

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**Magistrado Ponente**  
**CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil siete (2007).

Ref: Expediente 08001-3103-010-1989-09134-01

Se deciden los recursos de casación interpuestos respecto de la sentencia de 7 de marzo de 1997, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario promovido por la sociedad **SEA SEARCH ARMADA** contra **LA NACIÓN COLOMBIANA**, con citación del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** y la intervención de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION**.

**ANTECEDENTES**

1. La sociedad demandante solicitó declarar que le pertenecen, en su totalidad, "los bienes de valor económico, histórico, cultural o científico que tengan la calidad de tesoros", que se encontraren en "la plataforma continental colombiana o en su zona económica exclusiva", o "en común y proindiviso" con la Nación, en un 50% para cada uno, si se hallaren "en el mar territorial colombiano", "dentro de las coordenadas y áreas aledañas... referidas en el 'Reporte Confidencial Sobre la Exploración Submarina'" de 26 de febrero de 1982, que hace parte integral de la Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982, proferida por la Dirección General Marítima y Portuaria, mediante la cual se reconoció a la sociedad *Glocca Morra Company* como denunciante de los tesoros y especies náufragas que allí existieren.

Consecuentemente, pidió declarar que la demandante tiene la potestad de "recuperar o rescatar esos bienes", como única propietaria, sin limitación alguna, si se encontraran en la "plataforma continental" o en la "zona económica exclusiva colombiana", o a que la demandada le haga "entrega del 50%" de dichos bienes, "inmediatamente se produzca su rescate o recuperación", si se hallaren en el "mar territorial colombiano" (fls. 166 y 167, cd. 1).

2. Las pretensiones, primordialmente, se fundamentaron en los siguientes hechos compendiados:

a) La Dirección General Marítima y Portuaria, DIMAR, mediante Resoluciones Nos. 048 de 29 de enero de 1980 y 0066 de 4 de febrero de 1981, las cuales fueron prorrogadas sucesivamente, autorizó a la sociedad *Glocca Morra Company Inc.*, para que adelantara exploraciones submarinas en el mar Caribe, en las áreas comprendidas dentro de las coordenadas que en libelo se determinan, permitiendo, con ese propósito, la operación de motonaves de bandera estadounidense. Con la anuencia de la DIMAR, ese derecho le fue cedido a la sociedad *Glocca Morra Company*.

b) La referida Dirección, en ejercicio de la facultad reglamentaria que le confirió el artículo 3º-numeral 21-del [Decreto 2349 de 1971](#), expidió la Resolución No. 0148 de 10 de marzo de 1982, por la cual modificó el Manual DIMAR-DICAP-01 sobre "Exploración y Rescate de Tesoros y Antigüedades", en la que dispuso que la sociedad concesionaria estaba en la obligación de "denunciar los descubrimientos de tesoros o antigüedades que efectúe, indicando la posición exacta y dónde se encuentran", y que para la "explotación y recuperación de los mismos", debía celebrar contrato con una "participación del Gobierno Colombiano no inferior al cincuenta por ciento (50%) de lo extraído" (fl. 171, cd. 1).

c) El 18 de marzo de 1982, la sociedad *Glocca Morra Company* denunció "el hallazgo de tesoros correspondientes a naufragios de naves, indicando su localización, y solicitando se le tuviera como titular de todos los privilegios que le conferían las Leyes vigentes, entre ellos su derecho de preferencia para contratar con el gobierno colombiano el salvamento de los tesoros recuperables", sin menoscabo de los eventuales derechos de la Nación, para lo cual anexó el "Reporte Confidencial sobre la Exploración Submarina" efectuada (fl. 172, cd. 1).

d) Por tal razón, la Dirección General Marítima y Portuaria, mediante Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982, reconoció a la sociedad *Glocca Morra Company* "como denunciante de los tesoros o especies náufragas en las coordenadas referidas en el 'Reporte Confidencial sobre Exploración Submarina'", derechos, privilegios y obligaciones en relación con los cuales aquella pidió y obtuvo autorización de la DIMAR para cedérselos a la *Sea Search Armada*, según Resolución No. 204 de 24 de marzo de 1983 (fl. 172, cd. 1).

e) Con base en el concepto que, a solicitud suya, rindió el doctor Fernando Hinestrosa Forero, la mencionada entidad emitió la citada Resolución 0148 de 10 de marzo del mismo año, modificatoria del capítulo tercero de la sección cuarta del Manual de Procedimiento de las Capitanías de Puerto, sobre asuntos relacionados con la explotación y rescate de tesoros y antigüedades.

En dicho concepto, luego de analizar las nociones de tesoro, bienes mostrencos y especies náufragas, de fijar la características de cada una de esas figuras, en particular de la primera, así como de las diferencias existentes entre ellas, y de referirse a la ocupación, como modo de adquirir el dominio, concluyó el Dr. Hinestrosa que las embarcaciones hundidas de antiguo y los objetos contenidos en ellas "son evidentemente thesaurus, perteneciente en condominio por partes iguales al descubridor fortuito o autorizado por el dueño del terreno donde yacen, o al dueño del terreno cuando éste es a la vez su

descubridor”, por lo que “aquéllos tesoros o antigüedades que se hallen en aguas sujetas a la jurisdicción colombiana, al ser descubiertos, son o de propiedad de la Nación, si agentes suyos fueron los descubridores, o de la Nación y el descubridor si el encuentro de éste fue fortuito o si, como es lo más previsible, la Nación autorizó la exploración y el encuentro”; que “el derecho de la Nación es en tales casos propio, en cuanto el terreno, fondo del mar, donde se hallan esos bienes es suyo, en sentido amplio, esto es, la propiedad plena o dividida con el descubridor le viene iure proprio, por su derecho sobre el territorio y sus proyecciones, y no se le atribuye, previa declaración, como destinataria final de los muebles ‘sin dueño aparente o conocido’ cual ocurre con los bienes mostrencos”; y que “En tales circunstancias resulta evidente la autonomía de la Dirección Marítima y Portuaria para la vigilancia y control y, por ende, la autorización de las tareas de exploración y toma de los mencionados ‘tesoros y antigüedades’, y de la Nación para entenderse con el descubridor y regular, preventiva o posteriormente al descubrimiento, sus relaciones con él” (fls. 694 a 698, cd. 3).

f) En consideración del derecho de privilegio o de preferencia para contratar con la Nación la recuperación de los bienes descubiertos, previsto en el artículo 114 del [Decreto 2349 de 1971](#), el director de la DIMAR envió a la sociedad *Sea Search Armada*, el 22 de septiembre de 1984, la minuta del proyecto de contrato “relativo al rescate de especies náufragas”, debidamente aprobado por la Comisión de Antigüedades Náufragas, creada por el [Decreto 0029 de 1984](#). En la misma fecha, el representante de la demandante le dio respuesta a la “propuesta de contrato”, expresando, en líneas generales, su conformidad con ella, salvo por algunos reparos que planteó en torno a dos de sus cláusulas.

g) Mediante oficio No. 3315 de 2 de noviembre de 1984, el Director de la DIMAR concretó a la sociedad demandante, los “porcentajes de participación del Gobierno Nacional y la empresa con quien se contrata la recuperación” y

puso en duda, por primera vez, en contradicción con la posición asumida hasta ese momento, el privilegio o derecho de preferencia que le asistía a la denunciante para contratar el rescate con el mismo gobierno, conminándola para que manifestara, en el término de 15 días, si participaba como proponente, teniendo como base la minuta realizada. Las condiciones del oficio fueron aceptadas, pero se pidió aclarar si los "privilegios que le otorga la Ley como denunciante", se incluían en el contrato de salvamento o eran parte de otro contrato (fls. 181 y 182, cd. 1).

h) El acuerdo jamás se perfeccionó, en tanto que a la aceptación de la sociedad *Sea Search Armada* tampoco se le dio respuesta. Al contrario, el "gobierno suspendió toda comunicación o gestión con la demandante, y parece dirigirse a desconocer, en definitiva, su privilegio o derecho de preferencia para contratar el rescate o recuperación de los tesoros que denunció, al adelantar conversaciones o gestiones con terceros con ese fin", ignorando su "disposición" para tal efecto (fl. 182, cd. 1).

i) De conformidad con lo previsto en la [Ley 10 de 1978](#), sobre mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, si el tesoro denunciado por la sociedad demandante se encuentra dentro de las coordenadas y zonas aledañas a que alude la Resolución de la DIMAR No. 0354 de 3 de junio de 1982, pero fuera del mar territorial, y dentro de su plataforma continental o su zona económica exclusiva, dicho tesoro no le pertenece a la Nación, sino a la demandante, al hallarse fuera de la jurisdicción colombiana, por no tratarse de recursos vivos, como plantas o animales, o no vivos, como minerales.

Pero si esos tesoros se encuentran en el mar territorial colombiano, su propiedad es de la demandante y de la Nación, por partes iguales, en los términos del artículo 701 del Código Civil, por ser la norma que regía cuando a la sociedad *Glocca Morra Company* se le reconoció la calidad de denunciante de los tesoros, como se expresa en los distintos conceptos citados.

3. Notificada de la demanda, la Nación, por intermedio del Ministerio Público, le dio respuesta para oponerse a las súplicas en ella formuladas, porque, a su juicio, de producirse el hallazgo de los bienes a que se refiere el libelo introductorio, no calificarían como tesoro, sino como antigüedad náufraga. Propuso, además, como defensas puntuales, las que denominó: "Falta de legitimación sustancial en la causa respecto de la parte demandada"; "Falta de legitimación en la causa"; "Inexistencia del derecho demandado" e "Inexistencia de acción" (fl. 205, cd. 1).

4. Por auto de 6 de julio de 1992, se ordenó citar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien compareció al proceso sin hacer pronunciamiento alguno.

5. El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla le puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 6 de julio de 1994, en la que resolvió "Negar las pretensiones 1, 2 y 4...en la forma en que fueron solicitadas por la parte demandante"; "Declarar que le pertenecen en común y proindiviso, por partes iguales (50%) a la Nación Colombiana y a la sociedad Sea Search Armada, los bienes de valor económico, histórico, cultural y científico que tengan la calidad de tesoros que se encuentren dentro de las coordenadas y áreas aledañas referidas en el 'REPORTE CONFIDENCIAL SOBRE EXPLORACIÓN SUBMARINA' en el Mar Caribe de Colombia presentado por la sociedad Glocca Morra Company, de fecha 16 de febrero de 1982, el cual hace parte de la resolución número 0354 del 3 de junio de 1982 de la Dirección General Marítima y Portuaria...; ya sea que estas coordenadas y sus áreas aledañas se hallen situadas o correspondan al mar territorial, o la plataforma continental o la zona económica exclusiva de Colombia (según las definiciones establecidas por los artículos 1º, 3º, 4º y 7º de la [Ley 10 de 1978](#) y 1º de la [Ley 9 de 1961](#))".

Para ello, en síntesis, descartó la nulidad de lo actuado; reiteró la aptitud formal de las pretensiones, en relación con las cuales anunció serían decididas de manera distinta a como fueron planteadas, sin que por ello se ocasionara su desfiguración; infirió la competencia de la jurisdicción ordinaria para resolver el proceso; desestimó que el dominio de los bienes materia de la controversia, antes de su descubrimiento, estuviese radicado en La Nación, así como la aplicabilidad al debate del régimen legal diseñado con posterioridad a ese momento; coligió, por ende, con respaldo en los artículos 700 y 701 del Código Civil, que dichos bienes corresponden a un tesoro y, por ésta vía, que su propiedad es de Colombia y de la demandante, independientemente de que el sitio exacto de su ubicación quede comprendido dentro del mar territorial, o de la zona económica exclusiva o de la plataforma continental, como quiera que aquella, de conformidad con los artículos 3° y 4° de la Constitución de 1986 y 101 de la actual, ejerce plena soberanía sobre la totalidad de dichas zonas, por formar parte del territorio nacional.

6. Apelada como fue la decisión por la demandante, incluido su cesionario, la Nación Colombiana y la Procuraduría General de la Nación, el Tribunal la confirmó en el fallo contra el cual, ulteriormente, los mismos apelantes recurrieron en casación, impugnación de la que en su momento desistió el mencionado cesionario.

### **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. El Tribunal estimó que era necesario, en primer lugar, resolver el recurso de apelación que había interpuesto el Ministerio Público, coadyuvado por la Nación Colombiana, contra el auto que decidió, en forma negativa, el incidente de nulidad que habían propuesto por falta de jurisdicción.

Con ese propósito, recordó que para la Procuraduría, el conocimiento del asunto le correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, porque la exploración y hallazgo de antigüedades náufragas es consecuencia y efecto

directo de actos administrativos, entre ellos la Resolución de la DIMAR No. 048 de 29 de enero de 1980, y porque estando ligadas las declaraciones de propiedad pedidas a dichos actos administrativos, no debe perderse de vista que conforme a la ley, los tesoros que se pudieren encontrar en el área estipulada en el "Reporte Confidencial sobre Exploración Submarina" de 26 de febrero de 1982, son de propiedad de la Nación.

Consideró el Tribunal, que si bien es cierto que el numeral 16 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, le atribuye al Consejo de Estado el conocimiento de los procesos de "carácter administrativo" respecto de los cuales "no exista regla especial de competencia", también lo es que el numeral 1º del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, le asigna a los jueces civiles del circuito la competencia para conocer de los procesos de mayor y menor cuantía en que sea parte la "Nación", "salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa".

Empero, como no toda actividad oficial de la administración tiene carácter administrativo, debe entenderse que la jurisdicción ordinaria conoce de los procesos contenciosos en que sea parte la "Nación", en los casos en que "actúa dentro del campo del derecho privado", no así cuando cumple "funciones administrativas", a las cuales se circunscribe el Código Contencioso Administrativo (art. 1º).

Bajo ese entendimiento, estimó que la demandante no pretende que los actos administrativos de la DIMAR sean declarados nulos, ni persigue el restablecimiento del derecho; tampoco que se tutele el orden jurídico frente a desviaciones de los órganos de la administración, ni cuestiona operación alguna ejecutada por éstos, ni hechos ocurridos con motivo de actividades administrativas. Por el contrario, la sociedad demandante aspira a una "declaración relacionada estrictamente con el derecho privado", relativa a la propiedad que cree tener respecto de los tesoros denunciados. Por tanto, si las pretensiones y hechos de la demanda se contraen al "presunto derecho de

dominio...sobre la totalidad o parte de los bienes náufragos no rescatados”, no se ve razón para que esas declaraciones tengan que hacerse “en una acción ordinaria o de cualquier clase ante la jurisdicción contencioso administrativa” (fl. 171, cd. 9).

En consecuencia, el *ad quem* confirmó la negativa a reconocer la nulidad deprecada por los entes demandados.

2. En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal, luego de descartar la incongruencia del fallo apelado, acometió el estudio de la “calidad de los derechos reclamados”, dado que la Nación alegó que se trata de “simples expectativas, nunca desconocidas”.

A este respecto, expresó que la circunstancia de no haberse aprehendido físicamente los bienes descubiertos, “no despoja a la descubridora de su derecho si se concluye que lo fue de un tesoro”, toda vez que ella adquirió “por ocupación, a través del mecanismo de la aprehensión presunta”. Por consiguiente, no se trata de derechos “abstractos y aún irreales”; el derecho lo adquirió la demandante acatando la soberanía y las Leyes de la República, pues a su cedente, la compañía *Glocca Morra Company*, la Nación la autorizó, por intermedio de la DIMAR, para realizar operaciones de exploración submarina en áreas debidamente puntualizadas, en calidad de sustituta de la sociedad *Glocca Morra Company Inc.* (fl. 183, cd. 9).

3. Sobre la “naturaleza jurídica de los bienes objeto del proceso”, el Tribunal los calificó de tesoro, cuyo dominio se adquiriría por el modo de la ocupación, descartando que fueran mostrencos, como lo había estimado el Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil.

Para el sentenciador de segundo grado, si las nociones de “especie náufraga” y “salvamento”, mencionadas en los artículos 710 y 711 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1545, 1609, numeral 4, y 1610 del Código de

Comercio, se aplican a las especies que se salvaren o rescataren al tiempo del siniestro o enseguida y no a las que se perdieren definitivamente, como tampoco a las no rescatadas, para que las "especies náufragas" sean consideradas bienes mostrencos se requiere no sólo que hayan sido "salvadas" y susceptibles de ser reclamadas por sus dueños, sino que sean declaradas tales "previo el juicio correspondiente".

Desde esta perspectiva, concluyó que no podía aplicarse "el concepto de especies náufragas y su eventual conversión en bienes mostrencos a aquellos objetos que han estado depositados en el fondo del mar durante muchos años (en este caso más de dos siglos)", pues no se ha producido salvamento alguno, el que debe ser inmediato (fl. 193, cd. 9). Luego los bienes que se encuentren en el fondo del mar, o son tesoros, o son antigüedades náufragas.

Para confirmar la calificación de tesoro, acotó que si bien la definición que trae el artículo 700 del Código Civil parece limitativa, en cuanto la restringe a "monedas, joyas u otros objetos preciosos" que se encuentren "en tierra firme", una interpretación razonable permite concluir que ello no es así, toda vez que para cuando se redactó el Código Civil, no era previsible que en el futuro "una diversidad de objetos adquirirían apreciable valor pecuniario, sean o no elaborados por el hombre", como los esqueletos de animales prehistóricos, según se consagra en las legislaciones Suiza, Alemana, Francesa y Española.

De otra parte, la Ley no distingue entre la "tierra firme" y el "fondo del océano", pues basta que los objetos hubieren estado "largo tiempo sepultados o escondidos". Y en el fondo del mar también lo pueden estar, por causas naturales o por actividad del hombre, sin importar que el hallazgo de tesoros en el citado lecho marino no se hubiere reglamentado, lo cual se explica porque para esas fechas "no se disponía, ni se preveía que pudiese disponerse de los medios técnicos y científicos para realizar exploraciones submarinas a grandes profundidades y descubrir tesoros" (fl. 194, cd. 9).

A continuación, se refirió al régimen jurídico de las antigüedades náufragas, para señalar que ellas fueron definidas por el artículo 2º del [Decreto 12 de 1984](#), "expedido con posterioridad a la exploración, a la denuncia del hallazgo y al reconocimiento de la DIMAR", como "las naves y su dotación, así como los muebles que hubiesen sido parte de ellas, yacentes dentro de las mismas y diseminadas en el fondo del mar, hayan sido o no elaboradas por el hombre, sea cualquiera la naturaleza de los bienes y cualquiera la causa y época del hundimiento". Este Decreto, agregó, fue modificado por el No. 1246 de la misma anualidad y reglamentado por el No. 2324 de dicho año, cuyos artículos 188 y 191 se ocuparon del permiso de exploración y denuncia, así como del porcentaje de participación para el denunciante, limitado a un 5% del valor bruto de lo rescatado, normas estas que fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia [C-102 de 10 de marzo de 1984](#)).

Con respaldo en lo señalado, advirtió que como las resoluciones de la DIMAR fueron proferidas entre 1980 y 1982, reconociendo a la *Glocca Morra Company* como denunciante de tesoros o especies náufragas, resulta indubitable que la sociedad demandante, cesionaria de aquélla, había adquirido "derechos que no pueden ser desconocidos por Leyes posteriores", por cuanto, como quedó explicado, no se trata de "meras expectativas" (fl. 197, cd. 9).

En este sentido, añadió que "una labor de cerca de dos años de exploración para identificar el lugar exacto del naufragio, con el personal y los medios técnicos y científicos apropiados, le da certeza a la demandante sobre el descubrimiento, el hallazgo. A tal certidumbre se agrega que, con autorización de la DIMAR y con la presencia de marinos colombianos, se efectuaron tareas de re-localización, confirmándose el lugar del siniestro e inclusive extrayendo muestras de madera". Por eso no podían aplicarse a este proceso, los Decretos y Leyes expedidos con posterioridad, ya referidos (fl. 198, cd. 9).

Concluyó, entonces, que el caso planteado en la demanda, debía resolverse aplicando las normas sobre tesoros que establece el Código Civil, en cuanto disponen que este le pertenece en condominio, por partes iguales, al descubridor y al dueño del terreno, mas no “los Decretos y Leyes expedidos con posterioridad a los hechos que hicieron surgir derechos para la demandante”.

