3. que el decoro y la cortesía impiden pedir la cuenta de sus gastos al árbitro que ha hecho en el pleito de límites;
4. que ese decoro exige al mismo tiempo presentar un obsequio como se acostumbra en los casos de arbitramento importantes, digno en algún modo de la responsabilidad de la persona a quien pueda destinarse;
5. que el Gobierno de la República, en caso de adoptar este dictamen, deberá instar al de Venezuela a acompañar en el obsequio que puede ofrecerse al de España como señal de reconocimiento al servicio insigne que les ha prestado;
6. que en el mismo supuesto tal vez podría llevar este fin la colección de objetos de oro encontrados recientemente en Filandia, departamento del Cauca, hoy de propiedad del Señor Fabio Lozano [...];
7. que esta colección podrá utilizarse principalmente para el obsequio al Gobierno de España y también servirá como muy importante cooperación de Colombia en las Exposiciones de Madrid y Chicago, a cuyo efecto se podrá rogar al Gobierno Español (Banco de la República, 1890-1891).

Como se deja entrever, se trató de una compra destinada a sanear las deudas adquiridas por el ejercicio arbitral. En consecuencia, a pesar de llamarse obsequio, considerando que España no reclamó en adelante los gastos incurridos, la transferencia del tesoro se podría entender como dación de pago, en lugar de una

donación. Cabe notar que en ningún momento se planteó que el tesoro ingresara al patrimonio de la nación.

Desde su descubrimiento pasó por varias manos, siendo las primeras las de Domingo Arango. Este se lo vendió a Lozano Torrijos, con quien, a su vez, hizo negocios el gobierno. Curiosamente, la transferencia entre Arango y Lozano se dio tres días antes de la venta al gobierno (Banco de la República, 1890-1891). Lozano tenía vínculos con el gobierno, por lo que el 20 de agosto de 1891 se celebró el contrato de compraventa por 70 000 pesos colombianos, provenientes del Tesoro Nacional.

El 20 de julio de 1892 Holguín pronunció en la apertura del Congreso un discurso en el que informaba la transferencia del tesoro a la reina en agradecimiento por el laudo (Holguín, 1892). En esa oportunidad no hubo objeción ni control político por parte del legislativo. Así, el 11 de octubre, en Madrid, se daría apertura a la inauguración de la exposición con presencia de la reina María Cristina.

La exposición se alargaría y juntaría con la Exposición Histórico-Natural y Etnográfica de 1893, por lo que las piezas se mantuvieron expuestas. Esto tuvo como consecuencia exponer las piezas únicamente en Madrid, en perjuicio de la exposición estadounidense, una elección que dejaba muy claro la primacía en las relaciones colombianas. El 4 de mayo de 1893 el embajador Julio Betancourt hizo entrega a la reina de la colección. Él mismo le entregó las llaves de la vitrina donde se exponía la colección (Betancourt, 1893). Cabe apuntar que, para ese entonces, Holguín había sido reemplazado por Miguel Antonio Caro y, para la fecha efectiva de la transferencia, no había pronunciamiento legal para controvertir el acto.

Koppel (1942) sostiene que, si bien el regalo era personal para la reina, la colección debía exponerse en un museo en Madrid a fin de evitar malentendidos. Si bien era mal visto que un juez imparcial recibiera un regalo, no era que se le diera su debido pago. Por ello, no fue a España, como regalo, sino a la reina. El tesoro permaneció expuesto y fue trasladado en 1945 al Museo de América.

Controversia sobre la transferencia

Años después en Colombia se instauró una *acción popular*, demanda que pretendía obligar al Estado a exigir la devolución del Tesoro Quimbaya mediante la mediación de la UNESCO. Aunque la demanda en sí no tuvo éxito, en su proceso se instauró una acción de tutela estudiada por la Corte Constitucional (Mejía-Lemos, 2019). La sentencia de la Corte de 2017 es controversial.

La Corte adoptó una interpretación sistemática e intratemporal para aplicar instrumentos que reconocían la importancia de los pueblos indígenas y la preservación

de su cultura. Además, consideró que la Convención de la UNESCO de 1970 debía aplicarse retroactivamente, ya que, de lo contrario, vulneraría el objeto y fin del tratado. Al final, se apartó de las teorías más internacionalistas y optó por una interpretación *pro homine*, exponiendo así mismo la relevancia de la reparación a los grupos indígenas (Rengifo, 2008).

Igualmente, se consideró que la entrega del tesoro violaba el artículo 76.9 de la Constitución de 1886, que imponía autorización del Congreso cuando se tratase de enajenar bienes nacionales, así como los artículos 76.18, 78.5 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.

La Corte confirmó la orden de solicitar la devolución del tesoro y en mayo de 2024 se elevó la reclamación formal a España. A la fecha, no se ha tenido respuesta oficial del gobierno español.

Normas que gobiernan los procesos de restitución patrimonial

Principales instrumentos internacionales

La primera fuente por resaltar es la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado. Esta convención, producto de la Segunda Guerra Mundial, enfatiza la protección del patrimonio en tiempos de guerra. No obstante, por tratarse de contextos bélicos, no es aplicable al caso de estudio.

La Convención de la UNESCO de 1970 es el principal instrumento de derecho internacional que gobierna las relaciones de devolución de patrimonio cultural robado. Tiene 147 Estados parte, en los cuales se incluyen Colombia (1988) y España (1986). Entre las disposiciones clave encontramos una prohibición de importar bienes robados y las obligaciones de restituirlos (art. 7°), siempre asegurando una indemnización al tercero de buena fe.

Dicho artículo en su apartado *b* considera “prohibir la importación de bienes culturales **robados**”. Del mismo modo, solo aplica para situaciones después de la entrada en vigor de la convención. No obstante, la convención sí estima como ilícita la transferencia de propiedad que infrinja disposiciones de derecho interno (art. 3°). Empero, la terminología del artículo 7° excluiría todos los casos ilícitos que no sean el robo al derecho a la restitución.

Pese a este galimatías, el artículo 11 reconoce la ilicitud de las transferencias de bienes “que resulten directa o indirectamente de la ocupación de un país por

una potencia extranjera”. Si bien este no es el caso quimbaya, resulta apreciable el reconocimiento de prácticas coloniales, a pesar de tener una limitación temporal.

En 1964 la Asamblea General de la UNESCO (1965) adoptó una serie de recomendaciones sobre medidas encaminadas a prohibir e impedir la explotación, importación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales. En ella se acogían medidas más favorables que en la Convención de 1970. Estas incluían que solo debería autorizarse la importación de bienes culturales después de que dichos bienes se hayan declarado libres de toda oposición por parte de las autoridades competentes del Estado desde el cual se hizo la exportación.

Igualmente, se consideraba ilícita toda transferencia de propiedad efectuada contra las normas adoptadas por cada Estado miembro. Los museos, y en general todas las instituciones y servicios encargados de la conservación de bienes culturales, deberían abstenerse de adquirir cualquier bien cultural procedente de una exportación, de una importación o de una transferencia de propiedad ilícitas. El sentido de ilícito, a diferencia del mero robo, mucho más comprensivo que el de la convención, fue excluido en las posteriores negociaciones del texto final.

Para entender el alcance de la convención, especialmente en materia de aplicación retroactiva, es preciso referirse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CDVT). En ella, el artículo 28 dispone que por regla general los tratados son aplicados hacia futuro, es decir, irretroactivamente. Únicamente cuando el tratado demuestre una intención contraria o no exista mayor elemento del que se pueda deducir la retroactividad, es necesario mantener la prohibición (Merkouris, 2022), tal como ordena el artículo 28 (Von der Decken, 2018).

La Convención de la UNESCO no dispone en ningún apartado su aplicación retroactiva. Contrariamente, el artículo 21 establece efectos *ex nunc*. La Corte Constitucional consideró que, si bien no estaba explícita la aplicación hacia el pasado, esta se desprendía del objeto y fin del tratado, puesto que de no hacerlo sería irrazonable. Esta postura, por más noble que parezca, es imprecisa.

Interpretación a la luz de la Convención de Viena

Para interpretar el tratado, antes que referirse a la interpretación sistemática, se debe acudir a los artículos 31 y 32 de la CDVT. De esta manera se pueden observar los trabajos preparatorios y la guía de aplicación de la convención. Respecto a los primeros, es necesario decir que el texto final de la convención fue, en gran medida, impuesto por Estados Unidos. Como uno de los mayores países receptores de patrimonio cultural, impuso la pauta de las negociaciones. Al momento de ratificar, como lo denuncia Januszkiewicz (2015), el Estado incluyó la declaración

“the 6 understandings”, bajo los cuales se entendía que la convención no era *self executing* ni retroactiva.

Esta postura fue compartida por la mayoría de los Estados y a la fecha no hay declaración interpretativa oficial que la contrarie, pese a la posición de la Corte colombiana. Ahora bien, eso no imposibilita que mediante derecho interno se aplique un régimen más beneficioso. Sin embargo, no es aplicable *vis-a-vis*. Así mismo, las directrices operativas de la implementación de la convención (UNESCO, 2015) señalan:

100. The general rule of public international law embodied in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties does not provide for retroactive application of treaties. [...]

101. In accordance with the provisions of the 1970 Convention, especially Article 7, a State Party can seek the recovery and return of any illegally exported, illegally removed or stolen cultural property imported into another State Party **only after the entry into force of this Convention** in both States concerned.

Pues bien, a los Estados que dirigieron las negociaciones no les interesaba crear un régimen que protegiera el patrimonio cultural usurpado. Les bastaba con remitirse a la protección de sus propios museos del robo de sus obras. Aunque la convención sí contempla la transferencia de manera irregular, su núcleo está orientado a la colaboración en contra de la delincuencia transfronteriza y del robo de arte.

Precisamente esta construcción de derecho no se puede limitar únicamente a las convenciones de la UNESCO. Esta realidad obedece a normas generales de derecho internacional que son aplicables a la situación particular. Es decir, la CVDT, como instrumento de derecho de los tratados, también obedece a realidades neocoloniales de construcción de derecho. A continuación, se expondrá tal situación.

El fenómeno de la transferencia del Tesoro Quimbaya puede ser entendido de dos maneras, bien sea como tratado o como acto unilateral. De ser el primer caso, es preciso recordar que: i) fue anterior a la CVDT y ii) no todos los tratados se encuentran regulados por esta. Por ello, se podría considerar la existencia de un tratado de manera verbal. La otra alternativa es entenderlo como un acto unilateral del Estado. De hecho, la Corte Constitucional acierta al catalogarlo así.

En ese orden de ideas, cabría preguntarse si el presidente tenía la competencia para donarlo. Dado que requería permiso del Congreso para enajenar bienes y celebrar tratados, la respuesta, en principio, sería que no. Ahora bien, eso nos dejaría

en el escenario de la nulidad. Como los actos unilaterales, conforme con lo que estableció la Comisión de Derecho Internacional (CDI, 2006), tienen un régimen bastante similar a las disposiciones consuetudinarias de la CVDI, nos referiremos a ella para la anulación.