Tampoco, dijo, eran aplicables los Decretos [655 de 1968](#) y [2349 de 1971](#), en términos generales, de similar contenido a los apartes del [Decreto 2324 de 1984](#) que fueron retirados del ordenamiento. El primero, por ser contrario a la Constitución de 1886 y a la vigente, puesto que, sea reglamentario, ejecutivo o autónomo, el Gobierno Nacional lo expidió sin tener facultades para reformar las disposiciones sobre tesoros del Código Civil. El segundo, porque las disposiciones que regulaban esa misma materia, fueron declaradas inexecutable.

4. Se ocupó luego del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en cuanto protestó porque los derechos de Colombia sobre la plataforma continental y la zona económica exclusiva, fueron establecidos de acuerdo al derecho público interno y no a los tratados internacionales, frente a lo cual el Tribunal indicó, con apoyo en el artículo [101](#) de la Constitución Política, que el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, entre otros, formaban parte de Colombia, “de conformidad con el Derecho Internacional o con las Leyes colombianas a falta de normas internacionales”.

Expresado lo anterior, señaló el *ad quem*, que si bien la “Convención sobre la Plataforma Continental”, aprobada mediante la [Ley 9ª de 1961](#), dispone que el “Estado ribereño ejerce soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración de recursos naturales” y el artículo 10º de la [Ley 10 de 1978](#) establece que la “soberanía de la Nación se extiende a su plataforma continental para los efectos de exploración y explotación de los recursos naturales”, tales normas no implicaban una limitación de la soberanía de

Colombia en esa zona. Por el contrario, con ellas se ratificó la misma, pues su objetivo fue impedir que empresas extrañas exploten esos recursos en detrimento de los países ribereños, quienes, por tanto, ostentan soberanía sobre otros bienes, como los tesoros y las especies náufragas.

Agregó que los tratados internacionales no son aplicables al caso, puesto que él no versa sobre los límites de Colombia, sino sobre la pretensión que tiene una empresa extranjera de apropiarse de la totalidad del tesoro que se encuentre en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva. En todo caso, ante la "falta de normas internacionales" que "limiten expresamente el derecho de Colombia ante la empresa extranjera denunciante del descubrimiento", impera de preferencia la Constitución Política, la cual establece que también hacen parte de Colombia la "plataforma continental y la zona económica exclusiva", áreas a las que precisamente se extiende su soberanía, pues de no ser así, el Código Civil no tendría operancia y ningún juez colombiano podría válidamente reconocer los derechos reclamados (fl. 206, cd. 9).

5. Por todo ello, confirmó la sentencia apelada.

### **LOS RECURSOS DE CASACIÓN**

Tres son las demandas de casación presentadas, con las cuales, cada uno de los recurrentes, sustentó su respectiva impugnación.

La sociedad actora formuló un sólo cargo, al amparo de la causal primera y de alcance parcial, por haberse negado las pretensiones dirigidas a reconocer que los bienes denunciados le pertenecían exclusivamente a ella.

La Nación y el Ministerio Público, en demandas separadas pero de similar contenido, plantearon cuatro acusaciones cada una. Las tres primeras de los respectivos escritos, censuran la violación de la Ley sustancial, mientras que la última de ambas demandas, fue perfilado por la causal quinta de casación,

cargos éstos que, por estar referidos a un vicio de procedimiento, se examinarán delantadamente y de manera conjunta.

La Corte analizará luego los restantes seis cargos de las demandas formuladas por la parte demandada, pero agrupando, dada la afinidad de acusaciones, el segundo del libelo de la Nación y el tercero del Ministerio Público, y en otro grupo, las demás censuras, con los ajustes que posteriormente se explicarán. Por último, se estudiará el único cargo propuesto por la sociedad demandante.

Sea del caso señalar, respecto de todas y cada una de las acusaciones, anticipadamente, que la Sala, en procura de su definición y esclarecimiento, se concretará a su específico contenido, a las actuaciones registradas y a los documentos y pruebas oportunamente allegadas al expediente, sin que, por tanto, como debe ser, puedan incidir en el fallo, ninguna otra clase de elementos de juicio de los aquí militantes-que sean jurídicamente atendibles-o de conocimiento o información derivada, ya sea de relatos históricos o literarios, o, en general, de las diversas publicaciones que en torno a este asunto pudieren existir, *extra processus*, por relevantes que fueran. De allí que la Corte, en desarrollo del debido proceso, a que también ésta sujeto el recurso de casación, se limitará al examen de las censuras en su momento formuladas, así como al material válidamente obrante en el proceso, objeto de reproche o particular cuestionamiento. Al fin y al cabo, con todo lo que ello entraña, es este un recurso típicamente extraordinario, como tal, ajeno a los que se ventilan en las instancias.

#### **CARGO CUARTO DE LAS DEMANDAS DE LA NACION Y DEL MINISTERIO PUBLICO**

Con fundamento en la causal 5ª de casación, la Nación Colombiana y el Ministerio Público denunciaron la sentencia del Tribunal, por haberse incurrido en la causal de nulidad procesal proveniente de falta de jurisdicción.

La Nación adujo que como el debate emanaba de unos actos administrativos y de la obligación de contratar administrativamente el rescate de lo que se entiende por especies o antigüedades náufragas, el conocimiento del proceso correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del [Decreto 2304 de 1989](#), que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, más cuando lo pretendido es la declaración de dominio sobre unos bienes de propiedad de la Nación, en suelo marino de la misma.

Afirmó, que la jurisdicción ordinaria no es la competente para conocer de la controversia, como se sostuvo en el fallo recurrido, que se respaldó en que aquí no se controvierten los actos administrativos y en que el reconocimiento del dominio que se solicitó es una pretensión meramente declarativa, decisión y argumentos que desconocen que, además de la nulidad de dichos actos, la justicia administrativa también conoce de las "controversias y litigios originados con la actividad por acción y omisión de la administración".

De otra parte, si en la demanda se alegó que la Nación no celebró el contrato de rescate, en el cual se determinaría la participación del descubridor de las especies o antigüedades náufragas, a la luz del entonces [Decreto 222 de 1983](#) e, inclusive, de la [Ley 80 de 1993](#), "el juez de dichos actos y eventuales perjuicios, como también de la obligación de hacer supuestamente en cabeza del Estado para suscribir dicho contrato, no es otro que el contencioso administrativo" (fl. 155, cd. 13).

En el mismo sentido discurrió el Ministerio Público, quien aseveró que si las pretensiones se fundamentaron en la solicitud formulada por la actora a la DIMAR, así como en la autorización que ésta concedió a aquella, se trata de la actuación de una entidad pública cobijada por el Código Contencioso Administrativo. Es más, esa autorización implicó un acto preparatorio de un contrato administrativo, por lo que de conformidad con lo previsto en el

artículo 77 de la [Ley 80 de 1993](#), el juez de la administración es el llamado a conocer del litigio.

Se solicitó, entonces, casar la sentencia del Tribunal y declarar la nulidad de todo lo actuado.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. La nulidad alegada en el ámbito del recurso de casación. Fundamentos esgrimidos por los recurrentes.**

Como bien se desprende de la lectura de los cargos *sub examine*, ellos aluden a varios aspectos que, en sentir de los censores, conducen a declarar la nulidad enrostrada:

El primero, efectivamente, se hizo consistir en que el origen del presente juicio, deriva de unos actos administrativos, luego la declaración de dominio sobre unos bienes patrimoniales de la Nación, con prescindencia de la calificación jurídica de la pretensión, debe ser conocida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En segundo lugar, alegaron que en virtud de la cláusula general de competencia radicada en cabeza del H. Consejo de Estado, la referida Corporación es la competente para conocer de cualquier controversia y litigio originado por acción u omisión de la administración.

Seguidamente adujeron, que la mencionada jurisdicción especial, no está instituida para pronunciarse exclusivamente sobre la nulidad de los actos administrativos, ya que también conoce de las controversias y litigios originados por la acción u omisión de la administración y, en este proceso, la demanda tiene apoyo en una actuación administrativa de la DIMAR.

Y finalmente señalaron, que la celebración del contrato entre la actora y la Nación para el rescate de los bienes descubiertos por aquélla, en el que habría de fijarse la eventual participación de la sociedad demandante, es un asunto de conocimiento del juez administrativo, conforme a lo señalado en el [Decreto 222 de 1983](#), entonces vigente, temática hoy disciplinada en la [Ley 80 de 1993](#), competencia privativa que también se hace extensiva a todos los actos preparatorios de un contrato de naturaleza administrativa, planteamientos que, en concreto, e individualmente, la Sala evaluará a continuación.

## **2. Naturaleza civil de la acción formulada por la sociedad demandante. Exclusión de la jurisdicción contencioso administrativa y reafirmación de la competencia asignada a la jurisdicción ordinaria.**

2.1. Con el objeto de comprender cabal y adecuadamente los argumentos que en desarrollo de la acusación examinada aquí habrán de consignarse, así como la conclusión a que se arribará, es del caso aludir, delantadamente, al discurrir fáctico de la relación sostenida entre la demandante-comprendidas las gestiones de quienes cedieron a ella sus derechos-y la demandada, o más específicamente la Dirección General Marítima y Portuaria, a fin de establecer, con estribo en ese devenir de los hechos, que ellos bien pueden agruparse en tres etapas, claramente diferenciables entre sí: la primera, tocante con la exploración submarina realizada por la *Glocca Morra Company*; la segunda, relativa a la denuncia del hallazgo efectuado por ésta y a su correlativo reconocimiento como tal; y la tercera, concerniente con la recuperación de los bienes denunciados, todo para comprobar que, desde el prisma del derecho administrativo, las dos primeras se agotaron jurídica y materialmente, sin que sean materia del presente litigio, y que la última no ha tenido aún concreción o definición de ningún tipo, ni atañe a esta controversia-ni directa, ni indirectamente-, razón por la cual, la acción judicial intentada reviste naturaleza exclusivamente civil, conforme se corroborará.

a) *Ab initio*, el antecedente pertinente del que debe partirse, es la solicitud que la *Glocca Morra Company Inc.* otrora elevó el 22 de octubre de 1979 a la Dirección General Marítima y Portuaria, para que la autorizara a realizar exploraciones submarinas en las áreas marítimas detalladas en la misma petición, “con el objeto de establecer la existencia de especies náufragas, tesoros o cualquier otro elemento de valor histórico, científico o comercial” (fls. 688 y 689, cd. 1-III).

En virtud de ella, la citada Dirección dictó la Resolución 0048 de 29 de enero de 1980, mediante la cual otorgó la autorización solicitada pero sólo respecto de una de las zonas indicadas por la peticionaria y la negó, “por inconveniencia a la política exterior del país”, en relación con “la segunda área solicitada”, destacando las principales obligaciones a que quedaba comprometida la citada sociedad; fijando el término de dos años como el de vigencia de tal determinación y ordenando el cumplimiento de los formalismos legales (fls. 62 a 66, cd. 1-II).

Sin perder de vista que a través de la Resolución 753 de 13 de octubre de 1980, la DIMAR autorizó la cesión por parte de la *Glocca Morra Company Inc.* a la sociedad *Glocca Morra Company*, de los derechos derivados del acto administrativo anteriormente referido, propio es entender que en firme éste, era posible la realización de los correspondientes trabajos de exploración submarina, como en efecto aconteció, los cuales se extendieron hasta cuando, como a continuación se puntualizará, se dio aviso al mencionado organismo del descubrimiento realizado.

Nada, pues, quedó pendiente en lo tocante con esta primera fase de exploración, ya que, como se precisó, la petición que la originó fue decidida por el ente a quien se dirigió, sin reparo de la interesada, y las actividades de búsqueda, a la sazón, se cumplieron a satisfacción.

b) El 18 de marzo de 1982, la sociedad *Glocca Morra Company* denunció el hallazgo de tesoros correspondientes a naufragios de naves, acompañando a su escrito el "Reporte confidencial sobre la exploración submarina efectuada por la compañía GLOCCA MORRA en el Mar Caribe, Colombia Febrero 26, 1982", en donde, entre muchas otras informaciones, se precisó el lugar de ubicación de los bienes descubiertos (fls. 658 a 670, cd. 1-III).

Con arreglo a la Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982, la DIMAR resolvió "Reconocer a la sociedad GLOCCA MORRA COMPANY, constituida de acuerdo con las Leyes de las Islas Cayman (Antillas Británicas Occidentales) como denunciante de tesoros o especies náufragas en las coordenadas referidas..." en el aludido "Reporte Confidencial" (fl. 71, cd. 1-II).

Como en el caso de la etapa o fase anterior, ésta se desarrolló sin tropiezos, en la medida en que la petición referida fue atendida por la mencionada autoridad estatal, accediéndose expresamente al reconocimiento de la solicitante como "denunciante de tesoros o especies náufragas" en la forma recamada, sin que tampoco mediara reproche alguno respecto del acto administrativo proferido.

c) Posteriormente, el 22 de septiembre de 1984, como da cuenta de ello la demanda, el entonces Director General Marítimo y Portuario remitió a la sociedad demandante la minuta de proyecto del contrato para el rescate de los bienes denunciados, frente al cual ésta expresó su conformidad, salvo respecto de dos de sus cláusulas, lo que motivó la expedición del oficio 3315 de 2 de noviembre del citado año, en el que la DIMAR concretó los porcentajes de participación, manifestando la sociedad su aceptación.

En ese punto quedó suspendida la comunicación entre las partes, sin que, por ende, se hubiere llegado después a la celebración del contrato respectivo.

Conclúyese, entonces, que si bien pudo haber-en gracia de discusión-un principio o un comienzo de negociación, la misma no se concretó o agotó en la

esfera jurídica y, por consiguiente, como acaba de señalarse, no se materializó ningún acuerdo vinculante y definitorio de voluntades, *stricto sensu*, debiéndose advertir desde ya por su relevancia, tal y como seguidamente se ampliará, que por la ulterior corrección que se hizo de la demanda, se excluyó íntegramente del litigio la pretensión quinta inicial, relacionada con los aspectos que ahora se comentan.

Con apoyo en lo precedentemente puntualizado, prosigue la Sala con el estudio de la acción formulada, con el propósito de establecer su genuina naturaleza y alcance.

2.2. Conforme a la demanda corregida (fls. 166 a 191, cd. 1), ello es medular en este asunto sometido al escrutinio de la Corte, sus pretensiones quedaron referidas únicamente al dominio de los bienes cuyo hallazgo denunció la cedente de la demandante a la DIMAR, como quiera que se solicitó que si ellos están ubicados en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental colombianas, "no pertenecen a la Nación" (primera), sino que, en su totalidad, "le pertenece(n)... a la sociedad demandante,..." (segunda); que si se encuentran en el mar territorial colombiano, "solo el 50% de esos bienes pertenece a la sociedad demandante, y el otro 50% pertenece a la Nación" (tercera); y que según se encuentren en esas primeras dos zonas, la actora tiene derecho a recuperarlos para sí, "como su único propietario, sin limitación alguna", en tanto que si están ubicados en la última, la Nación debe hacerle entrega "del 50% de propiedad de aquella" (cuarta).

Así mismo, debe destacarse que la totalidad de dichas pretensiones atañen a los bienes "que tengan la calidad de tesoros", según la calificación que de ellos allí mismo expresó la actora, y que en todas y cada de las súplicas se invocó o aludió a la Resolución de la DIMAR No. 0354 de 3 de junio de 1982, por medio de la cual se reconoció a la *Morra Glocca Company* como denunciante de "tesoros y especies náufragas".

Adicionalmente, necesario es advertir que el fundamento fáctico aducido, en lo cardinal, se concretó a describir que la sociedad *Glocca Morra Company Inc.* solicitó ante la DIMAR, y obtuvo de ésta, mediante Resolución 0048 de 29 de enero de 1980, autorización para efectuar exploraciones submarinas en búsqueda de tesoros y antigüedades náufragas, en las zonas del Mar Caribe que aparecen precisadas en el mismo libelo (hechos 4° y 6°); que posteriormente, por Resolución No. 0753 de 13 de octubre de 1980, fue autorizada por la misma entidad para ceder los derechos derivados de ese primer acto administrativo a la sociedad *Glocca Morra Company* (hecho 7°); que fue ésta última compañía quien, el 18 de marzo de 1982, denunció ante la DIMAR “el hallazgo de tesoros correspondientes a naufragios de naves”, razón por la cual dicho ente, en virtud de la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, la reconoció “como denunciante de tesoros o especies náufragas en las coordenadas referidas en el ‘Reporte Confidencial sobre Exploración Submarina’ de 26 de febrero del mismo año (hechos 15 y 16); que a través de la Resolución 204 de 24 de marzo de 1983, la DIMAR autorizó la cesión de los derechos de la sociedad *Glocca Morra Company* a la sociedad *Sea Search Armada* (hecho 17); que de conformidad con las disposiciones de la [ley 10 de 1978](#), Colombia ejerce plena soberanía sobre el mar territorial, aun cuando en relación con la zona económica exclusiva y la plataforma continental ostenta solamente unos derechos soberanos concernientes con la exploración, explotación y vigilancia de los recursos naturales, vivos y no vivos (hechos 19 a 21); que de ello se sigue, que si “el tesoro denunciado” se encuentra por fuera del mar territorial, pero en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental, “no le pertenece en parte alguna a la Nación, al hallarse fuera de su jurisdicción, por no tratarse de recursos naturales vivos como plantas o animales, o no vivos como minerales. Consecuentemente, tal tesoro es de propiedad de la demandante en su totalidad” (hecho 22); que en “el evento de que este tesoro se encuentre en el mar territorial colombiano, dentro de las coordenadas y zonas aledañas a que alude la resolución No. 0354 de junio 3/83 (sic) de la Dirección General Marítima y Portuaria, pertenece entonces en condominio, por partes iguales, a la demandante y la Nación,

conforme a lo dispuesto en el artículo 701 del Código Civil colombiano, norma que regía cuando la compañía Glocca Morra Company fue reconocida como denunciante de tesoros por la resolución atrás mencionada (...)” (hecho 23); y que en desarrollo del privilegio o derecho de preferencia de la demandante, para convenir con la Nación el rescate de los bienes descubiertos, la DIMAR se dirigió a ella a fin de concertar la celebración del respectivo contrato que permitiera la explotación o recuperación de las especies descubiertas, el cual, en definitiva, nunca se celebró (hechos 24 a 38).

2.3. Pertinente, por su valía, es igualmente manifestar que la Nación, una vez fue notificada del correspondiente auto admisorio de la demanda, lo recurrió en reposición, alegando que “el contrato materia del supuesto derecho de preferencia, es un contrato administrativo”, por lo que “la jurisdicción de lo contencioso administrativo está facultada para conocer de la controversia suscitada por el actor en torno a la supuesta preferencia que alega” (fl. 76 cd. 1). El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, en desarrollo del recurso en comento, mediante auto de 21 de marzo de 1990 (fls. 159 a 165 ib.), revocó el proveído recurrido y, en su lugar, inadmitió la demanda, por considerar que en ella existía “una petición..., mas concretamente la quinta, que no es competencia de la justicia ordinaria, y por ende se ha configurado una indebida acumulación de pretensiones” (fl. 164 ib; se subraya).

La parte demandante, frente a la decisión adoptada, corrigió el libelo, en el sentido de excluir directamente la mencionada pretensión quinta, que era del siguiente tenor: “Que como denunciante debidamente reconocida de tesoros, por Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982 de la Dirección General Marítima y Portuaria, en el área delimitada en las anteriores peticiones, la sociedad demandante tiene privilegio o derecho de preferencia para contratar con la demandada su recuperación o rescate, en el caso de que tales bienes se encuentren en el mar territorial colombiano, y sin perjuicio de sus derechos

como denunciante". Como corolario de tal supresión y, por tanto, acatamiento, se admitió la demanda, por auto de 21 de marzo de 1990 (fl. 194 ib.)<sup>1</sup>.

2.4. Del compendio realizado en líneas que anteceden, puede concluirse que la acción intentada está referida exclusivamente al dominio de los bienes disputados, calificados por la propia demandante como tesoro, el cual, con respaldo en el artículo 701 del Código Civil, según la indicación expresa que hizo en la demanda, pretende ella para sí, en todo o en un 50%.

Al respecto, son más que dicentes las propias pretensiones del libelo respectivo, con las cuales se busca, como ya se hizo notar, en el supuesto de que el tesoro hallado esté ubicado en la zona económica exclusiva o en la

---

<sup>1</sup> Para mayor claridad, a renglón seguido se transcriben las cuatro pretensiones que finalmente fueron materia de conocimiento por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla y por el Tribunal Superior de esa ciudad: "PRIMERA: Que no pertenecen a la Nación, en parte o proporción alguna, los bienes de valor económico, histórico, cultural o científico que tengan calidad de tesoros y se encuentran en la plataforma continental colombiana o en su zona económica exclusiva, dentro de las coordenadas y áreas aledañas que están referidas en el 'Reporte Confidencial sobre la Exploración Submarina' efectuada por la Compañía GLOCCA MORRA COMPANY en el Mar Caribe, Colombia Febrero 26 de 1982, página 13 No. 49195 Berlitz Translation Service, que hace parte integral de la Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982, de la Dirección General Marítima y Portuaria, por la cual se reconoció a la sociedad 'GLOCCA MORRA COMPANY' como denunciante de los tesoros o especies náufragas que se hallen en tales áreas"; "SEGUNDA: Que los bienes de que trata la petición anterior le pertenecen en su totalidad a la sociedad demandante, si se encuentran en la plataforma continental colombiana o en su zona económica exclusiva, dentro de las coordenadas y áreas aledañas que están referidas en el 'Reporte Confidencial sobre la Exploración Submarina' efectuada por la Compañía GLOCCA MORRA COMPANY en el Mar Caribe, Colombia Febrero 26 de 1982, página 13 No. 49195 Berlitz Translation Service, que hace parte integral de la Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982, de la Dirección General Marítima y Portuaria, por la cual se reconoció a la sociedad 'GLOCCA MORRA COMPANY' como denunciante de los tesoros o especies náufragas que se hallen en tales áreas"; "TERCERA: Que si los bienes de que tratan las dos peticiones anteriores se encuentran dentro de las coordenadas y zonas aledañas allí mismo señaladas, pero no se hallan en la plataforma continental colombiana o en su zona económica exclusiva, sino en el mar territorial colombiano, solo el 50% de esos bienes pertenece a la sociedad demandante, y el otro 50% pertenece a la Nación"; "CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones la sociedad demandante tiene la facultad o potestad de recuperar o rescatar esos bienes, como su único propietario, sin limitación alguna, si se encuentran en la plataforma continental o zona económica exclusiva colombiana; o a la demandada le corresponde hacerle entrega del 50% de propiedad de aquella, inmediatamente se produzca su rescate o recuperación, si se encuentran dentro del mar territorial colombiano".

plataforma continental colombianas, se declare, de un lado, que la Nación no tiene el dominio de él y, de otro, que ese derecho, por tanto, es exclusivamente de la demandante; y en la hipótesis de que los bienes se encuentren en el mar territorial de Colombia, que la propiedad es compartida, radicándose el 50% en cada una de las partes.

Nada más, pero tampoco nada menos, fue lo que finalmente se solicitó en la demanda. Ninguna otra súplica allí se formuló y las propuestas son del contenido ya señalado. En ellas, por consiguiente, no se comprometió tema diferente al de los bienes descubiertos, itérase, considerados por la propia actora como tesoros o, más propiamente, al de la propiedad de los mismos, cuya definición la demandante procura se haga a su favor, con respaldo en el citado artículo 701 del Código Civil y en la circunstancia de concurrir en ella, por la cesión de derechos que le hizo la sociedad *Glocca Morra Company*, la calidad de denunciante, según el reconocimiento que como tal la DIMAR efectuó a través de la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982.

En consonancia con esas peticiones, la demandante esgrimió en su sustento, básicamente, la solicitud que se hizo a la Dirección General Marítima y Portuaria para que autorizara la exploración del Mar Caribe en zonas determinadas, en búsqueda de tesoros y antigüedades náufragas; el permiso que ese organismo concedió; la denuncia ante dicha Dirección del descubrimiento efectuado y el reconocimiento de esta última circunstancia por parte de la DIMAR, mediante el acto administrativo tantas veces mencionado.

Traduce lo anterior, que la totalidad de los hechos expresados en el libelo introductorio concurren al propósito de soportar las pretensiones mismas, esto es, que en razón a su ocurrencia (exploración, descubrimiento, denuncia y reconocimiento de la denunciante) es que la demandante expresa haber adquirido el derecho de dominio que reclama y, por esta vía, a definir el carácter estrictamente civil de la acción intentada, como se ampliará en su oportunidad.

Mayor fuerza adquiere aún la conclusión esbozada, si se aprecia que al señalarse los fundamentos jurídicos de la demanda, su autora inició con la mención de los artículos 700 y 701 del Código Civil, únicas normas de este ordenamiento que fueron invocadas, lo que tampoco puede ser soslayado. Muy por el contrario, debe ser tomado en consideración, a manera de hecho corroborante.

2.5. La premisa sentada en precedencia, no sufre mengua alguna, por la circunstancia de que en la demanda inicial se hubiere incluido otra pretensión distinta, numerada como quinta, cuyo contenido, *ad pedem literae*, anteriormente se reprodujo.

En torno de este específico punto, huelga recordar que la inadmisión que se efectuó de la demanda primigeniamente presentada se afincó, en lo fundamental, en el hecho de que la indicada súplica pertenecía a la órbita de lo contencioso administrativo, por estar referida, precisamente, al derecho de preferencia que, en concepto de la actora, estaba radicado en su cabeza, con miras a celebrar el contrato para el rescate de los bienes denunciados.

Como se indicó, la parte actora acató la orden judicial de subsanación impartida y con ese confesado propósito, *in radice*, excluyó la petición que ahora se menciona, comportamiento procesal que si bien tuvo por fin inmediato conjurar el defecto formal advertido por el juzgado, en el fondo, esta actuación implicó la concreción y, por ende, la delimitación de la acción a la materia estrictamente civil, buscando la eliminación de cualquier elemento que pudiera desviar o alterar su genuina comprensión, esto es, que desdibujara que su real naturaleza estaba signada únicamente por la definición del derecho de dominio de los bienes materia de la controversia a la luz de lo dispuesto en el artículo 701 del Código Civil.

La corrección que se hizo del libelo, por tanto, adquirió así marcada significación en el cosmos sustancial y procesal, pues no se trató de un ajuste

meramente formal de la demanda inicial, sino de la adecuación de sus pretensiones a la acción intentada, comprendida en su verdadero alcance y magnitud, razón por la cual se conservaron todas las pretensiones tocantes con el dominio de los bienes descubiertos y se suprimió la que era extraña a esa específica finalidad, con todo lo que ello entraña jurídicamente.

Ahora bien, que en la demanda corregida se hubiesen conservado materialmente los hechos vinculados al tema de la pretensión quinta excluida, esto es, al presunto derecho de privilegio o preferencia aducido por la actora para celebrar con la Nación el contrato para la recuperación de los señalados bienes y a las gestiones que sobre el particular se adelantaron, es cuestión enteramente entendible, puesto que en la inadmisión de la demanda, el juzgado del conocimiento se limitó a evaluar las pretensiones, sin que, por tanto, su debida y ulterior subsanación, conllevara modificación alguna de los hechos del libelo, los que en tal virtud, formalmente, permanecieron incólumes, o sea intocados.

Por ello es por lo que la supresión de la memorada petición de la plataforma litigiosa, implicó que todos los hechos relacionados con ella, al no guardar estricta relación con las demás solicitudes que sí continuaron vigentes, *petitum*, perdieran relevancia jurídica, precisamente por sustracción de materia, y que, por tanto, esos hechos no puedan servir para establecer la naturaleza de la acción, en la medida en que su contenido, en rigor, se tornó ajeno al objeto del litigio, el que entonces se reajustó o reorientó, siendo ello no sólo posible, sino también válido en el ámbito procesal patrio.

2.6. Llegados a este punto, es menester recordar, *in extenso*, que "a la acción civil de carácter privado, en estado de pretensión concreta hecha valer en determinado proceso, la individualizan diferentes elementos que a su vez y obedeciendo a finalidades de notable importancia, son los que permiten identificar la litis objeto de dicho proceso, habida cuenta que según como se presenten tales elementos en la realidad práctica, cada proceso tendrá su

propia singularidad,... Sujetos, objeto y causa son, pues, los elementos de toda pretensión por cuyo conducto se obtiene la individualización del contenido litigioso de cada proceso civil en particular, y en cuanto al tercero de esos elementos concierne, debe tenerse presente que lo constituye el conjunto de hechos **de relevancia jurídica** en que el actor ha fundado la ameritada pretensión,... Dicho en otras palabras, para identificar una pretensión con la exactitud necesaria y evitar de este modo incurrir en los excesos o desviaciones a los que atrás se hizo referencia, no basta atender a lo que se pide sino que respecto a ese 'petitum' que constituye objeto inmediato de la pretensión, el ordenamiento positivo exige que se le ponga en relación con la causa de pedir invocada, expresión esta que según acaba de verse, comprende tanto la concreta situación de hecho aducida **como las consecuencias jurídicas que a esa misma situación le asigna el demandante**, de lo que se sigue, entonces, que el elemento identificador en estudio lo componen dos factores enlazados entre sí en estrecha conjunción que de acuerdo con la perspectiva que de esta última aporta la demanda, tampoco puede serle indiferente a los sentenciadores quienes, además de exhaustivos en el pronunciamiento decisorio frente a todos los temas materia de debate, deben ser respetuosos de dicha conjunción y considerarla en su integridad".

"Esos dos factores, componentes inseparables de la 'causa petendi', determinan la razón de ser o el 'título' de la pretensión, título en cuya configuración concurren unas razones de hecho y otras de derecho, entendiéndose que las primeras vienen dadas por el relato histórico de todas las circunstancias fácticas de las que se pretende deducir aquello que se pide de la jurisdicción, **mientras que las segundas son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante autoatribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales**, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada...En efecto, al llevar a cabo la tarea, de suyo exigente en grado sumo,

de identificar el objeto del proceso en un supuesto dado, obligado es no perder de vista que en lo atinente a la trascendencia jurídica que de dicho objeto pueda predicarse, a su turno juegan papel dos ingredientes cuyo alcance, en el plano que aquí importa destacar, ninguna semejanza tiene: En primer lugar, ha de tomarse muy en cuenta la **significación jurídica particularizada de la situación de hecho descrita en la demanda**, entendida como el **agregado de consecuencias relevantes que el ordenamiento liga a dicha situación y hace posible que la tutela solicitada del poder jurisdiccional del Estado sea esa y no otra distinta**, las más de las veces resultante esta última de la simple imaginación de sus órganos; y en segundo lugar, la mención de las reglas de derecho objetivo que en opinión del demandante son aplicables y por ende justifican su pretensión, factor este último ajeno a la delimitación de la 'causa petendi' y por ello no vinculante en la sentencia que va a proferirse, lo que no acontece con el primero puesto que si bien es cierto que a los jueces les ha sido reservada la misión de efectuar la correcta calificación jurídica de los hechos litigados que resulten probados,..., aquellos funcionarios no cuentan con autoridad ninguna para, en correría ilimitada y arbitraria, llegar hasta desestimar las susodichas declaraciones, seleccionando de oficio acciones y vías legales no utilizadas por las personas legitimadas para hacerlo, luego salta a la vista la especial importancia que tiene la escogencia de la acción y la manera de enderezarla..." (G.J. CCLVIII, págs. 109,110; Se subraya y resalta).

En armonía con la precedente tesis de la Corte, milita autorizada doctrina, según la cual, de un lado, "La pretensión, ..., es el auténtico objeto del proceso, el concepto que establece el ámbito dentro del cual el proceso vive, la materia procesal por antonomasia"<sup>2</sup> (Se subraya) y, de otro, "La declaración de querer que sea actuada una voluntad concreta de ley, comprende la designación del bien a que se aspira y las razones por las cuales se pretende que está garantizado por la ley (**petitum y causa petendi**)". Para esta

---

<sup>2</sup> [Jaime Guasp. Derecho procesal civil, T. I. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1968, pág. 216.](#)

exposición esencial es la indicación del hecho jurídico;...” que “puede limitarse a lo que es necesario para individualizar o identificar la acción que se ejercite, según las reglas expuestas, que valen tanto para determinar los límites objetivos de la cosa juzgada, como para determinar el contenido necesario de la demanda y delimitar la prohibición de modificar lo pedido, etc.”<sup>3</sup> (Se subraya).

Aplicado al caso auscultado el criterio jurisprudencial y doctrinal expuesto, se impone colegir que la causa para pedir la declaración de dominio a que se contraen las pretensiones de la demanda, en esencia, primeramente consiste en el hecho de haberse radicado en la demandante la calidad de denunciante de los bienes materia del litigio, conforme el reconocimiento que sobre el particular hizo la DIMAR en la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, por lo cual era pertinente aludir a que, previamente, se solicitó y obtuvo de la misma Dirección el permiso para efectuar los correspondientes trabajos de exploración; en segundo lugar, a la calificación que de esos bienes hizo como tesoros y, por último, a la aplicación que reclamó, *expressis verbis*, del artículo 701 del Código Civil.

En este orden de ideas, propio es comprender, por una parte, que dentro de ese contexto fue que se esgrimieron hechos tocantes con la existencia de la DIMAR; con la facultades de que estaba investida; con la solicitud de autorización para la verificación de las labores exploratorias; con la concesión de la misma; con el descubrimiento y su denuncia ante la nombrada entidad y con el reconocimiento, que en tal sentido, hizo ésta a la cedente de la demandante; y, por la otra, que los hechos concernientes con el mencionado derecho de privilegio o preferencia de la actora para ajustar con la Nación el contrato de rescate o recuperación de los bienes hallados, carecen de entidad y trascendencia jurídica frente a las pretensiones y, por lo mismo, devienen extraños a ellas, *stricto sensu*, como se acotó.

---

<sup>3</sup> [Giuseppe Chiovenda. Curso de derecho procesal civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, pág. 356.](#)

Igualmente, que es evidente el carácter exclusivo y típicamente civil de la acción finalmente incoada, en tanto y en cuanto, como se dejó sustentado, ella únicamente versa sobre el dominio de los bienes descubiertos, derecho que, se insiste, la demandante procura para sí, total o parcialmente, en consideración a ostentar ella la condición de denunciante de los mismos y a que estimó tales bienes como un típico y clásico tesoro, por lo que su adquisición la fincó a la luz del régimen especial consagrado en el artículo 701 del Código Civil, más allá de su real y efectiva pertinencia.

Baste por el momento puntualizar, por cuanto de ello se ocupará la Sala a espacio al despachar las restantes acusaciones, que el tesoro, como milenaria institución jurídica, sin duda, es de linaje esencialmente civil, de forma tal que aparece definido en el artículo 700 de la mencionada codificación y sujeto a las especiales reglas desarrolladas en sus artículos 701 a 704, todas pertenecientes al Título IV "De la ocupación", del Libro Segundo "De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce". Evidente es, pues, el carácter privado de dicha temática, más cuando ella aparece disciplinada en el interior de uno de los modos más tradicionales y emblemáticos de adquisición de las cosas-la ocupación-, basamento del derecho civil, por antonomasia.

2.7. Por consiguiente, aflora paladino que la acción en comento no comprende cuestión diferente y, mucho menos, ello es neurálgico, vinculada con la validez de los actos administrativos expedidos por la DIMAR o, en general, con la actividad de la administración, ya sea por acción u omisión, como tampoco relativa al tema de la recuperación del hallazgo, que comprometa gestión alguna precontractual o contractual de la Nación. Cosa completamente distinta, es que el *peritum*, como se anticipó, refiera a puntuales actos administrativos, pero siempre para derivar derechos de abolengo civil, lo que no torna la acción, *per se*, en administrativa, como tal susceptible de ventilarse en el marco de la apellidada jurisdicción contenciosa administrativa.

Repárese, en adición a lo manifestado en precedencia, que la sentencia del juzgado de primera instancia, confirmada en todas sus partes por la del Tribunal, no adoptó ninguna decisión sobre la legalidad o validez de los actos administrativos dictados por la DIMAR, o de las actuaciones de ésta, como tampoco sobre el "privilegio o derecho de preferencia para contratar". Lo que se declaró es que las partes son copropietarias, en común y proindiviso, de los aludidos bienes, que se consideraron tesoros, con independencia de que se encuentren en el mar territorial, en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva.

Ahora, que la declaración de dominio peticionada y, en últimas, pronunciada por el Tribunal en su fallo, esté fundamentada en el reconocimiento que se hizo de la demandante como "denunciante" de "tesoros o especies náufragas", en calidad de sucesora de la concesionaria de la exploración submarina, no traduce, *ab origine*, que los respectivos actos administrativos, comprendidos los tocantes con la exploración submarina, como los concernientes con el descubrimiento o, en general, la actividad, positiva o negativa-omisión-, de la administración, inclusive la desarrollada con miras a la celebración del mencionado contrato de recuperación de las especies encontradas, hubieren sido materia de efectiva controversia.

Si bien, no puede desconocerse la existencia de una conexión, vínculo o ligamen entre los comentados actos administrativos, en particular el que reconoció a la actora como denunciante de tesoros, y la pretensión de dominio en este asunto formulada, como quiera que, precisamente, prevalida de tal condición, fue que la sociedad demandante elevó dicha solicitud, ello, en puridad, no es suficiente para afirmar que, como la posición asumida por la actora en este juicio se apoya o cimenta en tal decisión administrativa, el competente para conocerlo, so pena de nulidad, indefectiblemente es el juez administrativo.

Dicha etiología, en suma, no altera pues la competencia de la jurisdicción ordinaria, ni sirve de argumento válido para transformarla o tornarla administrativa, en atención a la prístina teología del *petitum* y al contenido dominical de todas y cada una de las pretensiones, individual y colectivamente consideradas.

2.8. Por su pertinencia, cumple observar que, en reiteradas ocasiones, esta Sala se ha ocupado de procesos judiciales que, no obstante tener causa directa o indirecta en actos de la administración, generan controversias que, por el factor *rationae materiae*, deben ser resueltos mediante la aplicación de normas propias del derecho privado, y no del público, dentro de los cuales cabe mencionar, a título meramente ilustrativo, las acciones ordinarias de rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa celebrado por una entidad pública, como adquirente, con un particular, cuando tales negociaciones estuvieron sometidas a las especiales reglas de contratación pública (Vid: cas. civ., 30 de enero de 2007, Exp. 2889 y cas. civ., 17 de julio de 2006, Exp. 7191) y la reivindicatoria, en el que el inmueble cuya recuperación se pretende, fue objeto de adjudicación mediante actos administrativos (Vid: cas. civ. 27 de marzo de 2006, Exp. 0139), lo que permite aseverar que el simple hecho de que en la controversia civil juegue algún papel un acto administrativo, no constituye, *per se*, un factor atributivo de competencia que habilite a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de ella, pues, se itera, es posible que el litigio, como ocurrió en esos casos y acontece en el presente, verse sobre aspectos propios del derecho privado, en el que la incidencia que produce la actividad de la administración es meramente instrumental.

Al respecto, con toda precisión, tiene dicho el mismo Consejo de Estado que "La función de la jurisdicción contenciosa administrativa es exclusivamente la de decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos de la administración. **Pero no puede determinar si un bien es de propiedad nacional o particular**, pues invadiría la órbita señalada al poder judicial. Cuando un acto

de la rama ejecutiva del poder público repercute sobre cuestiones de dominio, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo corresponde fallar sobre si tal acto se ajusta a las disposiciones legales que rigen la materia o si fue dictado con violación de las mismas o con abuso de poder o desviación de las atribuciones propias del respectivo funcionario; **pero no puede entrar a decidir sobre la propiedad o posesión de la cosa.** Esta regla es consecuencia lógica e inmediata de la naturaleza misma de la jurisdicción contenciosa administrativa, ajena por completo a la posibilidad de declarar quien sea dueño, poseedor, usufructuario, etc. ..., pues tal cosa sería el resultado de una controversia de derecho privado y no de derecho público, y sabido es que la aplicación del uno o del otro marcan el límite entre la llamada jurisdicción común y ordinaria y la contencioso administrativa (Anales, LX, 449; se destaca).

Diferente sería la conclusión, si la propiedad, exclusiva o compartida, solicitada por la actora estuviere reconocida en un acto administrativo o, en general, fuera el resultado de la voluntad manifiesta de la administración, supuesto en el cual el conocimiento del asunto sí correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del [Decreto 2304 de 1989](#), pues sería ella la llamada a juzgar la legalidad de esa decisión de la administración.