La parte V de la CVDI establece la falta de competencia como un vicio del consentimiento formal y, en consecuencia, una nulidad relativa. Como toda nulidad relativa, esta puede ser saneada. Igualmente, el artículo 45 determina que se pierde el derecho a alegar la nulidad si después de haber tenido conocimiento se actúa de forma tal que permite inferir su aquiescencia.

La famosa doctrina del *estoppel*, como lo plantea Waldock (1963) y lo ha recogido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ, 1962), imposibilita a una parte adoptar una conducta en contradicción de sus actuaciones. En el caso concreto, Colombia ha tenido 132 años en los cuales pudo haber elevado su objeción. No obstante, su conducta se mantuvo constante, reconociendo la transferencia del tesoro. A ello se le debe sumar el hecho de que, si bien la capacidad de obligar al Estado deviene de la Constitución, bajo el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, quedaría excluida la posibilidad de alegar error.

Se podría entonces pensar en la posibilidad de aplicar una nulidad absoluta por coacción. Existe una discusión doctrinal sobre si la coacción se limita únicamente al uso o amenaza de la fuerza. Hoy es entendido que no. Sin embargo, al momento de la construcción de la convención, los Estados no alineados presentaron una enmienda para incluir otros tipos de coacción, como económica o política.

Esto obedecía a las realidades de una sociedad posguerra en la cual había más de una forma de presionar por los intereses sin necesidad de recurrir a la fuerza armada. Lamentablemente esta enmienda no tuvo éxito. De hecho, se interpretó en el seno de la CDI que, en todo caso, la nulidad del artículo 52 era irretroactiva y no se aplicaba a situaciones anteriores a la convención (Monroy Cabra, 1995). Para Guardia y Delpech (1970), esta es una clara muestra de los tratados desiguales, en los que las cargas están atribuidas a solo una parte mientras la otra goza de ventajas.

En suma, parece imposible abogar por la anulación de la transferencia. Sumado a ello, al haber aprobado el Congreso el tratado que le daba jurisdicción a la Corona, se podría alegar la existencia y aprobación de la obligación.

Tanto la CVDI como la imposibilidad de retroactividad dejan dos grandes lecciones. Por un lado, que el régimen de restitución patrimonial no se limita a las convenciones de la UNESCO, sino que debe expandirse a normas de derecho general. Por el otro, que ambas normas son construidas en detrimento de cierto grupo

de países. En todo caso, la transferencia del Tesoro Quimbaya es anterior a las convenciones de la UNESCO, por lo que su aplicación retroactiva es altamente controvertida. Lo anterior no implica que haya existido un *statu quo* desventajoso que haya permitido la transferencia de propiedad del tesoro.

Otros convenios internacionales

Luego de la Convención de la UNESCO de 1970, en el seno de Unidroit, se creó el Convenio de Unidroit sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente. Este reconocía la limitación de la Convención de 1970 respecto a referirse únicamente a patrimonio robado. De hecho, en su construcción, la delegación colombiana resaltó esta distinción como el principal aporte (Conf. 8/5, abril de 1995). Desde el artículo 1º se distinguió que aplica a: “(D)evolución de bienes culturales desplazados del territorio de un Estado contratante en infracción de su derecho que regula la exportación de bienes culturales con miras a la protección de su patrimonio cultural (en adelante denominados ‘bienes culturales exportados ilícitamente’)”.

Por su parte, el artículo 3º establece la obligación de restituir, así como la ampliación del concepto de patrimonio robado y distintos términos de prescripción:

- 1) El poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo.
- 2) A los efectos del presente Convenio, se considera robado un bien cultural obtenido de una excavación ilícita, o de una **excavación lícita pero conservado ilícitamente, si ello es compatible con el derecho del Estado donde se ha efectuado la excavación.**
- 3) 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 produjo el robo.**
[...]
- 5) No obstante lo dispuesto en el párrafo precedente, **todo Estado contratante podrá declarar que una demanda prescribe en un plazo de 75 años o en un plazo más largo previsto en su derecho.**
[...]

Por su parte, el artículo 5º considera que “[...] Un bien cultural, exportado temporalmente del territorio del Estado requirente, en particular con fines de exposición, investigación o restauración, en virtud de una autorización expedida de

acuerdo con su **derecho que regula la exportación de bienes culturales** con miras a la protección de su patrimonio cultural y que no haya sido devuelto de conformidad con las condiciones de esa autorización, se considerará que ha sido exportado ilícitamente”.

Pareciera que con el convenio se podría alegar que el caso de una exposición (como la exposición de Madrid) de la que no se devolvió el tesoro y que fue transferido en contravía del derecho interno es aplicable. Igualmente, a pesar de haber trascendido los 3 y 50 años, podría alegarse la aplicabilidad de un término imprescriptible debido a las legislaciones tanto colombianas como españolas. No obstante, dicho racionamiento resulta fútil, ya que el artículo 10 señala:

1) Las disposiciones del capítulo II se aplicarán a un bien cultural que haya sido robado después de la entrada en vigor del presente Convenio con respecto al Estado en el que se presenta la demanda [...].

2) Las disposiciones del capítulo III se aplicarán sólo a un bien cultural exportado ilícitamente **después de la entrada en vigor del Convenio** con respecto al Estado requirente así como con respecto al Estado en el que se presenta la demanda.

3) El presente Convenio no legitima en modo alguno una actividad ilícita de cualquier tipo que se llevara a cabo antes de la entrada en vigor del presente Convenio o que quedara excluida de la aplicación del Convenio en virtud de los párrafos 1) o 2) del presente artículo, ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco del presente Convenio, una demanda de restitución o de devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de la entrada en vigor del presente Convenio.

En los trabajos preparatorios existía el miedo de que reconocer explícitamente la irretroactividad pudiera cuestionar la ilegalidad de transferencias pasadas. No obstante, se decidió omitir la textualidad y dejarlo a la costumbre (Unidroit, 1995). Semejante a lo que ocurre con la Convención de la UNESCO, la discusión de la retroactividad se remite a la CVDI.

Como consecuencia, ninguno de los convenios internacionales es aplicable al caso quimbaya, más allá de reconocer la posibilidad de alegar una restitución por fuera del marco de estos. En ese contexto, es necesario revisar la práctica estatal para identificar la existencia de alguna norma de costumbre aplicable.

Breve estudio comparado

Los casos de transferencia irregular de patrimonio cultural se pueden clasificar entre aquellos que emplean la fuerza —o se basan en relaciones de fuerza— y aquellos que no. De los primeros se pueden distinguir los casos de origen colonial y aquellos que responden a un régimen imperialista (Bearden, 2012). Los casos coloniales, como la extracción del Tesoro de Moctezuma, tratan de una potencia colonial que extrae de la propiedad de su colonia o de un grupo determinado bienes culturales.

Las potencias se amparan en que la colonia es su propiedad o que fue adquirido por medio de transacciones válidas acorde al derecho predominante. Empero, estas transacciones fueron ejecutadas en el marco de una estructura de poder colonial, por lo que son ampliamente debatidas. Estos casos suelen ser extracciones de patrimonio de una cultura viva y existente. Entre los casos de patrimonio colonial, de los pocos en los que existió restitución fue la devolución de ciertos manuscritos incas bajo la orden en 1869 de Pío IX.

Junto a ellos se encuentran los casos imperialistas. Se trata de extracciones que ocurrieron entre los siglos XIX y XX. Se caracterizan por ser relaciones extractivas distintas a las coloniales (Anghie, 2005). Ejemplo de ello es el debate alrededor del busto de Nefertiti. Igualmente, encontramos la extracción de los mármoles de Egín de Grecia por parte del Imperio británico. Su esencia parte de la necesidad de coleccionar objetos de importancia universal, en la mayoría de los casos como premios de victoria, similar al *ius praedae*.

Las piezas provenientes del Partenón de Atenas fueron extraídas por los británicos a inicios del siglo XIX. El argumento británico para la extracción fue el grave deterioro de las piezas y la cesión de la propiedad por parte del emperador otomano. Los mármoles han permanecido en el Museo Británico a pesar de las múltiples solicitudes por parte de Grecia (UNESCO, 2021a). La controversia sobre la propiedad ha pasado por múltiples foros, como las cortes británicas y el sistema europeo de derechos humanos.

Ambos tipos de casos se enmarcan en relaciones de coerción, en las que una colonia, o incluso un Estado bajo ocupación militar, se encuentra en una posición desventajosa, tanto *de facto* como *de jure*, al existir un régimen jurídico que legitima la extracción de las piezas, en especial por las potencias anglosajonas.

No obstante, en contraposición a la victoria británica en este aspecto, los franceses cuentan una historia diferente. Luego de las guerras napoleónicas, como parte del Congreso de Viena se dio la restitución de los Caballos de San Marcos (1815). Del mismo modo, después de la derrota en la guerra franco-prusiana, el Tratado

de Frankfurt dispuso la devolución de las Joyas de la Corona de Baviera (1871). Ambos demuestran el trato del patrimonio cultural como premios de batalla, gobernados por el *ius praedae*.

Esto evolucionó en los casos de robo de arte por parte de los nazis. Por un lado, implicó la restitución de arte a sobrevivientes judíos, así como la restitución de obras de patrimonio cultural nacional (Roodt, 2013). El famoso programa de Monumentos, Bellas Artes y Archivos —los Hombres de los Monumentos— y el Tratado de París incluyeron las primeras prácticas de restitución en la era contemporánea.

Salta a la vista que solo los hechos devastadores en Europa, en las principales potencias, permitieron repensar la necesidad de restituir el patrimonio, no solo como premios de batalla, sino como parte de un discurso de naciones ‘civilizadas’ bajo el cual se cimienta la Carta de las Naciones Unidas. Estos casos podrían ser las bases consuetudinarias al posterior artículo 11 de la Convención de la UNESCO.

Otro tipo de casos es aquellos producto de robos por individuos. Este es el típico caso de robos de museos, saqueadores de tumbas y cazatesoros. Sobre estos casos es que el derecho internacional contemporáneo se preocupó, debido a que existía, a diferencia de los anteriores, un componente de ilegalidad evidente. Los individuos que cometieron hurtos son perseguidos y las convenciones, como se explicó en la sección anterior, adoptan medidas para la protección del patrimonio en estos casos. Muchas veces objetos robados por individuos llegaron a manos de instituciones como museos que se beneficiaron de la protección como terceros de buena fe.

Finalmente, el tercer tipo de casos son aquellos producto de una transferencia irregular, sin que operen relaciones obvias de fuerza o hurto. Tales son los casos de las donaciones a dignatarios extranjeros sin plenas autorizaciones o exposiciones en préstamo que no son devueltas, como los artefactos peruanos de Machu Picchu en Yale. Sobre estos casos, únicamente la cooperación diplomática ha hecho posibles las restituciones. Considerando que el Tesoro Quimbaya se encontraría en esta categoría, difícilmente se puede identificar una norma consuetudinaria aplicable.

La UNESCO ha dedicado parte de su trabajo a mediar en casos en los que no opera la Convención de 1970. Los tres principales casos incluyen la devolución de monedas por Noruega, estatuas neolíticas nigerianas por Francia y una tableta iraquí por Alemania (UNESCO, 2024). Se trata de oportunidades de diálogo cultural, voluntarias, en las que la fecha de origen del ilícito, sea robo o transferencia irregular, es previa a la convención. Empero, los casos anteriores se tratan de objetos transportados irregularmente por individuos, por lo que tampoco sirven de precedente.