Sin embargo, en lo que se refiere al caso sometido al examen de la Corte, el dominio total, parcial o porcentual reclamado por la partes, no corresponde a actuaciones administrativas, por cuanto la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982 de la DIMAR que reconoció la calidad de "denunciante" de "tesoros o especies náufragas" (fl. 71, cd. 3), guardó silencio sobre el particular y, además, porque aparte de que los referidos bienes no han sido rescatados y no se ha celebrado el contrato de "explotación y recuperación" de los mismos, la "participación del Gobierno Colombiano no inferior al cincuenta por ciento (50%) de lo extraído", a que alude el artículo VIII de la Resolución No. 0148 de 10 de marzo de 1982 (folio 640, Cd. 2), mediante la cual se modificó el

“Manual de Procedimiento de las Capitanías de Puerto”, no tiene relación con el descubrimiento y su denuncia, sino con el contrato de explotación y recuperación de los “tesoros y especies náufragas”, que son precisamente los “propósitos” del referido reglamento.

Igualmente, si el problema fue planteado, no desde la perspectiva de la “voluntad de la administración” o de la actividad administrativa por acción u omisión, sino de la “voluntad de la ley” civil, se descarta, a su turno, que la controversia sea de índole administrativa. Obsérvese cómo la demandante, *recta via*, aboga porque se aplique el artículo 701 del Código Civil, entre otros, todos de la codificación civil. Esto significa, que el núcleo de la controversia gira alrededor de la operancia de una norma jurídica que hace parte del derecho privado, que no de un acto administrativo o de la misma actividad de la administración, así algunos de sus antecedentes, como se memoró, tengan inescindible relación con el derecho administrativo, concretamente con la autorización para la exploración submarina y el reconocimiento de la calidad de “denunciante” de “tesoros o especies náufragas”, circunstancia que, de por sí, irremediablemente no altera la competencia en cuestión, como se anotó.

### **3. La cláusula general de competencia en el derecho administrativo colombiano. Juzgamiento de asuntos y temáticas consustanciales al derecho privado, en particular relacionados con el derecho de dominio.**

3.1. Desde otra perspectiva, se observa que ciertamente, a partir de la entrada en vigencia de la [Ley 167 de 1941](#), se estableció en el derecho administrativo colombiano la denominada cláusula general de competencia, que consagra en la actualidad el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, y que asigna competencia al H. Consejo de Estado para conocer, en forma privativa, de las controversias de carácter contencioso, para las cuales no exista regla atributiva especial de competencia.

3.2. La instauración de la jurisdicción administrativa, planteó a los redactores de la precitada Ley 167 la dificultad de determinar cuáles asuntos serían atribuidos a su conocimiento, para lo cual, como es sabido, podían-y pueden- emplearse dos procedimientos, a saber: el primero, el de la enumeración legal, que consiste en determinar, de manera precisa, cuáles litigios serán asignados al juez o tribunal competentes y, el segundo, el de la cláusula general<sup>4</sup>, que establece, como principio básico, el del conocimiento de cualquier controversia con la administración por parte de los jueces administrativos, *lato sensu*.

El actual Código Contencioso Administrativo, plasmado en el [Decreto 01 de 1984](#), no varió el sistema de estructuración de la competencia del H. Consejo de Estado, pues en su artículo 128, modificado por el 36 de la [Ley 446 de 1998](#), consagró igualmente el mencionado sistema mixto, vale decir, acogió tanto el método de la enumeración legal, como el de la cláusula general (*numerus apertus*), ésta última prevista en su ordinal 13.

3.3. La cláusula general, empero, no supone que cualquier controversia con la administración inexorablemente sea de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que el Código Contencioso Administrativo estatuye que ésta juzga, “las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas” (art. 82), pero concretamente vinculada con “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas” (art. 83; se subraya).

---

<sup>4</sup> [“Se habla de una cláusula general cuando la Ley establece un principio universal que concede al ciudadano el derecho de instar la protección de los tribunales contencioso-administrativos contra cualquier acto de las autoridades administrativas... la cláusula general permite un control administrativo general en todos los ramos de la Administración Pública, y garantiza una protección judicial contra toda infracción jurídica cometida por la administración”. Fritz Fleiner, Instituciones de derecho administrativo, Editorial Labor, Barcelona, 1933 pág. 204.](#)

En este punto, resulta apropiado traer a colación autorizada doctrina nacional que pone de manifiesto que "...el ejercicio de la acción con miras a la obtención de una pretensión dada, está vinculado a una jurisdicción propia (la administrativa) 'instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas' (art. 82 del c.c.a., 12 del Decreto 2304). Actividad que se traduce en actos, contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad, hechos, omisiones y operaciones administrativas, tal como lo da a entender el artículo 83 del c.c.a. luego de la modificación que le introdujo el artículo 13 del mencionado decreto. Y como es obvio, al compendiarse así esa actividad administrativa, la que debe estar siempre sometida a la ley, es fácil concluir que **la jurisdicción contencioso administrativa está instituida precisamente para juzgar las distintas controversias del ejercicio de esa actividad**".

Partiendo de tal premisa, se excluye de la jurisdicción administrativa, entre otros actos, los "regulados por el derecho común", en relación con los cuales se observa que "La administración en ejercicio de su gestión, además de los actos administrativos, expide otros actos y cumple con ciertas actividades **que están sometidas al derecho común y sus contenciones se ventilan ante la justicia ordinaria**. En estos casos la administración actúa despojada de sus prerrogativas de poder público o exorbitantes... En otros términos, la regla se refiere a los contenciosos de la nación y entes estatales en general, en los que se ventilen cuestiones de mero derecho privado. Vgr. las controversias derivadas de los contratos privados de la administración no dotados de cláusula de caducidad; las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales o comerciales por las actividades propias de su papel comercial o industrial.... Cabe observar, entonces, para evitar equívocos, que el conocimiento de la jurisdicción administrativa no se define por el solo hecho de ser parte la administración, sino porque la controversia gire en torno a actos o hechos expedidos o cumplidos en desarrollo de su actividad administrativa...Tan cierto es esto que la jurisdicción ordinaria conoce de los

contenciosos en que sea parte la administración, en los que se discutan asuntos de mero derecho privado (artículo 16 num. 1, 23 nums. 17 y 18 del c. de p.c.)”<sup>5</sup> (Se subraya y destaca).

3.4. Aunque los recurrentes alegan que “toda la materia litigiosa está gobernada por el derecho público”, que se trata de “una actuación administrativa de una entidad pública” y que, por las relaciones de la demandante con la Nación, la jurisdicción administrativa es la llamada a conocer del presente proceso, la Sala considera que la mera mención de la cláusula general de competencia prevista en el Código Contencioso Administrativo, no es suficiente para concluir que este asunto, de raíz, está viciado de nulidad, en la inteligencia de que es indispensable, adicionalmente, que las pretensiones aducidas en la demanda, se apuntalen clara y frontalmente en uno de los elementos previstos en los artículos 82 y 83 de tal estatuto, esto es, en actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones administrativas o contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad, pues estas son las fuentes vinculantes de la administración o generadoras de su responsabilidad, conforme se pinceló en precedencia. Por ello, en rigor, no es dable aludir a un ‘litigio administrativo’, esto es, “...el que se produce sobre relaciones jurídicas que se hallan registradas por el Derecho Administrativo”, y no por otros derechos, v. gr., el civil<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> [Carlos Betancur Jaramillo. Derecho procesal administrativo. Señal Editora, Bogotá, 1992, pág. 62.](#)

<sup>6</sup> [Carlos García Oviedo y Enrique Martínez Useros. Derecho administrativo, E.I.S.A., Madrid, Vol. III, 1968, pág. 541, quienes recuerdan que “El juicio administrativo es el que se interpone en los casos en que la administración obra como poder público, lesionando con su actuación un derecho administrativo particular o, lo que es lo más importante, la legalidad establecida. Y como quiera que en ambas hipótesis, frente al acto de la administración surge la oposición de otro sujeto, la significación característica de la materia contencioso administrativa es, precisamente, la de gravitar sobre la resolución de litigios administrativos”. Criterio similar es el delineado por el reconocido profesor francés, Jean Rivero, quien corrobora que “La competencia administrativa, por definición, se limita a los litigios nacidos de la acción de la administración”, la que “...no se justifica sino cuando el litigio pone en aplicación las reglas del derecho administrativo”, de suerte que la “...competencia del juez administrativo no excede el campo de la acción administrativa”, lo que explica que en materia competencial, para su definición, se acuda a postulados clásicos, conforme lo memora el mismo autor, el que señala que “El principio fundamental](#)

En este orden de ideas, si como se acotó, finalmente la parte demandante no pretende discutir o enjuiciar la validez o el alcance de los actos administrativos proferidos por la DIMAR y si, además, fue excluida la pretensión de la demanda que apuntaba a la declaración del derecho que tenía la actora para contratar con el Estado la recuperación o el rescate de los bienes por ella descubiertos, no puede considerarse que el proceso sea nulo, conclusión que se mantiene inalterada, si se tiene en cuenta, complementariamente, que la parte actora tampoco reclamó responsabilidad de la demandada por una operación o un hecho administrativo. No en vano, se limitó a formular cuatro pretensiones con estribo en aspectos propios del derecho privado, como en efecto lo es el *petitum* alusivo a la declaratoria de dominio de un conjunto de bienes.

3.5. Ahora bien, que en el litigio se hayan involucrado o referido normas de derecho público, como tangencialmente se esbozó, no es lo preponderante o basilar para establecer la competencia, inclusive la naturaleza jurídica de la acción, sino que lo determinante, por tornarse estructural, como ya se sabe, es el "carácter que tenga la pretensión formulada en la demanda", como desde antaño lo tiene igualmente explicado el propio Consejo de Estado<sup>7</sup>, por manera que este punto resulta decisivo, lo que impone una valoración precisa-y no distorsionada-de la demanda por parte del juzgador, quien no puede soslayar la esencia o la almendra del aducido *petitum*.

Esa ha sido la comprensión que esta Corporación, por lo demás, repetidamente ha tenido del radio de acción de ambas jurisdicciones, temática sobre la cual tiene establecido que "creada pues en Colombia la indicada jurisdicción especial, la que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales

---

[de la delimitación de competencias no ha cambiado desde la sentencia Blanco \[8 de febrero de 1873\]: Consiste en repartir entre el juez judicial y el juez administrativo los litigios originados por la acción administrativa, según que conduzca a la aplicación de reglas de derecho privado o las de derecho administrativo...; es la naturaleza de las reglas a aplicar al fondo lo que determina la competencia". Derecho administrativo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, págs. 168 y ss.](#)

<sup>7</sup> [Sección Cuarta, auto de 25 de abril de 1986.](#)

Administrativos (Art. 1º [Ley 167 de 1941](#)), ella ha existido en el país desde entonces, paralela a la civil, pero existiendo siempre entre ambas sustancial diferencia en cuanto a sus fines y objeto: ésta busca la satisfacción de los derechos privados de los particulares y de entidades públicas, mientras obran en el campo de los derechos civiles; aquella realiza los derechos públicos de los asociados frente a la administración” (CLV, 136; se subraya).

Respecto del específico tema del derecho de propiedad, nervio de este asunto, la misma Corte apuntó que “Cuando es el dominio lo que se alega, sea cual fuere la clase de persona, natural o jurídica, se ubica inequívocamente en la jurisdicción ordinaria, puesto que en la contencioso administrativa no se discute propiedad bajo el entendimiento de que los entes públicos, cuando son demandantes o demandados comparecen como cualquier particular para dilucidar la controversia”. De igual modo, que “Tampoco se puede desviar la disputa sobre el dominio, hacia una acción contenciosa administrativa, como lo pretende el censor, con apoyo en la construcción hecha sobre el inmueble [realizada por el entidad pública contra quien se promovió el litigio]” (CLXXXIV, 257).

Por último, sólo a manera de reiteración, en sentencia de 22 de julio de 2003, esta Sala igualmente precisó que “a la jurisdicción contenciosa administrativa se le atribuye la facultad de conocer de los procesos que involucran los actos de la administración cuando ésta desarrolla las funciones que son inherentes a su naturaleza, mas no en lo que atañe con los actos realizados por las personas de derecho público cuando obran del mismo modo que los particulares, caso en el cual la misma corresponde a la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil; lo último obra, con mayor razón, si el litigio que se le propone a la entidad territorial, como aquí acontece, versa sobre el derecho de dominio de los bienes que forman parte de su patrimonio” (Exp. 7790; se subraya y destaca), y ya quedó precisado por la Corte, que en el juicio iniciado por la sociedad demandante en este asunto, no existe pretensión que enerve, directa o indirectamente, parcial o totalmente, frontal o

reflejamente, los actos administrativos de la DIMAR, o que persiga la definición de los alcances, contractuales o extracontractuales, de los mismos, o que se dirija a reprochar hechos, omisiones u operaciones administrativas. Por el contrario, el nudo gordiano del libelo y, por tanto, del litigio, rectamente entendido, así como valorado en su real contexto, estriba en una problemática que atañe al derecho de dominio, por antonomasia, propia y exclusiva del *jus privatum*, en un todo de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de esta Corte y del mismo Consejo de Estado.

Ese también ha sido el criterio dominante de la doctrina contemporánea, a juicio de la cual "Lo verdaderamente peculiar, en todo caso, en cuanto a la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa es su carácter revisor, reiteradamente subrayado por los autores y la jurisprudencia (...). En virtud de este carácter la jurisdicción que estudiamos requiere la existencia previa de un acto de la Administración y debe ceñirse exclusivamente a las cuestiones resueltas en dicho acto (...). Sin que, en consecuencia, puedan formularse ante los Tribunales pretensiones que previamente no fueron planteadas ante la Administración", derivándose de allí que excluya del conocimiento de dicha jurisdicción, entre otros muchos asuntos, "**Las cuestiones de índole civil** o penal atribuidas a las jurisdicciones de aquel carácter, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones (...). **En este caso, en efecto, nos encontramos con actos que no están sometidos al Derecho administrativo**"<sup>8</sup> (Se subraya y destaca).

En el mismo sentido, también se ha puntualizado que "...la jurisprudencia contencioso-administrativa se muestra especialmente rigurosa en todos aquellos asuntos en los que está implicada una cuestión de propiedad, absteniéndose de pronunciarse sobre el fondo de los mismos aunque éste sea inequívocamente administrativo (...) cuando para ello sea necesario hacer

---

<sup>8</sup> [Rafael Entrena Cuesta. Curso de derecho administrativo. Tecnos, Madrid, 1976, pág. 597.](#)

declaraciones sobre titularidades dominicales no definitivamente establecidas (...). **La propiedad es, en efecto, la cuestión civil por excelencia y los Tribunales de la jurisdicción contenciosa-administrativa se muestran respetuosos en extremo con esta vieja regla...**<sup>9</sup> (Se subraya y destaca).

3.6. Se sigue de lo examinado, entonces, que la jurisdicción competente para conocer del proceso en cuestión es la ordinaria, la que tiene también asignada, por vía residual, el conocimiento "de todo asunto que no esté atribuido por la Ley a otras jurisdicciones" (art. 12 C. de P.C.), atribución que, en materia competencial, bien se sabe, no puede ser inferida y menos establecida a partir de circunstancias que, de una u otra manera, susciten hesitación o duda. Sólo ante la evidencia, con todo lo que ella supone, en el plano jurídico, se puede fijar la competencia, materia ésta de análisis ciertamente restrictivo, según se evidenciará más a espacio en el siguiente numeral. Siendo ello así, como en el interior de dicha jurisdicción es que se ha ventilado y adelantado el presente juicio, no resulta de recibo la nulidad planteada.

#### **4. La eficacia del proceso judicial. Alcances y efectos restringidos de las nulidades procesales. Recapitulación y conclusiones.**

4.1. En torno a los diligenciamientos judiciales, esta Corporación ha observado que, "aunque el derecho a un debido proceso se traduce-en buena medida-en un derecho de formas, ello no significa que estas se justifiquen en sí mismas, sin miramiento a los derechos y garantías que a través de ellas se protegen, o que la actuación judicial deba sacrificarse por gracia del respeto a un mal entendido formalismo que vacíe de contenido el proceso. Las formas del proceso judicial son, por su significado, un vehículo para la efectividad de las garantías procesales... Por consiguiente, cuando quiera que el intérprete deba establecer si en un determinado proceso judicial se quebrantó la supraindicada garantía constitucional, su laborío no puede reducirse a verificar,

---

<sup>9</sup> [Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo, T. II. Civitas Ediciones S. L., Madrid, 2000, pág. 596.](#)

en términos objetivos, si ocurrió o no la irregularidad denunciada y si ella califica como vicio de nulidad” (Cas. Civ., sentencia de 10 de febrero de 2006; se subraya), pues de circunscribirse a ello, únicamente, el examen del *iudex* estaría abriendo paso, *per se*, a la posibilidad de invalidar actuaciones, al margen del carácter acentuadamente restringido o limitado que tiene la institución, derivado de los principios que genuinamente la gobiernan.

En efecto, si la invalidación de las actuaciones judiciales está estructurada sobre los principios de especificidad, según el cual las causas para ello sólo son las expresamente fijadas en la ley; de protección, relacionado con el interés que debe existir en quien reclame la anulación, emergente del perjuicio que el defecto le ocasione, y de convalidación, que determina que sólo son declarables los vicios que no hayan sido, expresa o tácitamente, saneados por el interesado, forzoso es inferir la naturaleza eminentemente restringida de la figura en estudio, la cual, por tanto, no puede hacerse actuar irrestrictamente, o con largueza o elasticidad, sino frente a la constatación absoluta, plena, veraz y responsable de haberse producido el desvío en que se sustente. De otro modo, lo excepcional, lo realmente restringido, se tornaría en general, con grave desmedro del proceso y, claro está, de caras garantías que lo escoltan y enriquecen.

Nada es más nocivo que declarar una nulidad procesal, cuando no existe la inequívoca certidumbre de la presencia real de un vicio que, por sus connotaciones, impide definitiva e irremediablemente que la *litis* siga su curso, con las secuelas negativas que ello acarrea. Actitudes como ésta, taladran el oficio judicial y comprometen la eticidad del director del proceso, a la par que oscurecen su laborío, en el que siempre debe imperar la búsqueda señera de la justicia, en concreto, la efectividad de los derechos, la cual no puede quedar en letra muerta, por un exacerbado ‘formalismo’, ‘literalismo’ o ‘procesalismo’, refractarios a los tiempos que corren, signados por el respeto de los derechos ciudadanos, entre ellos, el aquilatado ‘debido proceso’. Anular por anular, o hacerlo sin un acurado y potísimo fundamento, es pues una deleznable práctica

que, de plano, vulnera los postulados del moderno derecho procesal, por lo que requiere actuar siempre con mesura y extrema prudencia el juzgador, como quiera que su *rol*, por excelencia, es el de administrar justicia, con todo lo loable y noble que ello implica, y no convertirse en una especie de enterrador de las causas sometidas a su enjuiciamiento.

De ahí que si la Carta Política de 1991, en su artículo 2º, consagra como fin esencial del Estado "...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", ese mandato tiene plena cabida respecto de la administración de justicia y, por ende, irradia también a los procedimientos, por ser ellos el instrumento de paz a través del cual se materializa, en cada asunto concreto, la función judicial, actuaciones que, en consecuencia, están revestidas de validez general, más cuando, como lo dispone el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, su objeto "es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", propósito que, como se reseñó en precedencia, al concernir con la esencia y teleología misma del proceso, no puede resultar frustrado merced a la declaración de nulidades ayunas de sólido e inequívoco respaldo, como corresponde en tan delicada materia, en la que no debe soslayarse que la Constitución Política, con sobrada razón, aboga por la prevalencia del derecho sustancial (art. 288), ese mismo que, *in radice*, puede verse erosionado en el evento de que inopinada o inconsultamente, se fulmine el proceso por obra de una nulidad, último y extremo remedio jurídico-judicial.

Tal importancia, aunada a la finalidad medular del proceso, conduce a privilegiar siempre su eficacia y a exigir, por contera, que su invalidación sólo pueda sobrevenir como consecuencia de la comprobación en forma nítida e indiscutida de la respectiva causa o motivo de nulidad, *a fortiori*, si se han agotado todas las etapas o fases que lo integran, justamente por lo que significaría reanudar una actuación, no siempre célere sino dilatada en el tiempo, por vía de ilustración, iniciada-en el *sub lite*-en el año 1989.

La regla, pues, es la eficacia y prevalencia del procedimiento; la excepción, en cambio, la posibilidad de su invalidación. Bien se tiene establecido, de antaño, en general, que "Es preferible que valga y no que perezca" (*Potius valeat quam pereat*) y que "La utilidad es la medida del derecho" (*Mensura iuris est utilitas*), máximas que rescatando y privilegiando la eficacia antes que la ineficacia-o la existencia antes que el deceso-, igualmente han sido prohijadas en diversas disciplinas del saber jurídico, entre ellas, el derecho procesal.

No es fortuito, por vía de ejemplificación, que el célebre togado Juliano, en el marco del sapiente derecho romano clásico, señalara que "Siempre que en las acciones o en las excepciones hay una oración ambigua, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida, que no perezca" (*Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, qui res, de qua agitar, magis valeat quam pereat*).

Tampoco, que en el preciso campo del derecho procesal civil, el profesor Eduardo J. Couture, aludiendo a los efectos derivados del principio de especificidad, señalara, con razón, que "la materia de nulidad debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable" y, en punto del principio de convalidación, que "Frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho"<sup>10</sup>, observaciones éstas que han conducido a un sector de la doctrina a destacar, sin ambages, "que el criterio de interpretación de las nulidades procesales debe ser restrictivo", razón por la cual "En la disyuntiva, y siempre que exista duda, debe darse preeminencia a la validez del acto y no a su nulidad"<sup>11</sup> (Se subraya).

---

<sup>10</sup> [Eduardo J. Couture. Fundamentos del derecho procesal civil. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1988, págs. 389 y 391.](#)

<sup>11</sup> [Alberto Luis Maurino, Nulidades procesales, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 28. Este mismo autor, citando a Berizonce \(La nulidad en el proceso, La Plata, Platense, 1967,](#)

4.2. El análisis realizado en los acápites precedentes de estas consideraciones, en su esencia, permite descartar la comprobación de la ocurrencia en el proceso de un desvío-o vicio-que tenga el indiscutido poder de provocar la anulación de todo lo actuado hasta la fecha, o por lo menos de uno con la contundencia necesaria para ello, pues los planteamientos que sustentan la nulidad formulada por los recurrentes no permiten entrever, en forma apodíctica, paladina y única, que es a la jurisdicción contenciosa administrativa a la que correspondía conocer del presente asunto.

Es inocultable, que el *quid* de la controversia en estudio, como con insistencia aquí se ha sostenido, refiere al dominio de los bienes materia de la misma, cuestión que no aparece controvertida por los censores.

Así las cosas, las argumentaciones de éstos, encaminadas a advertir que tal reclamación de la actora, de manera indirecta o consecuencial, exige escudriñar la legalidad de las actuaciones del Estado, o a introducirse en la cuestión precontractual tendiente a la celebración del convenio para la recuperación de esas riquezas, sin duda respetables, no develan con la fuerza requerida la ocurrencia del defecto fundante de la nulidad solicitada, ni su trascendencia frente a los derechos discutidos, por lo que no son idóneas para obtener el reconocimiento del vicio denunciado, debiendo entonces primar la eficacia y validez del proceso, máxime cuando en él, como también ya se advirtió, nada se resolvió sobre esos temas de contenido contencioso administrativo, como quiera que todo ha gravitado, esencialmente, alrededor de aspectos relativos al derecho de dominio, a raíz del hecho del

---

[pág. 91\), indica que “La declaración de nulidad ‘es un remedio excepcional, último’, al que debe recurrirse cuando no queda otro remedio para subsanarla. Por ello es de interpretación estricta. En caso de duda sobre la existencia del defecto procesal, cabe desestimar la nulidad”, y que “Este criterio de interpretación, se deriva del principio de \*\*conservación\*\*, que formulado en los términos de BERIZONCE es aquél que consagra ‘la conveniencia de preservar la eficacia, la validez de los actos... frente a la posibilidad de su anulación o pérdida, lo que llevaría a un resultado disvalioso’” \(Se subraya y destaca\). Cfme: Adolfo Gelsi Bidart, De las nulidades en los actos procesales, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, pág. 131.](#)

descubrimiento de unos objetos que, en opinión del demandante, son típicos tesoros.

4.3. Intimamente ligado a lo señalado, al mismo tiempo que en armonía con la referida regla de eficacia de los procesos, no puede la Corte desconocer que de aceptarse la nulidad aducida por los recurrentes, sólo en gracia de discusión, ello acarrearía la consecuente invalidación del litigio desde el mismo auto admisorio de la demanda para que, en su ausencia, se proceda al rechazo de plano, por falta de jurisdicción, del libelo y a su correspondiente envío a la autoridad que, conforme a tales racionamientos, resulte facultada para conocer de él.

En esa puntual hipótesis, razonable es pensar que el funcionario contencioso administrativo, al no quedar, por su especialidad y soberanía, sometido al pronunciamiento de esta Corporación, válidamente puede negarse a asumir el conocimiento del caso, por estimar, a la vez, que no puede o no está habilitado para ocuparse del mismo, supuesto en el cual el conflicto así suscitado tendría que ser dirimido, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 112 de la [Ley 270 de 1996](#), Estatutaria de la administración de justicia, por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

En dichas circunstancias, vale la pena tener en cuenta que la señalada Corporación, al desatar un conflicto negativo de jurisdicción entre el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, provocado en relación con la acción ordinaria seguida en contra del Instituto Nacional de Vías "INVIAS", luego de reseñar que en la demanda su gestor "pretende que se declare que 'es propietario único de las mejoras de cultivo de café plantadas en el denominado y demarcado lote...' y que, en consecuencia, "se condene a los demandados 'a pagar solidariamente al demandante el valor de las mejoras de cultivo de café destruidas por la construcción de la carretera La Variante Romelia-El Pollo,...' así como los frutos naturales que tales cultivos hubieren producido", concluyó que quien debía

conocer el asunto era la primera de esas autoridades, precisamente, por los alcances de la primera solicitud, lo que le permitió excluir que ella pudiera dilucidarse por la vía de las acciones contenciosas administrativas, esto es, de la contractual de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, de la de nulidad o restablecimiento del derecho y de la de reparación directa, temática en relación con el cual precisó que “en el caso bajo estudio,... el demandante solicita como primera pretensión, que la justicia declare que es el propietario único de tales mejoras” y que la “situación fáctica y pretensiones de la aludida demanda, no encaja dentro de ninguna de las acciones contencioso administrativas consagradas en el Código de la materia” (Auto de 2 de octubre de 1997).

5. Corolario de todo lo expuesto anteriormente, es que no prospera ninguno de los dos cargos de nulidad formulados.

## **DEMANDA DE LA NACION COLOMBIANA**

### **CARGO SEGUNDO**

Se acusó la sentencia de haber violado indirectamente los artículos [58](#), [63](#), [70](#) y [72](#) de la Constitución Política; 669, 685, 699, 700, 701, 946, 1959, 1960 y 1961 del Código Civil; 1º y 14 de la [Ley 163 de 1959](#); 3º y 9º del [Decreto 655 de 1968](#); 114 del [Decreto 2349 de 1971](#); 1º a 5º y 8º del [Decreto 12 de 1984](#); 192 y 195 del [Decreto 2324 de 1984](#); 1º a 4º, 7º y 10º de la [Ley 26 de 1986](#); 1º del [Decreto 1200 de 1994](#); 4º, 6º y 9º de la [Ley 397 de 1997](#), amén de la [Ley 15 de 1936](#), del [Decreto 1246 de 1984](#) y la Resolución de la DIMAR No. 0148 de 10 de marzo de 1982.

En su desarrollo, el recurrente afirmó que al apreciar la demanda que originó el proceso y las resoluciones que expidió la DIMAR, las cuales citó, el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto, al dar por probado, sin estarlo, la calidad de cesionaria de la demandante de los derechos de sus antecesoras, cuando los “supuestos derechos emanados de tales resoluciones, darían lugar a un

eventual atributo para contratar con la Nación, lo que el fallo confundió con una declaración de dominio sobre unos 'tesoros' aún no encontrados, en una cuota de mitad", y al suponer la existencia de "tales cesiones" (fl. 133, cd. 13).

Para el censor, una cosa es la autorización de la DIMAR para que se efectuaran las distintas cesiones y otra, los contratos de cesión celebrados entre las sociedades interesadas, así como su entrega y notificación al deudor, nada de lo cual ocurrió. Explicó que las autorizaciones eran necesarias para verificar la idoneidad técnica, económica y jurídica del cesionario, pero no suplían la realización y formalización de las cesiones, como lo exigen los artículos 1959, 1960 y 1961 del Código Civil, las cuales no aparecen por parte alguna. Además, las resoluciones que sobre el particular se expidieron, las Nos. 0753 de 13 de octubre de 1980 y 204 de 24 de marzo de 1983, no mencionan la "calidad de denunciante de tesoros", sino simplemente las "labores de exploración submarina" (fl. 134, cd. 13).

-

De otra parte, acotó que el descubrimiento de tesoros o especies náufragas, exige que el hallazgo sea señalado con toda precisión, como lo reclama la Resolución de la DIMAR No. 0148 de 10 de marzo de 1984. El Tribunal, empero, tuvo por acreditado el descubrimiento, sin estarlo, producto de confundir las "áreas amplias y generosas...de exploración", con la "posición exacta donde se encuentran". Prueba de esto la brinda la misma demanda, pues el demandante no sabe si ubicar el "hallazgo" en el mar territorial, en la plataforma continental, en la zona económica exclusiva o en las zonas adyacentes.

-

Sobre el reconocimiento de "derechos adquiridos", sostuvo que no bastaba el descubrimiento, sino que se requería la celebración de un contrato administrativo donde se determinara la participación de las partes, proveniente de la explotación y recuperación de los tesoros o especies náufragas. Así se acepta en la demanda (hechos 14, 26, 27 y 28), con alusión, inclusive, a la mentada Resolución, pero la sentencia supuso la existencia del contrato,

“como si se hubiera pactado, o que era innecesario”, y omitió la confesión contenida en el mismo acto procesal, sobre que el contrato no se suscribió (fl. 136, cd. 13).

-

De igual manera, el fallo acusado desconoció que la situación jurídica de la demandante no quedó consolidada, por lo que no podía afirmarse la existencia de un derecho adquirido, “puesto que el contrato administrativo sería el que definiría la eventual participación, su porcentaje, o no”. Por eso se violó el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, dado que las “meras expectativas no constituyen derecho”. Además, pasó por alto el artículo 5º del Decreto 12 de 1984, que se repite en el artículo 192 del Decreto 2324 del mismo año, época en la que se habla de la “posibilidad de celebración del contrato”, según el cual el “otorgamiento de un permiso o concesión de exploración no generará derecho o privilegio alguno para el concesionario, en relación con el eventual rescate de las antigüedades náufragas denunciadas” (fl. 141, cd. 13).

-

Concluyó la recurrente, que en ausencia de todo derecho de la demandante sobre la propiedad de unos objetos preciosos, los cuales no han sido encontrados (descubiertos), amén de no ser tesoros, el Tribunal, al obrar en contrario, violó las disposiciones legales vigentes que rigen la materia, cuyo texto además transcribió.

-

### **DEMANDA DEL MINISTERIO PUBLICO**

#### **CARGO TERCERO**

-

La Procuraduría, por su parte, censura la sentencia por haber quebrantado los artículos 1959, 1960 y 1961 del Código Civil, como consecuencia de error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la prueba de la calidad de la sociedad demandante, pues “sin estar demostrada la cesión”, la tuvo como cesionaria de la *Glocca Morra Company*, a su vez cesionaria de la *Glocca Morra Company Inc.*

-

Afirmó el impugnante, que al proceso no se allegaron los "documentos tendientes a comprobar las referidas cesiones", siendo "necesario distinguir entre la autorización que da un organismo para efectuar una cesión y la cesión en sí misma". En el presente caso, "la autorización impartida por la 'DIMAR' no reemplaza... el documento o documentos contentivos de esas operaciones jurídicas", no obstante lo cual el Tribunal "da por cierto que la demandante es la titular del derecho que se alega" (fl. 190, cd. 13).

### **CONSIDERACIONES**

- 
- 1. El cargo segundo de la demanda de casación formulada por la Nación aparece estructurado, en esencia, sobre cuatro puntuales reproches, a saber:
  - 
  - a) La suposición, por parte del Tribunal, de la prueba de las cesiones en que se fundó la demandante para promover la acción.
  - 
  - b) La falta de comprobación del sitio exacto de ubicación del presunto tesoro, como quiera que, a voces de la demanda, los bienes pueden estar en el mar territorial, en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental colombianas.
  - 
  - c) La inexistencia en el campo jurídico del tesoro, respecto de los bienes descubiertos, puesto que "su adquisición es prohibida por las Leyes,...., y que la propiedad pública sobre los mismos no puede ser compartida, por corresponder a nuestro patrimonio e identidad cultural nacional".
  - 
  - d) La suposición de la prueba del contrato para la recuperación de los bienes, del cual, en concepto del censor, el Tribunal derivó a favor de la actora la existencia de "derechos adquiridos".

Siendo ello así, evidente es que, de los cuatro ataques reseñados, en estrictez, sólo los dos primeros y el último se concretan al tema probatorio, tornándose por ende idóneo su examen mayoritario a la luz de la vía indirecta señalada en

el cargo. Empero, el tercer reproche concierne al concepto de tesoro en el plano esencialmente jurídico y con los elementos referentes a su configuración, cuestiones estas que, en rigor, son propias del quebranto directo de las normas sustanciales, circunstancia que amerita y también aconseja su análisis en el interior de la acusación respectiva.

-

Tal entendimiento conduce, en aplicación de las reglas 2ª y 3ª del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, norma convertida en legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, a no abordar en este cargo, trazado por la vía indirecta, el tercero de los reproches que lo sustentan y a integrarlo al cargo primero, en la medida en que éste aparece formulado por la vía directa, a lo que se suma que está dirigido, precisamente, a desvirtuar que los bienes presuntamente descubiertos sean un tesoro, por distintas razones, entre ellas, la particular naturaleza de los mismos, en el entendido que ellos conforman el patrimonio cultural e histórico de la Nación, según lo afirma el recurrente.

-

2. Fijados en la forma que se deja señalada los aspectos que del cargo segundo de la Nación serán aquí examinados, apreciados ellos en conjunto con el cargo primero formulado por la Procuraduría General, cabe puntualizar que tales acusaciones someten a la consideración de la Corte una primera cuestión, atinente a que en el proceso no están probadas las cesiones en que se fundó la actora para promover la acción y que, por tanto, el Tribunal supuso su demostración, al aceptar su legitimidad como demandante.

-

2.1. Al respecto, debe recordarse el fundamento fáctico aducido en la demanda, tal y como en forma detallada se precisó al desatarse los cargos relacionados con la nulidad alegada, quedando por agregar que con la Resolución 204 de 24 de marzo de 1983, la DIMAR "autorizó a la sociedad Glocca Morra Company para ceder a la sociedad SEA SEARCH ARMADA todos sus derechos, privilegios, obligaciones obtenidos mediante las resoluciones No. 0048 de 29 de enero de 1980, 066 del 4 de febrero de 1981, 0025 del 29 de enero de 1982, 0249 del 22 de abril de 1982, 0354 del 3 de junio de 1982, y

las demás resoluciones por las cuales se prorrogaron sucesivamente las anteriores” (hecho 17).

-

Igualmente debe observarse, de un lado, que mediante la Resolución No. 753 de 13 de octubre de 1980 (fl. 624, cd. 3-III), la DIMAR no sólo autorizó ceder a favor de la *Glocca Morra Company*, los derechos de exploración submarina que la *Glocca Morra Company Inc.* había obtenido mediante la Resolución No. 0048 de 29 de enero de 1980 (fls. 62 a 66, cd. 1-II), sino que también facultó a la cesionaria para que realizara esos trabajos de búsqueda con sujeción a dicho acto administrativo; y de otro, que en la Resolución No. 204 de 24 de marzo de 1983 (fls. 172 a 174, cd. 1-II), a más de autorizarse a *Glocca Morra Company* para que cediera a la *Sea Search Armada* “todos los derechos, privilegios y obligaciones” que había adquirido, incluyendo los emanados de la referida Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982, se facultó “a la sociedad SEA SEARCH ARMADA, para efectuar labores de exploración submarina tendientes a localizar tesoros o especies náufragas en aguas jurisdiccionales colombianas del Océano Atlántico en las áreas descritas en el artículo 1º, de las resoluciones No. 0048 del 29 de enero de 1980 y 0066 del 4 de Febrero de 1981”.

-

2.2. Puestas de este modo las cosas, es incontestable que entre la sociedad demandante y la *Glocca Morra Company*, no se verificó ninguna “cesión” de “créditos personales”, para cuyo perfeccionamiento fuera necesario observar los requisitos establecidos en los artículos 1959 y siguientes del Código Civil, porque, *stricto sensu*, la Nación, por conducto de la DIMAR, no se constituyó deudora de dichas sociedades, sino que únicamente concedió permiso para la exploración submarina, tendiente a localizar tesoros o especies náufragas, amén de autorizar las sustituciones respectivas, reconociendo a los cesionarios como tales, al punto que los facultó para adelantar la exploración; les permitió la utilización de naves de bandera extranjera con ese propósito e, incluso, tuvo a la sociedad demandante como “denunciante de tesoros o especies

náufragas”, al tratar con ella ulteriormente lo atinente a la celebración del contrato para el rescate de los bienes encontrados.

-

Con otras palabras, la actividad de la administración se limitó, simplemente, al ejercicio de precisas facultades legales, relacionadas con la vigilancia y control de las exploraciones y explotaciones submarinas “encaminadas a la búsqueda de tesoros y antigüedades de toda clase que se hallen en aguas territoriales o en la plataforma continental de la Nación” y con el reconocimiento del denunciante del “descubrimiento” o “hallazgo”, de conformidad con lo previsto en los artículos 110, 111 y 112 del Decreto 2349 de 1971, todo ello con independencia de los efectos que pudiera tener ese reconocimiento, que es precisamente lo que en este proceso se discute.

-

En cualquier caso, téngase en cuenta que la demandante no se presentó a este proceso alegando ser titular de un derecho de crédito que deba ser satisfecho por la Nación, sino que pretendió una declaración de dominio, total o parcial, sobre un conjunto de bienes que, a su juicio, califican como tesoro.

-

2.3. Por consiguiente, si la cesión que le hizo la *Glocca Morra Company* a la *Sea Search Armada*, con posterioridad a la denuncia del tesoro, guarda relación con los derechos reales que puedan corresponderle a la primera con ocasión de ese descubrimiento, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 700 y 701 del Código Civil-aspecto, ello es medular, que no se discute frontalmente en este cargo-, es evidente que no había lugar a aplicar las disposiciones que conciernen a la cesión de créditos, menos aún si, como fue señalado, la DIMAR autorizó la cesión en comento a través de la Resolución No. 204 de 24 de marzo de 1983, extensiva a “todos los derechos, privilegios y obligaciones” que le habían sido reconocidos a la primera “como denunciante de tesoros o especies náufragas”.

-

2.4. Se sigue de lo anterior, que en ningún error de hecho incurrió el Tribunal al aceptar la legitimación de la demandante para reclamar la comentada

declaración de dominio, sin que ello implicara, como lo sugiere el cargo, la suposición de la prueba de las cesiones.

-

2.5. No obstante lo indicado, cabe agregar que al contestar la demanda, tanto la inicial, como la corregida presentada en cumplimiento de la orden de subsanación que impartió el juzgado de conocimiento, la Nación no expresó el más mínimo reparo a la legitimidad de la actora; por el contrario, la Procuraduría General de la Nación, quien actuó en su representación, admitió como ciertos los hechos 4º, 5º, 6º, 16 y 17 y expresó en cuanto al 15, no constarle y atenerse a lo que resulte probado.

Esa postura de la Nación se mantuvo durante la tramitación de las dos instancias, puesto que ni en los alegatos formulados al cierre de la primera, ni al apelar el fallo del *a quo*, ni al sustentar la alzada ante el Tribunal, esgrimió argumento alguno relativo a la falta de legitimidad de la demandante y, mucho menos, que en el proceso no estuvieran probadas las cesiones en que ella se respaldó para gestionar el presente proceso.