Hoy en día, el Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita (conocido como ICPRCP, por su sigla en inglés) es un órgano dentro de la UNESCO cuyo mandato se interpreta como aplicable tanto a los Estados parte de la convención como a aquellos que no lo son, así como a situaciones anteriores a 1970 (particularmente derivadas de ocupaciones extranjeras o coloniales) (UNESCO, 2021b). Ofrece sus buenos oficios a los Estados en relación con la devolución o restitución de bienes culturales cuando las disposiciones de la Convención de 1970 no son aplicables o las negociaciones bilaterales no han tenido éxito o se han interrumpido. Actúa como órgano consultivo, y es responsable de facilitar las negociaciones bilaterales.

En su seno, ha negociado exitosamente el retorno de la máscara makonde a Tanzania y la esfinge de Bogazköy a Turquía. El comité desafía las críticas que plantean a la UNESCO como una institución que obedece a intereses coloniales. De hecho, su composición se da en gran medida de países del tercer mundo o víctimas de usurpación patrimonial. Si bien sus decisiones no son vinculantes, vienen con un peso significativo.

Lamentablemente no ha podido resolver dos de los principales casos que replantearían la lógica del derecho de la restitución. Estos son el de los mármol de Elgin y el cráneo de Kabwe de Zambia, en propiedad del Museo Británico. El comité ha cuestionado fuertemente al Reino Unido por no realizar gestiones apropiadas e indicó que era necesario iniciar los procedimientos de mediación y conciliación (ICPRCP, 2024). No obstante, el Reino Unido se negó bajo la excusa de que el Museo Británico cuenta con una junta directiva independiente y privada, por lo que no puede obligarlos a negociar o a entregar las piezas.

El comité resaltó que el Reino Unido no ha revertido leyes que prohíben la entrega de cualquier pieza del Museo Británico, salvo los casos de restos humanos de menos de 1000 años o aquellos robados por los nazis (ICPRCP, 2023, par. 165). Curiosamente, la excepción nazi no se diferenciaría en nada de los objetos robados por los mismos británicos en contexto colonial, por lo que el comité no encontró razón para incluir en esta excepción los otros objetos de reclamación.

Igualmente, el Reino Unido ha sostenido que la donación por medio de la cual se hicieron propietarios de las piezas fue legal. No obstante, la delegación de Zambia le reclamó, ¿cómo era posible realizar una donación cuando esta sería ilegal para el dueño original? (ICPRCP, 2023, par. 217). Dicha postura abrió la posibilidad de controvertir las donaciones que aparentaban la legalidad.

Debates contemporáneos sobre la restitución patrimonial

El debate jurídico de restitución se puede simplificar a la cuestión de dónde debería estar determinada obra de patrimonio. ¿Esta pertenece a un pueblo como identidad o, por el contrario, hace parte de un patrimonio universal, propiedad de toda la humanidad? En el debate de la restitución, autores como Merryman (1986) identifican la tensión entre la cultura nacionalista e internacionalista, principalmente aplicado al campo jurídico (Lixinski, 2019, p. 574).

Esta clasificación denota cómo la cultura nacionalista evoca la propiedad del patrimonio vinculado a la idea de nación, representante de una cultura y de una historia. Sin embargo, Merryman (1985) considera que esta visión es peligrosa, puesto que exacerba ideas nacionalistas y privilegia los intereses nacionales sobre los de la humanidad. De igual forma, asegura que es difícil, si no imposible, encontrar un vínculo real entre ciertos objetos culturales y un pueblo actual (Soirila, 2022).

En contraposición, propone el internacionalismo, en el que el patrimonio pertenece a la humanidad y debe ser examinado a partir de principios distintos a la política, lugar de origen o propiedad. Para ello plantea tres principios: capacidad de preservación, integridad de la colección y acceso a esta. En ese sentido, aboga por los museos universales, ya que aseguran la protección del patrimonio y son un espacio de difusión más amplio para la humanidad como concepto.

Las posturas de Merryman fueron adoptadas en instrumentos de *soft law* como la Declaración sobre la Importancia y el Valor de los Museos Universales de 2002. Por supuesto, las críticas a Merryman, a pesar de reconocer su autoridad en la materia, demuestran cómo habla desde el privilegio de los Estados recibientes de patrimonio cultural, por lo que su enfoque universalista en realidad se trata de un occidental-centrista y europeizante (Curtis, 2012).

En tal orden de ideas, esa dicotomía no es objetiva para el debate, ya que privilegia un lado de la balanza presentando a los museos universales como la respuesta ‘correcta’ en los casos de restitución. Es más, el concepto de museo universal se basa en el ejercicio del poder colonial para la obtención de sus piezas y la negación a reconocer sus daños en su pasado imperial (Barkan, 2002).

Por otro lado, la teoría rusa parte del principio de la indivisibilidad de las colecciones (Leshchenko, 2010). En ese contexto, se debe primar por el mantenimiento de la unidad de las piezas para ser entendido como un todo. Aunque parece llamativa, en Rusia ha sido problemática particularmente en la restitución de los

bienes de la Iglesia ortodoxa. La restitución del patrimonio religioso para el uso en las celebraciones de la Iglesia, si bien cumpliría con el principio funcionalista que propone Merryman (1986), va en contravía del principio de indivisibilidad, al separar las piezas de una misma colección en distintas instituciones. La discusión sobre si un objeto patrimonial pertenece a una comunidad, como los casos de objetos religiosos o ceremoniales, se difumina en tensiones internas entre grupos y patrimonio.