-

Traduce lo expuesto, que dicho reproche, *ex novo*, fue traído al litigio únicamente en casación, en donde, como quedó en precedencia reseñado, la Nación, por intermedio del apoderado designado por la Presidencia de la República para representarla, y la Procuraduría General de la Nación, como interviniente especial, denunciaron el fallo de segundo grado por violación indirecta de la ley sustancial, a consecuencia del error de hecho en que incurrió, pues para tales recurrentes, no estando acreditadas en el expediente las cesiones aludidas en la demanda, el Tribunal supuso su comprobación y las tuvo por demostradas.

-

Tratándose de una cuestión fáctica, claro está, relacionada con el aspecto sustancial de la legitimidad de la demandante, su exclusiva aducción en casación no resulta admisible, como quiera que, de un lado, lesiona el derecho que tienen las partes de todo proceso civil de defenderse en las instancias de los argumentos que en detrimento suyo, o de su posición litigiosa, esgrima su

contraria, lo que ya no es posible en el trámite del indicado recurso extraordinario, el cual, por su especial naturaleza, no es escenario para suscitar nuevos debates tocantes con los hechos y con su prueba, y de otro, comporta enjuiciar el fallo impugnado por unas razones que, en la medida que no fueron planteadas en el decurso del debate, no pudieron ser consideradas por los juzgadores ante quienes se ventiló la controversia.

-

Por tanto, el que sólo ahora, la parte demandada advierta la falta de demostración de las mencionadas cesiones y, por esta vía, ponga en entredicho la legitimidad de la actora, todo con el fin de derrumbar la sentencia del Tribunal, estimatoria en parte de las pretensiones de la demanda, es un argumento inédito que irrumpe en el proceso sin que exista para la accionante la posibilidad de controvertirlo o desvirtuarlo, amén que al no haberle sido planteado al *ad quem*, éste, como es obvio entenderlo, no analizó específicamente.

-

En forma constante la Sala, sobre el particular, ha precisado que se vulneraría "el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio" (G. J. LXXXIII, 76).

-

En el mismo sentido, más recientemente, ha dicho que "tanto en el derecho nacional y comparado, de antiguo, ha sido principio de acerada estirpe en materia de disciplina casacional, la justificada prohibición para el recurrente de plantear argumentos fácticos no debatidos en instancia", en razón de que ese proceder se encuentra "proscrito por el indeseable riesgo que genera su indebida utilización dentro del recurso extraordinario, con la sorpresiva

presentación de hechos no alegados, ni controvertidos en las instancias y, por ende, comprometiendo la aquilatada garantía constitucional de la defensa, de linaje fundamental, (artículo 29 C. P.)” (cas. civ. 21 de agosto de 2001, Exp. 6108).

-

Adicionalmente, esta Corporación enfatizó en la primera de las providencias antes citadas, que la sentencia recurrida en casación no puede enjuiciarse “sino con los materiales que sirvieron para estructurarlo; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas”.

-

No siendo admisible en casación, como se manifestó, el examinado argumento de la parte demandada, se colige pues su ineficacia para ocasionar el quiebre del pronunciamiento emitido por el *ad quem*.

-

2.6. Corolario de las precedentes apreciaciones, es que la acusación cifrada en la falta de prueba de las ya varias veces referidas cesiones, no está llamada a abrirse paso.

-

3. Ahora bien, respecto del error de hecho denunciado por la Nación, consistente en que se tuvo por demostrado, sin estarlo, el lugar exacto del descubrimiento del tesoro, juzga la Corte que el Tribunal, en rigor, no incurrió en ese yerro, menos aún con el carácter de evidente o paladino que, de vieja data, requiere el recurso de casación, porque si la pedida o reclamada declaración de dominio se fundamentó en la Resolución de la DIMAR No. 0354 de 3 de junio de 1982, mediante la cual, como se sabe, se reconoció a la cedente de la demandante la calidad de denunciante de tesoros o especies náufragas, que por efectos de la cesión pasó a ésta, la equivocación, de existir, no sería de la sentencia impugnada, sino de la citada Resolución, la cual el

Tribunal no podía desconocer, al igual que esta Corporación, en virtud de la presunción de legalidad y acierto que la ampara.

-

Según lo expresó el Tribunal, refiriéndose a la naturaleza de los derechos de la demandante, "Si las resoluciones de la D.I.M.A.R. fueron dictadas entre 1980 y 1982, reconociendo a la Glocca Morra Company como **denunciante de tesoros o especies náufragas**, no hay duda que de ella-y, por ende, de **la cesionaria**-puede predicarse que **adquirió derechos** que no pueden ser desconocidos por Leyes posteriores" (fl. 197 cd. 9; se resalta y subraya).

-

Significa lo anterior, que el *ad quem* dedujo el hecho de la denuncia, fundamentalmente, de la circunstancia de que la DIMAR, en la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, tuvo a *Glocca Morra Company* como "denunciante de tesoros o especies náufragas en las coordenadas referidas en el 'Reporte Confidencial sobre la Exploración Submarina efectuada por la compañía GLOCCA MORRA en el Mar Caribe, Colombia Febrero 26 de 1982'..." (fl. 71, cd. 1-II), sin que, por tanto, incidiera en su conclusión, si fue plena o exacta la identificación del sitio del hallazgo que dicha compañía informó a la mencionada entidad, a efecto del reconocimiento que obtuvo como denunciante.

-

Ahora bien, como en la Resolución 0148 de 10 de marzo de 1982, se previó que "La compañía concesionaria está en la obligación de denunciar los descubrimientos de tesoros o antigüedades que efectúe, indicando la posición exacta donde se encuentren los mismos" (Se subraya), debe entenderse que para el reconocimiento contenido en la varias veces citada Resolución 0354 de 3 de junio del mismo año, la DIMAR atendió esa exigencia y que, por lo mismo, este último acto de la entidad permitía colegir que ante ella se acreditó la existencia del hallazgo en la precisas coordenadas que le fueron suministradas.

-

En tal orden de ideas, se concluye que la alegada inexactitud, no tendría la relevancia que se le asigna en la acusación de cara a lo debatido en el proceso

y a lo decidido por el Tribunal, porque, en puridad, en la demanda no se solicitó reconocer a la demandante como denunciante de los tesoros o especies náufragas encontrados, sino que, lo que es bien diferente, a partir del hecho mismo del hallazgo, otrora aceptado por la administración como verificado en las coordenadas mencionadas en el reporte confidencial de 26 de febrero de 1982, visible en el expediente a folios 658 y siguientes del cuaderno 1 (sección III), lo que se pidió fue una declaración de dominio.

-

Afincada, como está, por tanto, la conclusión del Tribunal sobre el descubrimiento, en el memorado acto administrativo, que dispensó a *Glocca Morra Company* su condición de denunciante de los bienes cuya propiedad aquí se discute, quien cedió tal prerrogativa a la aquí demandante, postura del *ad quem* que no fue controvertida en la acusación que se ausculta, el reproche no puede salir airoso.

4. Con relación a que el Tribunal, para afirmar la existencia de derechos adquiridos en favor de la actora, supuso la existencia del contrato de rescate de los tesoros o especies náufragas descubiertas, basta señalar que la censura, en rigor, no está en consonancia con la realidad de las argumentaciones aducidas por el sentenciador y, de otro lado, que no atañe al tema litigado.

-

En efecto, según el cargo, la única forma de materialización de un eventual derecho de la demandante sobre los bienes descubiertos, era mediante la celebración del contrato dirigido a lograr su recuperación, como quiera solamente en esa convención podía definirse la participación que la actora pudiera tener en tales bienes, por lo que, si el *ad quem* optó por reconocer a la accionante los derechos que ella reclamó y les dio la connotación de ciertos y adquiridos, fue porque supuso la prueba del referido contrato.

-

El Tribunal, como ya se hizo notar en el segmento anterior, dedujo el derecho de la actora y su condición de "adquirido", del hecho mismo del descubrimiento que, a su turno, como en ese aparte de estas consideraciones se puntualizó, dedujo del reconocimiento de denunciante de tesoros y antigüedades

náufragas que la DIMAR realizó a favor de la cedente de la demandante, todo de conformidad con lo reglado en los artículos 700 y 701 del Código Civil.

-

Siendo ello así, como efectivamente lo es, huelga relieves que, por completo, es extraño al razonamiento del Tribunal el tema de la celebración del contrato para la recuperación de los bienes descubiertos, en torno del cual, adicionalmente, debe acotarse que, como se observó al despachar los cargos cuartos de ambas demandas, la pretensión relativa al reconocimiento de un privilegio o derecho de preferencia para contratar con la demandada el rescate del tesoro (fls. 28 y 167, cd. 1), fue excluida, motivo por el cual cabe decir que dicha problemática, ni quita ni pone ley.

-

Pero al margen de lo anterior, se observa que una cosa es la denuncia del descubrimiento y su reconocimiento por parte de la DIMAR, y otra bien distinta, la actuación posterior para el rescate o recuperación, inclusive para la explotación, de los "tesoros o especies náufragas", así como la participación del Gobierno colombiano, lo cual debía definirse mediante contrato administrativo, como se colige del artículo 114 del Decreto 2349 de 1971, vigente para la época de los hechos, norma según la cual, el denunciante reconocido de un descubrimiento no necesariamente es el que, previo contrato con la Nación, debe realizar el rescate o recuperación y la explotación de los "elementos de valor histórico, científico o comercial que se encuentren en las especies náufragas, sobre las zonas que hayan sido objeto de aviso debidamente aceptado". Desde luego que el contrato puede ser celebrado con "Cualquier persona natural o jurídica, nacional y extranjera" que tenga la "capacidad técnica y financiera...para llevar a cabo los trabajos".

-

Por lo mismo, si la pretensión relativa al eventual "privilegio o derecho de preferencia para contratar", fue excluida del proceso, no es de recibo afirmar que el Tribunal aseveró la existencia de "derechos adquiridos" afincado en un supuesto contrato del que no se ocupó su fallo, justamente porque no era parte del litigio. Por consiguiente, tampoco pudo incurrir en error fáctico por no

haber visto que el concepto de la DIMAR de 18 de julio de 1983, califica de "implícitos" los derechos de la demandante, no sólo porque los derechos reales que le fueron reconocidos en la sentencia, tienen su manantial en la ley civil, más concretamente en el artículo 701 del Código Civil, que no a partir de un acto administrativo y, menos aún, de un "concepto", sino también porque sin explicación o justificación suficientes, se parte del supuesto de equiparar los "derechos implícitos" a las "meras expectativas", sin advertir que los derechos a que se refirió el concepto en cuestión, corresponden, como en él mismo se lee, a los "derivados del reconocimiento que como denunciante de tesoros se hizo mediante Resolución No. 354 de 1982" (fl. 756, cd. 1-III).

-

Ahora bien, si la impetrada declaración de dominio se fundamentó en la denuncia del descubrimiento del tesoro, hecho éste reconocido por la DIMAR en la referida Resolución, no resulta enfocado que se amoneste al Tribunal por no haber advertido que el contrato para el rescate no había sido celebrado, habida cuenta que el juzgador, amparado en los artículos 700 y 701 del Código Civil, afirmó el codominio entre la demandante y la Nación, por el sólo hecho del hallazgo, sin consideración a que los bienes sean rescatados dentro de las coordenadas señaladas en el reporte confidencial sobre exploración submarina de 26 de febrero de 1982.

-

De allí que la discusión planteada por el recurrente en torno a la noción de derechos adquiridos, con soporte en la cual denunció la violación de varias leyes y decretos expedidos con posterioridad a esta última fecha, relativos a las antigüedades náufragas y al patrimonio histórico de la Nación, pero fincada en que tales derechos surgirían de un contrato que no se perfeccionó, no está en estricta armonía con el argumento medular de la sentencia, equivocado o no, consistente en que el descubridor adquirió sus derechos desde el mismo momento del descubrimiento o la denuncia del tesoro, aspecto de suyo muy diverso y sobre el que la Corte volverá más adelante, al estudiar los cargos que por violación directa fueron igualmente formulados, ocasión en la que

ampliará sus planteamientos sobre "derechos adquiridos" y "meras expectativas".

-

5. Puestas de este modo las cosas, los cargos no prosperan.

-

## **DEMANDA DE LA NACION COLOMBIANA**

### **CARGO PRIMERO**

-

Se acusó la sentencia de violar directamente los artículos 685, 689, 700, 701, 704, 706 y 710 del Código Civil; 72, 101 y 102 de la Constitución Política; 202 de la Constitución Política de 1886; las Leyes 14 de 1936 y 163 de 1959, y el Decreto 655 de 1968.

-

Por efecto de la incorporación en el presente cargo, del tercero de los argumentos formulados en apoyo de la segunda de las acusaciones de la Nación, ya examinada, deben entenderse incluidas aquí las normas cuyo quebranto allí se denunció, en particular los artículos 1º y 14 de la citada Ley 163 de 1959, concernientes, precisamente, con el tema de la naturaleza especial de los bienes disputados, por integrar ellos el patrimonio cultural de la Nación, como más adelante se ampliará.

-

En la sustentación respectiva, la recurrente advirtió que si por el modo de la "ocupación" se adquiere el dominio de las cosas que "no pertenecen a nadie", siempre que esa adquisición no esté "prohibida por las Leyes o por el derecho internacional", en el caso no se estructuró ese fenómeno, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, pues si bien los bienes reclamados fueron de "propiedad de la Corona Española", es claro que a partir del proceso político revolucionario que culminó con la independencia y nacimiento de la República, dichos bienes pasaron a ser parte de la Nación, tal cual lo dispuso la primigenia Constitución de 1821.

-

En esas circunstancias, se trata de cosas que "sí tienen dueño y dueño conocido, que no es otro que la Nación Colombiana", que no dejó de serlo por haber permanecido aquellas largo tiempo en el fondo del mar colombiano, habida cuenta que el derecho de dominio, per se, no se pierde ni por esa circunstancia, ni por el hecho del naufragio, menos tratándose de una "propiedad pública" "inalienable" como es el patrimonio cultural, arqueológico y artístico de la Nación, como tampoco por el hecho de no ser "totalmente conocido", como si la propiedad de la Nación dependiera del descubrimiento (fls. 124 y 125, cd. 13).

-

En suma, los bienes disputados no podían ser calificados tesoros por tener dueño conocido, la Nación colombiana, y en tal circunstancia, tampoco eran susceptibles de apropiarse por ocupación, en tanto que "su adquisición es prohibida por las Leyes,..., y que la propiedad pública sobre los mismos no puede ser compartida, por corresponder a nuestro patrimonio e identidad cultural nacional". Igualmente, reprochó al Tribunal por haber calificado como tesoros los bienes en cuestión, porque de conformidad con lo previsto en los artículos 700 y 701 del Código Civil, para que los mismos tengan la calidad de tales y puedan ser adquiridos por el modo de la ocupación, se requiere del apoderamiento físico de la cosa o, al menos, del descubrimiento.

-

En este caso, acotó, no se puede hablar de aprehensión material de los "objetos o restos del naufragio", porque como lo reconoce la sentencia, esos bienes si acaso, hipotéticamente pueden existir o ser localizables dentro de unas coordenadas. Por esto, la demandante sólo tiene "unas vanas y aleatorias meras expectativas", las cuales, como tales, "no constituyen derecho" frente a leyes posteriores o ante una nueva Constitución. De ahí que al descartarse el apoderamiento físico de las cosas, la declaración de dominio por una supuesta ocupación era improcedente (fl. 125, cd. 13).

-

Tampoco hay lugar a admitir el descubrimiento, porque aparte de no existir prueba indicativa de que los restos del naufragio han sido encontrados o

localizados en una posición exacta del lecho marino de Colombia, lo que se dice es que pueden ser localizables, lo cual constituye una imprecisión y vaguedad incompatibles con los conceptos de "tesoro encontrado" y "persona que haya hecho el descubrimiento", referidos en el artículo 701 del Código Civil (fl. 126, cd. 13).

-

Además, el Tribunal no reparó en que natural y jurídicamente, "tesoro" implica y significa algo "escondido" o "sepultado" por "largo tiempo", como lo reclama el artículo 700 del Código Civil. No puede, entonces, hablarse de tesoro por el solo hecho de estar los bienes en el fondo del mar colombiano, puesto que su ocultamiento no fue intencional, lo que de suyo supone la mano del hombre, sino que simplemente se trata de bienes "extraviados", o si se quiere "perdidos" para su dueño, que es la Nación Colombiana, como consecuencia precisamente de un naufragio.

-

Concluyó la parte recurrente, que al calificar de tesoros los bienes reclamados, el Tribunal incurrió en los yerros jurídicos denunciados, puesto que dejó de aplicar las normas que señalan a la Nación como su propietaria y las que les atribuyen la condición de conformar su patrimonio cultural. De ahí que si esos bienes son encontrados o salvados, no pueden ser apropiados por el primer ocupante o descubridor, sino que se deben poner a disposición de su dueño, independientemente de los gastos del salvamento.

-

### **CARGO TERCERO**

-

En esta censura se denunció la sentencia por haber quebrantado directamente los artículos 4º y 72 de la Constitución Política; 1º, 3º, 699, 700 y 701 del Código Civil; 3º y 9º del Decreto 655 de 1968 y 4º de la Ley 26 de 1986.

-

Para sustentarlo, manifestó la recurrente que al pretenderse la propiedad, en los términos de la demanda, de un tesoro que se encuentra en el lecho del mar colombiano, llámese mar territorial, plataforma continental o zona económica

exclusiva, la sociedad demandante no discutió que el suelo "en donde yace el presunto tesoro..., pertenece al dominio y a la soberanía de la Nación Colombiana". Por esto, como ella tiene un dominio de naturaleza eminente "sobre todo lo que le pertenece", "independientemente de su naturaleza, destino, uso, o similar, mueble o inmueble, tesoro o no" (fl. 148, cd. 13), no puede ser tratada como un particular, como si pudiera disponer y renunciar libremente, por ser de orden e interés público.

En ese sentido, estimó que el Tribunal anduvo equivocado al no aplicar los artículos 3º y 9º del Decreto 655 de 1968, que reconocen al descubridor de tesoros o especies náufragas una participación del 5% sobre el producto bruto de lo rescatado, aduciendo una supuesta inconstitucionalidad y la extralimitación de funciones del ejecutivo para reformar el Código Civil, cuando nada de esto sucedió. Una cosa es la copropiedad del descubridor del tesoro en terreno particular, que es la materia regulada por el artículo 701 del Código Civil, y otra la participación "cuando el dueño del terreno no es un particular..., sino la Nación Colombiana" (fl. 44, cd. 13), como es el caso, en donde ningún papel juegan las disposiciones del mentado código, menos tratándose de bienes que integran el patrimonio cultural e histórico de la Nación.

Agregó que lo mismo cabe decir de las conclusiones referentes a "derechos adquiridos", porque para que sean tales, según los artículos 30 de la Constitución de 1886 y 58 de la actual, los derechos debieron ingresar al patrimonio de una persona "con arreglo a las leyes civiles", que no es la hipótesis del litigio, pues la actuación versó únicamente sobre el "denuncio de unos posibles efectos o especies náufragas", que no dan lugar a consolidar una situación jurídica subjetiva, "puesto que no se suscribió el contrato administrativo, ni ningún otro, indispensable para tal efecto" (fl. 152, cd. 13).

Concluyó que el Tribunal, al deformar el concepto de derecho adquirido, dejó de aplicar los artículos 1º del Decreto 12 de 1984 y 4º de la Ley 26 de 1986, amén de los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, normatividad que

aclaró que las especies y objetos náufragos "pertenece exclusivamente a la Nación", por formar parte del patrimonio cultural.

## **DEMANDA DEL MINISTERIO PUBLICO**

### **CARGO PRIMERO**

La Procuraduría General de la Nación acusó la sentencia por haber violado, directamente, los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política; 685, 699, 700, 701, 704, 706 y 710 del Código Civil; 4º y 9º de la Ley 397 de 1997.

Considera el recurrente que si en marzo de 1982, la sociedad cedente denunció "el hallazgo de tesoros correspondientes a naufragios de naves", y si la DIMAR reconoció a dicha sociedad "como denunciante de tesoros o especies náufragas en las coordenadas referidas", esto implica que la "solicitud formulada y la autorización concedida hacen alusión a naufragio de naves, lo que supone la existencia de antiguos y de eventuales nuevos propietarios".

Áfirmó también que a partir de la Constitución de 1821, todos los bienes que en el antiguo régimen pertenecían a la Corona Española, "pasaron a formar parte del patrimonio de la República, gozando del dominio por encontrarse en predios de la Nación", entre ellos los efectos reclamados, los cuales, de conformidad con lo previsto en las disposiciones constitucionales citadas, así como en los artículos 4º y 9º de la Ley 397 de 1997, integran el "Patrimonio Cultural de la Nación", concretamente el "Patrimonio Cultural Sumergido" (fls. 178 y 179, cd. 13).

Acotó que si los bienes de la Nación no pueden ser adquiridos por el modo de la ocupación, por prohibirlo expresamente el artículo 685 del Código Civil, el Tribunal no podía reconocer a un particular dueño del 50% de los mentados bienes, porque estando en el "suelo colombiano, su propiedad o dominio se encuentra en cabeza de la Nación colombiana, nunca han dejado de pertenecerle, hacen parte del patrimonio cultural e histórico, que no puede ser objeto de reconocimiento en cualquier proporción a favor de un particular" (fl. 182, cd. 13).

Concluyó diciendo, que el Tribunal confundió la noción de tesoro con la de especie náufraga, para desconocer el alcance de esta última, ya que la ubicación, precisión e identificación de los bienes no se encuentra establecida, y si lo estuviera, los derechos que se originarían para la sociedad demandante serían otros, del resorte del derecho administrativo y no de la jurisdicción ordinaria.

## **CARGO SEGUNDO**

En este cargo, se denunció la sentencia por haber violado directamente las mismas disposiciones que se citan en el anterior, excepto las de la Constitución Política, siendo, en lo restante, igual su contenido.

## **CONSIDERACIONES**

### **I. El tesoro. Ubicación temática, naturaleza jurídica y concepto.**

1. El problema jurídico esencial que plantean los cargos, se concreta en establecer si en Colombia los bienes a que se refiere la demanda (“...de valor económico, histórico, cultural o científico”), ciertamente constituyen un típico y genuino tesoro, en los términos de la definición-o de la noción descriptiva-que consagra el artículo 700 del Código Civil, pues de esa calificación depende, en línea de principio rector, si la sociedad demandante tiene o no derecho de dominio sobre ellos, o sobre una parte de los mismos, como en su momento lo juzgó y determinó el Tribunal.

2. Corresponde, entonces, acometer someramente el análisis del concepto de tesoro, lo que se hará en el estricto campo jurídico, esto es, sin cobijar significados diversos, por manera que no se tomará en cuenta el sentido que a tal locución puede darse en la *praxis*, o en el ámbito social, meramente económico o, incluso, semántico, en los que reviste de ordinario un significado disímil.

Tal instituto ha sido regulado en el Código Civil dentro del régimen de la ocupación (arts. 685 y ss.), lo que pone de presente, *ab initio*, que su descubrimiento es una particularísima expresión-*ex lege*-de adquirir el dominio de los bienes muebles a través de dicho modo, respecto del cual posee notas distintivas que, *in extenso*, impiden aplicarle todas las reglas generales que lo gobiernan.

-  
Así, mientras que la ocupación propiamente dicha tiene como punto de partida que las cosas no han pertenecido a nadie (*res nullius*), el tesoro, por el contrario, presupone que ellas, en alguna época y medida, sí le pertenecieron a alguien, sólo que se perdió o borró la memoria de su dueño (*res sine domino*). De igual manera, mientras que en la primera la adquisición del dominio reclama la aprehensión física de la cosa (*corpus*), con ánimo de apropiación, en la segunda es suficiente "el descubrimiento" o la "denuncia" (*invenerit*), por quien ha tenido "la dicha de hallar[la] antes que otro"<sup>12</sup>. He aquí por qué el legislador colombiano-siguiendo muy de cerca al Chileno-, entendió que existían varias especies de ocupación, entre ellas el hallazgo (art. 699 C.C.); pero como este también demanda el apoderamiento de la cosa inanimada, sea ella *res nullius* por naturaleza, o por abandono de su propietario (*res derelictae*), se entendió que el descubrimiento del tesoro era, a su vez, una especie de invención, tanto más si los bienes que lo conforman no califican, en estrictez, como cosa jamás poseída, o riqueza en estado nativo (*in situ*), ni de ellas puede suponerse que el dueño quiso abandonarlas para que las hiciera suyas el primer ocupante.

-  
No es extraño, pues, que un sector de la doctrina especializada y legislaciones más recientes, como los Códigos Suizo e Italiano de 1907 y 1942, en su orden, hubieren indicado que el descubrimiento del tesoro no es un arquetípico *casus* de ocupación, modo este que resultaba más explicable en el derecho romano preclásico, por cuanto el tesoro le pertenecía íntegramente al propietario del

---

<sup>12</sup> [Andrés Bello. Obras completas. T. XVII. Derecho romano. Fundación La Casa de Bello, Caracas, 1981, pág. 49.](#)

fundo-como quiera que se entendía que hacía parte de él (*pars fundi*)-, pero que dejó de ser pleno o suficiente cuando, a partir del Emperador Adriano, se le otorgó derecho real-total o parcial-al descubridor (*inventor*), en consideración a la 'equidad natural' (*naturalem aequitatem*, Inst., Just., 2, 1, 31).

-

Empero, si se entiende que la noción de tesoro, como se analizará más adelante, hunde sus raíces en el hecho de que para el instante del descubrimiento no es posible conocer o saber quién es el dueño de las cosas que lo integran, pues no se tiene memoria ni rastro de él-por lo que debe presumirse que, dado el prologado tiempo transcurrido, según el caso, dejaron de pertenecerle-, se ha justificado por un sector autoral que a esa forma de hallazgo se le considere como una subespecie de ocupación, ciertamente *sui generis* o *specialis*, debido a que comparte con ella en lo fundamental, al menos, la circunstancia de que recae sobre cosas que en el momento de la invención carecen de dueño, así sea porque su nombre lo diluyeron los años o los siglos. Lo cierto, de todos modos, es que Don Andrés Bello se inclinó por englobar estas modalidades en la ocupación, tanto que el texto definitivo por él acuñado, literalmente reza que "La invención o hallazgo es una especie de ocupación..." (arts. 624, Código Civil chileno y 699, Código Civil colombiano), obviamente con matices.

-

3. Realizada esta puntual precisión, necesaria por las posiciones jurídicas contrapuestas que sostienen las partes sobre la naturaleza jurídica del descubrimiento del tesoro enfrente de la ocupación propiamente dicha, debe la Corte detenerse ahora en el análisis de la noción o concepto de tesoro, que tiene-de antaño-una especial sustantividad, merced al aquilatado y difundido aporte del jurisconsulto Paulo-muy seguida por el movimiento codificador de los siglos XIX, XX y XXI, en lo basilar-, y que aparece definido o descrito como "la moneda o joyas u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre,

han estado largo tiempo sepultados o escondidos, sin que haya memoria ni indicio de su dueño” (inc. 2, art. 700, C.C.)<sup>13</sup>.

Adviértase de manera liminar, por su relevancia en este asunto y en orden a evitar equívocos o asimilaciones impropias emergentes de otros regímenes diversos al patrio, que esta noción difiere-parcial y formalmente-de la que se consagra en ciertos ordenamientos jurídicos, incluidos algunos en los que se inspiró Don Andrés Bello para adelantar su magna tarea codificadora. Así, *ad exemplum*, el Código Napoleónico define el tesoro como “Toda cosa oculta o sepultada sobre la cual nadie puede justificar propiedad, y que es descubierta por puro efecto de la casualidad” (art. 716), destacándose que en ella no se hace expresa mención al tipo de cosas, ni a la antigüedad, ni al descubrimiento casual<sup>14</sup>.

-

El Código Civil español de 1889, por su parte, lo entiende como “el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste” (art. 352), siendo relevante la referencia genérica a la ocultación y al desconocimiento del lugar donde se encuentran las cosas, sin parar mientes en su antigüedad, lo mismo que en la falta de prueba de una propiedad genuina, criterio éste de especial valía para Don Florencio García Goyena, autor del proyecto de Código Civil español de 1851, consultado en su momento por el señor Bello<sup>15</sup>.

-

---

<sup>13</sup> Códigos Civiles, como el salvadoreño de 1860, artículo 606, incorporan la misma definición vertida en el Código Civil chileno de 1855 y, de paso, en el colombiano. Es el caso también del Código Civil de Uruguay de 1868, que en su artículo 695, reproduce el texto del señor Bello, prácticamente en forma literal, a cuyo tenor “Se llama tesoro las monedas, joyas u otros objetos preciosos que elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria o indicio de su dueño”.

<sup>14</sup> El Código Civil belga (art. 716) y el de Luisiana (art. 3420), incorporan esta misma norma en su ordenamiento jurídico. Lo propio tiene lugar en tratándose del Código Civil de Luxemburgo.

<sup>15</sup> El artículo 875 del Código Civil mexicano de 1928, reproduce prácticamente el contenido del artículo 352 del Código Civil español, según el cual “...se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima procedencia se ignore...”.

El Código Civil argentino de 1869, por su lado, lo concibe como "todo objeto que no tiene dueño conocido, y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos, destinados a las sepulturas de los muertos" (art. 2551), noción que suscita particular interés, por cuanto admite la existencia de tesoro sobre cualquier cosa, con la sola excepción que trae su parte final, sin detenerse en su valor, y ni siquiera en su antigüedad, amén de que exige que se hallen en bienes raíces, condición ésta última que no puede tildarse de generalizada, habida cuenta que en otras naciones se admite que el tesoro pueda hallarse en bienes muebles, tal y como sucede con los libros, algunos enseres y compartimentos ocultos<sup>16</sup>. De este modo, es admitido que el hallazgo no siempre debe ser *sub terra, in terrulis, o in loco*.

-

El Código Suizo de 1907, que distingue entre "*occupation*" y "*coses trouvées*", a su turno, refiere en su artículo 723, que "Son consideradas como tesoro las cosas preciosas que en el momento del descubrimiento parece cierto que han estado sepultadas o escondidas desde largo tiempo y no tienen ya propietario", concepto cercano al de los códigos chileno y colombiano, salvo porque precisa que el dueño debe ser inexistente. El Código Civil Alemán del año 1900, sin comprometerse con una específica definición, destaca en el artículo 984 que, "Si es descubierta, y a consecuencia del descubrimiento tomada en posesión, una cosa que ha permanecido oculta tanto tiempo que el propietario ya no se ha de averiguar más, la propiedad es adquirida, por mitad, por el descubridor y por el propietario de la cosa en que estaba oculto el tesoro".

-

---

<sup>16</sup> El proyecto del Código Civil argentino del año 1998, sometido a consideración del parlamento, establece en su artículo 1892, que "Es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa, mueble o inmueble. No lo es la cosa de dominio público, ni la que se encuentre en una sepultura de restos humanos...", precepto que, en la esfera prelegislativa, evidencia la viabilidad de la citada posibilidad de hallazgo en una cosa mueble, como se anticipó. Lo mismo hace expresamente el Código Civil holandés de 1992.

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865, cuyo artículo 714 corresponde en lo fundamental al artículo 932 de la codificación de 1942, vigente, registró como tesoro a "cualquier objeto mueble precioso oculto o sepultado sobre el cual nadie puede justificar propiedad, y que es descubierta por puro efecto de la casualidad"<sup>17</sup>, noción que amerita las mismas anotaciones efectuadas respecto del Código francés, salvo en lo que atañe a la naturaleza o tipología de las cosas.

-

También el artículo 800 del Código Civil venezolano de 1942, es preciso al indicar que "Es tesoro todo objeto mueble de valor que haya sido ocultado o enterrado y cuya propiedad nadie pueda justificar".

-

Del mismo modo, el Código Civil portugués de 1967, en su artículo 1324, dispone que "si aquél que descubre cosa mueble de algún valor, escondida o enterrada, no puede determinar quien es su dueño, tórnase propietario de la mitad de lo hallado; la otra mitad pertenece al propietario de la cosa mueble o inmueble en donde el tesoro estaba escondido o enterrado". Otro tanto hace el artículo 5:13, ordinal 2, del Código Civil holandés de 1992, el que reza que "Tesoro es una cosa de valor que ha permanecido oculta tanto tiempo que su propietario no puede ser encontrado". A su vez, el Código Civil brasileño de 2002, prescribe en su artículo 1264, que "El depósito antiguo de cosas preciosas, oculto y de cuyo dueño no exista memoria, será dividido por igual entre el propietario del predio y el que encontró el tesoro casualmente".

-

Finalmente, en lo que atañe a la descripción normativa del tesoro en la esfera internacional, útil es observar que algunas legislaciones, alternativamente, se

---

<sup>17</sup> El precitado artículo 932 del Código Civil italiano vigente, es del siguiente tenor: "Tesoro es cualquier cosa mueble de mérito, oculta o enterrada, de la que nadie puede probar que es el propietario. El tesoro pertenece al propietario del fundo en que se encuentra. Si el tesoro es encontrado en fundo ajeno, siempre que haya sido descubierto por el solo efecto de la casualidad, corresponde por mitad al propietario del fundo y por mitad al que lo encontró. La misma disposición se aplica si el tesoro es descubierto en una cosa mueble ajena. En cuanto al hallazgo de los objetos de interés histórico, arqueológico, paleontológico, paleontológico y artístico se observarán las disposiciones de las Leyes especiales".

abstienen de precisar su concepto o de referir a sus notas o rasgos típicos, dejando dicho laborío a la jurisprudencia y a la doctrina, v. gr., el Código Civil japonés de 1898, el panameño de 1916, el peruano de 1984 y el Código Civil de Quebec de 1991, codificaciones que se ocupan, únicamente, del régimen jurídico-económico de distribución del tesoro, sin que ello implique la desaparición o relativización de la institución, la cual, en lo pertinente, mantiene vigencia en los regímenes así estructurados.

-

4. Este breve *excursus* por la legislación comparada, en asocio de la jurisprudencia y la doctrina que la escolta, pone en evidencia que el concepto jurídico de tesoro, *per se*, no es simétrico o estereotipado por las mismas características básicas, pues cada legislador adopta una definición o concepto con énfasis en particulares elementos, descartando incluso otros que en naciones que pertenecen a la misma familia jurídica, *lato sensu*, son fundamentales o determinantes, como sucede con la antigüedad, la casualidad del descubrimiento, la tipología de bienes materia del hallazgo y el modo de adquisición, entre varios. Ello, como lo reafirma la doctrina especializada, en buena parte, es corolario de su etiología y su mudable desenvolvimiento histórico-jurídico-hasta el punto que en el siglo XX, muy especialmente, su alcance fue objeto de sistemática restricción, habida cuenta de la protección brindada a los llamados patrimonios históricos, culturales o arqueológicos, en general, como se examinará a espacio-<sup>18</sup>, sin perjuicio de compartir igualmente similitudes y rasgos de suyo comunes, en razón del acentuado influjo ejercido, directa o indirectamente, por la milenaria y penetrante noción acuñada por el jurisconsulto Paulo, conforme se evidenciará en el numeral siguiente.

-

## **II. El tesoro en el derecho colombiano. Elementos y características primordiales.**

-

---

<sup>18</sup> Vid. Giovanni Rotondi, I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro, en Rivista di diritto civile, No. II, 1910, pág. 312.

Señalado lo que antecede, es menester no perder de vista, la especial regulación que efectúa el Código Civil colombiano, brújula de la decisión que adopte esta Corte, de cuya definición o descripción surgen los tres elementos que, *ministerio legis*, en lo cardinal, determinan la existencia jurídica de un tesoro, a saber-con independencia de la militancia de otras de disímil jerarquía o de una reorganización diversa-:

-  
1) En primer lugar, debe tratarse de cosas muebles que tengan un valor y sean producto de la obra o tarea humana, es decir, que habiendo sido forjadas por el hombre, revisten alguna significación económica en sí mismas consideradas, pues precioso, según el Diccionario de la Real Academia Española, es aquel efecto "digno de estimación y aprecio"; también "Excelente, exquisito, primoroso". "2. De mucho valor..." (art. 28, C.C.).

-  
Repárese en que el legislador patrio, *ad baculum*, tuvo en cuenta la enriquecida experiencia del derecho romano, que en un comienzo, restrictiva o formalmente, a juzgar por el contenido de los textos pertinentes, consideró tesoro al dinero o la moneda (*pecunia*), para luego, en tiempos de Graciano, Valentiniano y Teodosio I, abarcar las joyas, aderezos y alhajas (*monilia*) y, más tarde, por Constitución de los Emperadores León II y Zenón (siglo V), todo bien mueble que tuviese cierto valor (*mobilia*), sin perjuicio de que en la áurea época de Justiniano igualmente se extendió el concepto del *thesaurus* a toda cosa mueble. Por eso la memorable, socorrida e influyente definición de Paulo (siglo III, D. de C.), tatuada posteriormente en el Digesto Justiniano del siglo VI (*Thesaurus est vetus quaedam deposito pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominium non habeat...*)<sup>19</sup>, en la que textualmente se hace referencia al dinero, debe ser entendida con arreglo a la noción vigente en el

---

<sup>19</sup> Digesto, Libro 41, Titulo I, 31 § 1. El texto completo preceptúa así: "El tesoro es una cierta cantidad depositada de la que ya no se recuerda quién pudo ser su propietario; y así se hace de quien lo haya encontrado, pues no es de nadie más; en cambio, si alguien hubiera escondido algo bajo tierra por codicia, temor o precaución, no hay tesoro, y puede ser objeto de hurto (*Paul. 31 ed.*)".

período tardo-clásico, o sea en forma más amplia<sup>20</sup>, sin perder de vista la concepción lata, plasmada en el Código de Justiniano (*Codex novum*), posterior a su Digesto, en el que se puntualiza, *expressis verbis*, que el tesoro consiste en las "cosas muebles guardadas en tiempo más remoto por dueños desconocidos" (*Thesaurus id est: condita ab ignotis dominis tempora vetustiori mobilia*)<sup>21</sup>.

-

Es, pues, pertinente, la noción acuñada por Don Andrés Bello, quien consideró de manera uniforme en sus distintos proyectos de Código Civil, que era tesoro, en general, todo "efecto precioso" como las monedas y joyas, expresión que inicialmente comprende cualquier cosa mueble-pues no es limitativa-, con tal que tenga algún valor, objetivamente considerado, siendo claro que su configuración no debe subordinarse a criterios subjetivos, como la mayor o menor valía que tengan los bienes para una persona, pues la calificación no puede depender, privativamente, de quien lo descubre, sino de las características de las cosas que, *in casu*, lo componen o integran. Por ello se dice que su determinación jurídica obedece a una típica *quaestio facti*.

-

Es importante destacar, además, que los bienes que constituyen un tesoro, en línea de principio, deben ser el producto de una obra humana, vale decir hijos del hombre, esto es, que en ellos se refleje su mano, de una u otra forma, a manera de *plus*. Por eso no se distinguen como tal las cosas inanimadas que, pese a ser apreciables, se encuentran en su estado natural, las cuales pueden ser calificadas como *res nullius*, cuyo dominio se adquiere por ocupación y, más concretamente, a través de la invención o hallazgo, en cuanto referida, por vía de ejemplo, a las "piedras, conchas y otras sustancias que arroja el

---

<sup>20</sup> Ulpiano, al respecto, a su vez precisaba que, "El término *pecunia*-o cantidad-no sólo se refiere al dinero sino a toda cantidad, es decir incluso a toda clase de cosas, pues nadie puede dudar de que la palabra *pecunia* abarca también las cosas" (Digesto, 50, 16,178). Esta es, por lo demás, la postura dominante en la romanística contemporánea (Fuchs, Della Porta, Butera, Volterra, Torrent, Arangio Ruiz, Marchi, Longo, Ortega Carillo, Iglesias, Scapini, etc.).

<sup>21</sup> Código, Libro X, Título XV, 1. El término *mobilia*, de ordinario, ha sido interpretado como equivalente a cosas muebles de cierto valor, según se anticipó.

mar...” (inc. 2, art. 699, C.C.). Con otras palabras, no conforman tesoro las cosas que, a las claras, permanecen *in natura*, como sucede también con los aerolitos, las minas, entre otros ejemplos más; para que lo sean, entonces, el hombre debió dejar su impronta en ellas, ora directa, ora indirectamente.