Al momento de aplicar dichas posiciones al Tesoro Quimbaya, se evidencia que ninguna podrá dar una respuesta satisfactoria. Por un lado, no se trata de una cultura viva; y, por el otro, difícilmente se puede medir el éxito de difusión del tesoro en Madrid o en Bogotá. Ello nos lleva a concluir que el estudio de la restitución debe ser casuístico y no puede partir de generalidades, dado que cada caso cuenta con elementos distintos para su discusión y resolución. Como se vio anteriormente, no siempre se trata de relaciones de fuerza. La aplicación de las normas, para ser más íntegra, debe considerar los elementos propios de cada caso.

Consideraciones finales

La colección quimbaya ha sido testigo de dinámicas únicas en materia de trato del patrimonio cultural. Desde su salida de Colombia en el gobierno Holguín, presencié la renovación de relaciones con la antigua potencia colonial, debutó en la corte de la reina y fue la joya de la exposición de la hispanidad. Su paso por los museos españoles representó los paradigmas de enfrentarse a un mundo globalizado, en constante tensión entre lo nacional y lo internacional. La lucha por su restitución implica, a su vez, el retorno a la identidad perdida, la denuncia de las relaciones neocoloniales, el servilismo de los gobernantes y, por supuesto, el replanteamiento de un sistema internacional construido en favor de unos cuantos.

Contrario a la denominación popular, la transferencia del Tesoro Quimbaya no se dio por ‘donación’. En cambio, la conducta de las partes permite concluir que se dio como dación en pago a fin de extinguir las obligaciones emanadas de los gastos incurridos en el arbitraje. Por lo anterior, estaría incluida en la excepción del artículo 78.5: “Ninguna persona o entidad podía recibir gratificaciones o erogaciones, salvo para satisfacer créditos, derechos reconocidos o estimular o apoyar empresas útiles o beneficios”. Esta obligación ya había sido previamente reconocida por el Congreso de Colombia al aprobar el tratado de 1881. Aunque estos nunca fueron especificados en su cantidad, la obligación existía y no fue contraria a la Constitución. Si a ello le sumamos la aquiescencia del Congreso, difícilmente se podría concluir la irregularidad de la transferencia.

Considerando que no fue una transferencia bajo poder colonial, la revisión del derecho aplicable arroja otros resultados. Las distintas convenciones no le son aplicables, ya que la prohibición de retroactividad no es desvirtuada. Así mismo, la particularidad del caso quimbaya encuentra pocos precedentes que permitan la identificación de normas consuetudinarias que regulen el proceso de restitución. Ergo, se puede concluir que no existe un derecho u obligación de restituir el Tesoro Quimbaya por parte de España.

Aun así, una investigación de dichas normas permite ver que la razón para construir un régimen jurídico de tal manera obedece a patrones de dominación. Ello no implica cuestionar su validez, sino plantear un conocimiento que permita entender su construcción, para, posteriormente, trabajar desde el interior de las instituciones. Resulta evidente que la construcción del derecho en el ámbito de la restitución obedece a patrones sistemáticos de imposición. Es decir, se reemplazó la violencia de la fuerza, en su momento legítima, por la violencia del derecho. Se tradujo una relación de poder palpable con armas en una en la que las instituciones y las normas son herramientas comúnmente utilizadas por los poderosos para mantener su *statu quo*. Al fin y al cabo, como cualquier legitimación de un régimen jurídico.

Esa realidad no era ajena al resto de América Latina, pues participó en la consolidación de un derecho de dominantes y dominados en el desarrollo del derecho internacional moderno. Contrario a lo que pasaría con África y Asia, los Estados soberanos latinoamericanos participaron en la construcción de muchas normas jurídicas. Testimonio de ello es la oposición de países como Argentina a las enmiendas de la CVDT (Monroy Cabra, 1995). No es sorpresa que ciertos Estados hubieran adoptado posiciones que refuerzan una vocación de colonia.

Ello no debe asumirse como una conclusión pesimista. Contrariamente, entender cómo se da la construcción de derecho a partir de las distintas ramas de estudios críticos permite abrirse a la posibilidad de cambios a futuro. Como lo expone Soirila (2022), las discusiones del debate patrimonial utilizan argumentos repetitivos, cada uno correspondiente a una postura. No obstante, al emplear factores externos es posible incluir posturas novedosas con enfoques decoloniales (Anghie, 2005) y en pro de los grupos indígenas (Lenzerini, 2016), la construcción de identidad (Robledo, 2015) y la autodeterminación (Esterling, 2020).

Así las cosas, el caso quimbaya puede servir como instrumento de negociación, por ejemplo, para el trato de otros patrimonios problemáticos como el galeón *San José*, respecto a la relación Colombia-España. Igualmente, es una oportunidad para criticar, en el sentido más filosófico de la palabra, las instituciones internacionales. Existe cierta reticencia a emplear la mediación de la UNESCO, precisamente por ser,

supuestamente, una institución con un sesgo y plantearse como un escenario que legitima la dominación. No obstante, casos como el quimbaya, en el que se abre a la interpretación de factores externos puede presentar una oportunidad para descolonizar las instituciones.

Instituciones como el ICPRCP se presentan como alternativas novedosas y viables que permiten cuestionar las restituciones más allá de la aplicación dura de las convenciones. Casos recientes dejan entrever la voluntad del órgano para la mediación y conciliación en un espacio neutral, en el que se podría reformular la solicitud, no como una devolución por transferencia ilícita, sino como un acto de cooperación. Se podrían plantear fórmulas de arreglo como un pago justo de la deuda por el laudo o la misma compra de la colección. En todo caso, se deberá aprovechar el nuevo Reglamento de Mediación y Conciliación para adoptar el panel como el centro de litigio ante una situación antes desamparada de foro de reclamación.

En esa misma línea, a pesar de no existir un derecho a la restitución, esto de ninguna manera debe menoscabar el derecho a la reclamación, es decir, a solicitar la devolución. Bien sea una reclamación luego de una victoria militar, de un robo o simplemente un préstamo que duró demasiado, la reclamación hace parte del principio a la solución pacífica de controversias. Este fue reconocido por la CIJ (2018) de la siguiente manera:

[A]ccording to Article 2, paragraph 3, of the Charter of the United Nations, “[a]ll Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered”. This paragraph sets forth a **general duty to settle disputes in a manner that preserves international peace and security, and justice**, but there is no indication in this provision that the parties to a dispute are required to resort to a specific method of settlement, such as negotiation. Negotiation is mentioned in Article 33 of the Charter, alongside “enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements” and “other peaceful means” of the parties’ choice (p. 165).

En ese sentido, a pesar de no existir un único camino para resolver la disputa, el futuro del caso quimbaya y, me permito decir, de las discusiones de restitución cultural va a depender de la creatividad y el empleo de argumentos novedosos que permitan desafiar las reglas hegemónicas de derecho internacional. Si bien se expuso la inexactitud de la Corte Constitucional colombiana en sus argumentos

de derecho internacional, puede que sea el principio de una práctica estatal que, de ser adoptada por otros Estados del tercer mundo que buscan reclamar usurpaciones disfrazadas de legitimidad, presente un futuro diferente al patrimonio del pasado. Esto no solo deberá operar en las instituciones multilaterales.

Por último, la discusión servirá, entonces, para replicarse en un debate interno. De restituirse, ¿la colección deberá permanecer en el Museo del Oro en Bogotá? ¿En Filandia? ¿Las culturas indígenas existentes en Colombia son verdaderamente descendientes de los quimbayas tempranos y les debe ser entregada la colección? Como se mencionó al inicio de este artículo, la cultura quimbaya se encuentra extinta, por lo que no se puede automáticamente considerar que una eventual restitución esté destinada a diversos grupos indígenas del país.

La determinación del futuro de la colección en España o en Colombia deberá poner, más allá de las normas internacionales, las discusiones teóricas que desafían a Merryman o a los ortodoxos rusos a buscar la aplicación integral que sirva de precedente a casos futuros. Estas y muchas otras cuestiones complejas quedan fuera del alcance de este ensayo, que, aunque no busca resolverlas, pretende inspirar a los lectores a sacarlas de las vitrinas de los museos y llevarlas al ágora crítica del derecho y de la sociedad.

Referencias

- Anghie, A. (2005). *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511614262>
- Banco de la República. (1890-1891). *Tesoro Quimbaya-Documentos [Manuscritos, MSS4170]*. Biblioteca Luis Ángel Arango, Sala de Libros Raros y Manuscritos.
- Barkan, E. (2002). Amending historical injustices: the restitution of cultural property. An overview. In E. Barkan & R. Bush (Eds.), *Claiming the stones, naming the bones: cultural property and the negotiation of national and ethnic identity* (pp. 16-46). Getty Publications.
- Bearden, L. (2012). Repatriating the bust of Nefertiti: a critical perspective on cultural ownership. *The Kennesaw Journal of Undergraduate Research*, 2(1), article 2. <https://digitalcommons.kennesaw.edu/kjur/vol2/iss1/2>
- Betancourt, J. (1893, June 28). Entrega de la colección de antigüedades quimbayas, obsequiado al gobierno de España. *Diario Oficial*.

Chaves Mendoza, Á. (1979, November). *Arqueología y guaquería*. Paper presentado en el simposio “Manifestaciones culturales de la sociedad colombiana contemporánea”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Colombia solicita a España la devolución del Tesoro Quimbaya: “El deseable resultado se enmarca en las políticas de descolonización de los museos”. (15 de mayo de 2024). *El País*. <https://elpais.com/america-colombia/2024-05-15/colombia-solicita-a-espana-la-devolucion-del-tesoro-quimbaya-el-deseable-resultado-se-enmarca-en-las-politicas-de-descolonizacion-de-los-museos.html>

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2006). *Noveno informe sobre los actos unilaterales de los Estados* (A/CN.4/569 y Add.1) [presentado por Víctor Rodríguez Cedeño]. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_569.pdf

Curtis, N. G. W. (2012). Universal museums, museum objects and repatriation: the tangled stories of things. In B. M. Carbonell (Ed.), *Museum studies: an anthology of contexts* (2nd ed., pp. 73-81). Wiley-Blackwell.

Esterling, S. E. (2020). Legitimacy, participation and international law-making: ‘fixing’ the restitution of cultural property to Indigenous peoples. In K. N. Scott, K. Claussen, C.-E. Côté & A. Kanehara (Eds.), *Changing actors in international law* (pp. 158-184). Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004424159_008

Gamboa Hinestrosa, P. (1998). *El tesoro de los quimbayas, un siglo después*. Universidad Nacional de Colombia.

Gamboa Hinestrosa, P. (2002). *El tesoro de los quimbayas: historia, identidad y patrimonio*. Planeta.

Giardini, G. (2019, August 2). The history of *ius praedae* and its decline. *The Columbia Journal of Law & the Arts*.

Guardia, E. de la, & Delpech, M. (1970). *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*. La Ley.

Holguín y Caro, A. (1981). *Carlos Holguín: su vida y su obra*. s. e.

Holguín, C. (1892). *Mensaje del presidente de la república a las cámaras legislativas*. Imprenta de La Luz.

- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). (1995). *Comments by governments on the draft Unidroit Convention on the international return of stolen or illegally exported cultural objects. Conf. 8/5 April 1995 (Colombia And Türkiye)*.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). (1995). *Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: acts and proceedings*.
- Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation (ICPRCP). (2023). *Summary records of the 23rd session* (Paris, 2022) (Document code: ICPRCP/22/23.COM/SummaryRecords). <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000389120.locale=en>
- Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation (ICPRCP). (2024). *Decisions* (24th session, Paris) [ICPRCP/24/24.com]. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000390835>
- International Council of Museums (ICOM). (2010). *Red list of Colombian cultural objects at risk*. <https://icom.museum/en/ressource/red-list-of-colombian-cultural-objects-at-risk/>
- International Court of Justice (ICJ). (2018). *Obligation to negotiate access to the Pacific ocean (Bolivia v. Chile)* [Judgment]. <https://www.icj-cij.org/en/case/153>
- Januszkiewicz, K. (2015). Retroactivity in the 1970 UNESCO Convention: cases of the United States and Australia. *Brooklyn Journal of International Law*, 41(1), article 7. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol41/iss1/7>
- Koppel, F. (1942). *Recuerdos de Frank A. Koppel para sus nietos*. Atena.
- Lenzerini, F. (2016). Cultural identity, human rights, and repatriation of cultural heritage of indigenous peoples. *The Brown Journal of World Affairs*, 23(1), 127-141.
- Leshchenko, A. (2010). The principle of the indivisibility of museum collections as part of museological theory and Russian reality. In *Deaccession and return of cultural heritage: a new global ethics* (pp. 61-71). ICOM.

- Lixinski, L. (2019). A third way of thinking about cultural property. *Brooklyn Journal of International Law*, 44(2), 563-612. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol44/iss2/2>
- Martínez Garnica, A., & Lleras Pérez, R. (2023, julio-diciembre). La colección Filandia y la postura de la Academia Colombiana de Historia. *Boletín de Historia y Antigüedades*, 110(877).
- Mejía-Lemos, D. (2019). The “Quimbaya Treasure”, Judgment SU-649/17. *American Journal of International Law*, 113(1), 122-130. <https://doi.org/10.1017/ajil.2018.106>
- Merkouris, P. (2022). Time-traveling rules of interpretation: of ‘time-will’ and ‘time-bubbles’. In K. Polackova van der Ploeg, L. Pasquet & L. Castellanos-Jankiewicz (Eds.), *International law and time* (pp. 195-219). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-031-09465-1_10
- Merryman, J. H. (1985). Thinking about the Elgin Marbles. *Michigan Law Review*, 83(8), 1880-1923. <https://doi.org/10.2307/1288954>
- Merryman, J. H. (1986). Two ways of thinking about cultural property. *American Journal of International Law*, 80(4), 831-853. <https://doi.org/10.2307/2202065>
- Monroy Cabra, M. G. (1995). *Derecho de los tratados* (2ª ed.). Leyer.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (1965). *Actas de la Conferencia General, 13ª reunión, París, 1964*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114581_spa.page=153
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2015). *Operational guidelines for the implementation of the convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property (C70/15/3.MSP/)*. Paris.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2021a). *Fighting the illicit trafficking of cultural property: a toolkit for European judiciary and law enforcement*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379856/PDF/379856eng.pdf.multi>

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2021b). *Función respectiva de la Convención de 1970 y del Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita* (6ª reunión de los Estados parte en la Convención de 1970, París, 25-26 de mayo). https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378824_sp
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2024). *Illicit trafficking, return and restitution cases*. <https://www.unesco.org/en/fight-illicit-trafficking/return-and-restitution-cases>
- Pérez de Barradas, J. (1966). *Orfebrería estilo quimbaya y otros* (2 vols.). Talleres de Heraclio Fournier.
- Plazas, C. (2022). *Quimbaya: orfebrería temprana*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH). <https://doi.org/10.22380/9786287512320>
- Rengifo Lozano, A. J. (2008). Avances y perspectivas del derecho para la restitución de bienes culturales a sus países de origen: el caso del Patrimonio Cultural Quimbaya. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, 11(22), 119-140. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/72464>
- Robledo-Martínez, F. A. (2015). Identidad cultural, salud social y Estado social de derecho. El caso “Tesoro Quimbaya”. Quindío, Colombia [Cultural identity, social health, and the Social State under the rule of law. The case of “The Quimbaya Treasure”. Quindío, Colombia]. *Revista de Salud Pública*, 17(4), 63. <https://doi.org/10.15446/rsap.v17n4.48601>
- Roodt, C. (2013) Restitution of art and cultural objects and its limits. *Comparative, and International Law Journal of Southern Africa*, XLVI, 286-307. <https://unisapressjournals.co.za/index.php/CILSA/article/view/11260>
- Sentencia SU-649 de 2017 [Judgment SU649/17]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU649-17.htm>
- Soirila, P. (2022). Restitution of cultural property: myths and realities. *International Journal of Cultural Policy*, 27(5), 1-15. <https://doi.org/10.1080/10286632.2021.1908275>, <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/10286632.2021.1908275?needAccess=true>, <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/10286632.2021.1908275?needAccess=true>

Stamatoudi, I. A. (2011). *Cultural property law and restitution: a commentary to international conventions and European Union law*. Edward Elgar.

Uribe Villegas, M. A. (2005). Mujeres, calabazos, brillo y tumbaga. Símbolos de vida y transformación en la orfebrería quimbaya temprana. *Boletín de Antropología*, 19(36), 61-93.

Von der Decken, K. (2018). Article 28: non-retroactivity of treaties. In O. Dörr & K. Schmalenbach (Eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-662-55160-8_31

Waldock, H. (1963). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1, 198.