-

Precisados los alcances que, en relación con el tesoro, tienen las condiciones de ser cosas muebles, preciosas y elaboradas por el hombre, necesario es advertir, en forma preliminar, que hay dentro de ellas objetos que materialmente responden o pueden responder a esas mismas características, pero que en la esfera jurídica no pueden ser consideradas tales, por cuanto el legislador, *ex professo*, proscribió tal posibilidad *iuris*, como acontece en tratándose de los “monumentos muebles”, en su oportunidad definidos en el artículo 7° de la Ley 163 de 1959, por la cual se adoptaron inequívocas y diversas medidas para su entendible “defensa y conservación” (art. 14, Ley 163 de 1959), y como también tiene lugar, en general, con los bienes que integran el apellidado patrimonio histórico, cultural y arqueológico, incluido el submarino, en palmaria muestra de la evolución experimentada por el instituto del tesoro, en la hora de ahora dueño de un radio de acción más limitado, en pro de la salvaguarda de los referidos bienes, materia de celosa protección y guarda *extra commercium*, no solo en el derecho colombiano, sino también en la órbita internacional (constitucional y legal), conforme se esbozó y como se analizará con cierto detenimiento.

-

Reza el artículo 1° del tratado celebrado entre las repúblicas americanas sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, acordado en la 7ª Conferencia Internacional Americana al que remite literal y categóricamente el artículo 7° de la Ley 163, al expresar que “Se consideran monumentos muebles los enumerados en el y a la cual adhirió Colombia por Ley 14 de 1936”, entre los que se enumeran: “a) De la época precolombina: las armas de guerra o utensilios de labor, las obras de alfarería, los tejidos, las joyas y amuletos, los grabados, diseños y códices, los equipos, los trajes, los adornos de toda índole, y en general todo objeto mueble que por su naturaleza o su procedencia

muestren que provienen de algún inmueble que auténticamente pertenece a aquella época histórica...b) De la época colonial: las armas de guerra, los utensilios de trabajo, los trajes, las medallas, monedas, amuletos y joyas, los diseños, pinturas grabados, planos y cartas geográficas, los códices, y todo libro raro por su escasez, forma y contenido, los objetos de orfebrería, de porcelana, marfil, carey, los de encaje, y en general, toda las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico...c) De la época de la emancipación y la República: los mencionados en el inciso anterior que correspondan a esta época...d) De todas las épocas: 1) las bibliotecas oficiales y de instituciones, las bibliotecas particulares valiosas tomadas en su conjunto, los archivos nacionales y las colecciones de manuscritos, oficiales y particulares de alta significación histórica; 2) como riqueza mueble natural los especímenes zoológicos de especies bellas y raras que están amenazadas de exterminación o de desaparición natural, y cuya conservación sea necesaria para el estudio de la fauna”.

-

Examinados en conjunto los artículos 1º y 7º de la ley en comento, el primero alusivo en general al patrimonio histórico y artístico patrio y el segundo, sin duda, complementario y, en gran medida, justificativo y explicativo de aquel, circunscrito a los “monumentos muebles”, así como en asocio con el artículo 2º del mismo ordenamiento jurídico, referente a los “monumentos inmuebles”, se desprende, como precedentemente se expresó, que tanto éstos, como los “monumentos muebles”, integran el apellidado patrimonio histórico y artístico de la Nación, en armonía con lo preceptuado por normatividad ulterior enderezada a brindar análoga e indiscutida tutela a dicho patrimonio, por vía de ilustración el artículo 72 de la Constitución Política, los cánones que conforman la Ley 397 de 1997 y los que integran el Decreto 833 de 2002.

-

Tal aserto, ciertamente, no puede considerarse infirmado por el contenido del indicado artículo 1º, se anticipa igualmente, cuando al declarar “patrimonio histórico y artístico nacional” a las “tumbas prehispánicas y demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, que tengan interés

especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las investigaciones paleontológicas”, refiere a “que se hayan conservado sobre la superficie o el subsuelo nacional” (Se subraya), lo que podría denotar algún interés o deseo en excluir las zonas ocupadas por las aguas interiores o el espacio marítimo, por cuanto tales menciones normativas no pueden entenderse en sentido restringido o limitativo, es decir, únicamente como el suelo continental o tierra firme y lo que está debajo de él, dejando de lado las zonas acuáticas allí existentes o las áreas marinas, en particular, toda vez que, como se ampliará y corroborará más adelante, el propósito del legislador fue el de proteger, sin distingo, la totalidad del referido patrimonio nacional, y no una parte de él, sin excluir, por consiguiente, los bienes de interés histórico, arqueológico o artístico ubicados en el piso o subsuelo de las aguas interiores o de las marítimas, incluidas las archipelágicas, máxime cuando dichas expresiones, *in concreto*, también tienen cabida en la normatividad legal especializada, como igualmente se analizará posteriormente, de tal suerte que ellas, para los fines de la Ley 163 de 1959, deben interpretarse en sentido amplio u omnicomprensivo, en orden a entender que la protección dispensada por la Ley irradia sus efectos sobre la totalidad de los bienes de valor histórico y cultural, independientemente del lugar de ubicación en donde se encuentren, y de su origen.

-

Con ese particular entendimiento, propio es comprender, entonces, que el artículo 14 de la Ley en comento, deliberada y reflexivamente, excluyó del concepto de tesoro-sin derogar o derruir este instituto jurídico-la totalidad de los referidos bienes, esto es, los que ostenten significación histórica, cultural o arqueológica, puesto que en él se dispuso que “No se consideran en el artículo 700 del Código Civil [definitorio del tesoro, agrega la Corte] los hallazgos o invenciones consistentes en monumentos históricos o arqueológicos, los cuales estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley” (Se subraya), exclusión ésta en modo alguno inconsulta o insular, en razón a que obedece a una sólida, consciente y reiterada tendencia internacional, encaminada a la cabal y sostenida protección del patrimonio en referencia, sobre todo en la

segunda mitad del siglo XX, sin soslayar la floración de puntuales regulaciones precedentes, incluso del siglo XIX. Esto explica que un apreciable número de legislaciones especiales se promulgaron con el señalado cometido, muchas de ellas corolario de lo preceptuado de manera general por sus Constituciones Políticas, tal y como tuvo lugar en Colombia en la última década, específicamente en virtud de la Ley 397 de 1997, desarrollo de los artículos 70, 71 y 72 de la Carta de 1991.

-

El surgimiento de estos nuevos valores, fruto de la natural y progresiva evolución del derecho, concernientes con la historia, en general, y con el pasado de los diversos grupos sociales, en particular, así como la referida tendencia del concierto de las naciones en el ámbito internacional y de cada una de ellas, en lo que corresponde a su derecho interno, consistente en estructurar entramados jurídicos para su eficaz y oportuna protección, exige reconocer su influencia en el régimen legal de los bienes y, con una visión más amplia, de los derechos reales, que ha dado lugar a una concepción más moderna, a la par que colectiva, en estos puntuales campos, ajustada, precisamente, a esas nuevas circunstancias, que no es dable soslayar, justamente por lo que ella envuelven<sup>22</sup>.

-

Es así como un buen número de legislaciones nacionales, entre ellas la de Colombia-artículo 72 de la Constitución Política de 1991-, ha reservado para el Estado la propiedad de los bienes de valor histórico, cultural o arqueológico, revistiéndolos, además, del carácter de inalienables, inembargables e imprescriptibles, con lo que se ha querido significar, entre otros cometidos, la

---

<sup>22</sup> En punto del derecho de propiedad, esta Corporación señaló que su "...sentido netamente individualista..., heredado del derecho romano, que la concibió como concentración de poderes o atribuciones del dueño sobre sus bienes en cuya virtud éstos quedan sometidos directa y totalmente a su señorío con el fin de satisfacer únicamente sus egoístas intereses, ha venido cediendo el paso a una concepción marcadamente solidarista o funcionalista que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructuar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de enrumbar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad, en cuya representación actúa el propietario en función social" (Sala Plena, Sentencia de 10 de marzo de 1988).

-

imposibilidad de su comercialización y, por ende, de su adquisición por los particulares. De allí que no sean pasibles de ser apropiados en virtud de algún modo de adquirir el dominio, *ad exemplum*, a través del "...descubrimiento de un tesoro", entendido como "...una especie de invención o hallazgo", a términos del artículo 700 de la codificación civil.

-

Idóneo resulta entonces concluir, sin perjuicio de la ampliación que del tema se efectuará en acápite posterior (punto III), que los bienes definidos como "monumentos muebles"-que conforman el patrimonio histórico, cultural o arqueológico-, pese a que puedan formalmente considerárseles preciosos y hubiesen sido elaborados por el hombre y, también, permanecido sepultados o escondidos largo tiempo, sin que haya memoria o indicio de su dueño, no son tesoro, en estricto sentido, pues por expreso designio del legislador, reflejado en el mencionado artículo 14 de la Ley 163 de 1959, entre otras disposiciones, fueron meridianamente excluidos como tales, quedando pues sometidos al especial gobierno de esa legislación y a las demás concordantes, sin que entonces, se itera, les sea aplicable el régimen general previsto centenariamente para el tesoro, consagrado explícitamente en el Código Civil (arts. 700 y siguientes), a partir de consideraciones no tenidas en cuenta por el señor Bello, fruto del surgimiento de hechos y circunstancias de floración ulterior, no por ello carentes de acentuada valía y trascendencia jurídicas.

-

2) En segundo lugar, esos bienes, así entendidos, debieron estar sepultados o escondidos por largo tiempo. En palabras de Don Andrés Bello, han debido estar "enterrados desde tiempo inmemorial y encontrados... sin el auxilio de la magia"<sup>23</sup>.

-

Es este, sin duda, uno de los elementos que-en Colombia y a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, se reitera-, distingue y cualifica al tesoro, al punto que, en cierta forma, justifica los derechos que la ley le reconoce al

---

<sup>23</sup> Andrés Bello. Obras completas. T. XVII. Op. cit., pág. 49. Cfme: Carlo Busacca, quien también se refiere al "...ocultamiento desde tiempo inmemorial", voz 'Tesoro', en Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Vol. XII, Milano, 1992, pág. 388.

descubridor, en cuanto ha sido la persona que recupera una riqueza que permanecía oculta y que ha 'puesto o colocado en circulación', con todo lo que ello comporta en los planos económico y fiscal, primordialmente, aledaños al jurídico.

-

Se ha disputado, en íntima conexión con el presupuesto materia de análisis-de marcada incidencia en el presente asunto que juzga la Corte-, si la ocultación debió darse de manera voluntaria (*ex voluntate*) y por quien fue su dueño, o si bastaba el hecho objetivo de no estar los bienes a la vista de nadie, sin que se tuviese memoria de su ubicación. En la primera hipótesis, se reclama un hecho típicamente intencional que refleje que el dueño que escondió o sepultó las cosas, no tuvo la *intentio* de desprenderse de su dominio; apenas quiso guardarlas o conservarlas más seguramente (*ad cautelam*), con lo cual afirmó su derecho, lo que se hacía aún más palpable en aquellos tiempos en que la banca y el sector financiero no existían, caso en el cual estaban menos seguras y más expuestas. En la segunda, se sostiene que como el tesoro está conformado por bienes de cuyo propietario no se tiene recuerdo o memoria, precisamente por el transcurso del tiempo, no es determinante clarificar cuál fue la causa real del ocultamiento, siendo lo relevante el acto ulterior de descubrirlos, en sentido amplio. Por ello, se tiene establecido que en este último supuesto, *stricto sensu*, la ocultación es incausal.

-

Para la Corte, si el legislador *ab origine*, le ha conferido especial relevancia jurídica al descubrimiento para establecer los derechos sobre el tesoro, sea que el hallazgo se produzca en bien propio o ajeno, pues, en cualquier caso, lo importante es que hubiere sido "encontrado", descubierto o develado, no resulta trascendente volver la mirada en el tiempo al momento de su ocultación material, hecho de suyo ordinariamente desconocido, entre otras razones, porque si al concepto de tesoro, en Colombia, le es basilar que el tiempo haya eclipsado, o esfumado el nombre de su dueño, no resultaría lógico o consecuente exigir que el descubridor probase que ese dueño desconocido, lo sepultó o escondió voluntariamente, so pena de que lo encontrado no

adquiriese el calificativo-o *nomen*-de tesoro. De ahí que la intencionalidad en referencia, por lo menos en el derecho nacional y en la generalidad del derecho comparado, como reflejo de lo acontecido en el sapiente derecho romano, no es determinante establecerla, lo cual, por lo demás, sería una ímproba tarea, en veces imposible de materializar. No en vano, se repite por doquier que: *Nemo potest ad impossibile obligari* (nadie está obligado a lo imposible).

-  
En este sentido, con innegable claridad, afirma la doctrina dominante que "Habrá tesoro siempre que concurren en el momento del hallazgo los requisitos exigidos por Paulo, **siendo irrelevante que el inicial ocultamiento haya sido voluntario o hecho por la mano del hombre**, o que las monedas abandonadas o perdidas hayan quedado ocultas involuntariamente o por acción de las fuerzas de la naturaleza. Paulo no exige al descubridor que pruebe la voluntariedad del inicial ocultamiento"<sup>24</sup>, postura ésta delineada con

---

<sup>24</sup> Alfonso Agudo Ruiz. Régimen jurídico del tesoro en derecho romano. Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2005, págs. 45 y 46, al igual que en otro ensayo de su autoría, incluso más reciente: La definición del tesoro en las fuentes jurídicas romanas, Redur 4, 2006, pág. 165, en donde pone de relieve que en realidad "los jurisconsultos romanos no pensaron en la necesidad de que debía probarse que el tesoro hubiera sido escondido voluntariamente...", parecer que comparte la Profesora M. Luisa López Huguet, con ocasión del cometario realizado alrededor del primero de los trabajos citados del profesor Agudo, por cuanto estima que "...Paulo no exige al descubridor que pruebe dicha voluntariedad del inicial ocultamiento..., resultando intrascendente que el ocultamiento inicial haya sido hecho por la mano del hombre, o que las monedas abandonadas o perdidas hayan quedado ocultas involuntariamente o por acción de las fuerzas de la naturaleza". Crítica bibliográfica, Alfonso Agudo Ruiz, Régimen jurídico del tesoro, Redur, 3, 2005, pág. 265 (pág. 164). Cfme: José Luis Moreu Ballonga. Ocupación, hallazgo y tesoro. Bosch, Barcelona, 1980, págs. 341 y 342; V. L. Montes Penedés, Comentario a los arts. 351 y 352, en Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, T. V, Vol. I, Edersa, Madrid, 1990, págs. 268 y ss., y Francesco Messineo, a juicio de quien "...no es necesario que la ocultación o el soterramiento hayan sido obra del hombre". Manual de derecho civil y comercial. T. III. E.J.E.A., Buenos Aires, pág. 342. Lo propio aseveran los doctrinantes galos Henri, León y Jean Mazeaud y François Chabas, al indicar respecto de la cosa que "...no es necesario que ella haya sido escondida. La intención del propietario es indiferente". Leçons de droit civil, T. II, Biens, Montchrestein, Paris, pág. 313 (Se subraya). Cfme: Gabriel Marty y Pierre Raynaud, Droit civil, Les biens, Sirey, Paris, 1980, pág. 522; Pietro Rescigno, Trattato di diritto privato, Proprietà, Vol. 7, T. I. UTET, 1982, pág. 643; Gianpiero P. Cirillo, voz 'Tesoro', en Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, T. XLIV, 1992, pág. 396; Ludovico Barassi, La proprietà, Giuffrè, Milano, 1939, pág. 558; Carlo Longo, Corso di diritto romano, Giuffrè, Milano, 1938, pág. 217 y F. Solaris, L'acquisto della proprietà, en Trattato di diritto privato, Diretto da Pietro Rescigno, T. 7, Proprietà, UTET, Torino, 2005, pág. 745.

gran pertinencia a comienzos del siglo XX, por parte del doctrinante italiano, S. F. Galgano, de acuerdo con el cual la tesis de la voluntariedad, entre otros escollos, se enfrenta a la "...dificultad de la prueba: ¿Cómo probar, en efecto, salvo en casos muy limitados, que el ocultamiento (*depositio pecuniae*), especialmente cuando es muy antiguo, es obra del hombre? Además, cómo probar que el lugar donde ha sido descubierto el tesoro es el mismo donde fue ocultado?... Y si el tesoro corresponde en parte al inventor, como premio a la invención, y parte al *dominus loci*, será menor el mérito de la invención y por lo tanto se modificará dicha participación si el ocultamiento es obra de la naturaleza? Por estas y otras razones, la opinión de aquellos autores que limitan el concepto de ocultamiento a la obra del hombre es inaceptable.

**Ocultamiento involuntario o voluntario, el tesoro es siempre el mismo, así como lo será el propio ocultamiento**<sup>25</sup> (Se destaca).

-

De manera pues, que exigir que la ocultación del tesoro indefectible e invariablemente se haya dado por un acto voluntario del propietario, es perder de vista que, en la legislación patria-al igual que en otras que comparten análogo sentido, bien expresa, bien tácitamente-, lo importante es que los efectos preciosos hayan estado "largo tiempo" escondidos o sepultados, siendo claro que es justamente por esa exigencia temporal, que para el momento del descubrimiento no interesa si fue el dueño quien los ocultó, o un tercero y menos con qué propósito o finalidad cardinal: ¿Cómo establecerlo, si, precisamente, no se sabe, ni es menester conocer quién es el propietario?; si fue por acto volitivo, por hechos de la naturaleza, por eventos fortuitos o del mero azar: ¿Cómo probarlo, en sana y prudencial lógica, si ni siquiera se conoce, ni es necesario conocer el dueño?<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Galgano, S. F. Dell'acquisto del tesoro e del requisito del nascondimento nella tradizione storica e nel diritto vigente, en Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica. No. 33, Milano, 1908, pág. 16.

<sup>26</sup> No le falta entonces razón al autor Antonio Butera cuando asevera, que "si no se conoce ni se debe conocer al propietario, no se puede exigir que sea él quien realice el ocultamiento", circunstancia que lo condujo a aseverar que este requisito es

-  
Desde esta perspectiva, el tesoro pudo quedar oculto por voluntad de su dueño, o de un tercero, o por simple acción de la naturaleza o de otra fuerza extrínseca susceptible de lograr el mismo resultado. Si fue el propietario o alguien ajeno a él, es asunto que no se puede saber, precisamente porque no existe "memoria ni indicio" del titular del dominio (art. 700, C.C.), luego es anodina y, por ello, innecesaria, *in radice*, dicha pesquisa. Si quedaron pues escondidos o sepultados por deseo de uno u otro, es cuestión ayuna de relevancia, porque así existan señales de que fue voluntaria la ocultación-lo que sería además de infrecuente ocurrencia-, ese aspecto no es sustancial, toda vez que, pese a ello, del tesoro se apropiaran su descubridor y el dueño del bien en que aquel se encontraba, según corresponda; y si, por el contrario, los rastros encontrados evidencian que aquella fue involuntaria, ora por acto de la naturaleza (un terremoto, una avalancha, una inundación, etc.), ora por el hecho de un tercero, cualquiera que él sea, la solución permanece incólume y, por ende, inalterada, porque en uno y otro caso, se reitera, dado el "largo tiempo" transcurrido, es de entender que el dueño no exista o no sea identificable. Desde otra perspectiva, los signos e indicios en la noción de tesoro, interesan para saber si son efectos "elaborados por el hombre" y si tienen "dueño" (art. 700, C.C.), más no para establecer el origen o la causa del enterramiento o sepultura, en sentido muy lato.

-  
En suma, en el derecho colombiano el concepto de tesoro no depende de elementos de juicio meramente subjetivos, tales como el mayor o menor valor de los bienes descubiertos-a condición de que sean preciosos (art. 700, C.C.)-, según sea la persona que efectúe la calificación, o la voluntad en la ocultación de los mismos. El tesoro se apreciará entonces con sujeción a las condiciones que existan al momento del descubrimiento, según el caso, sin que sea necesario detenerse en las razones por las cuales, a la sazón, fue sepultado u

---

["inconducente e ilógico", voz Tesoro, en II Digesto Italiano, Vol. XXIII, Torino, 1925, págs. 967 y 968.](#)

-

ocultado (acto de la naturaleza o del hombre)<sup>27</sup>. Por ello es por lo que la expresión 'depósito', muy socorrida en esa materia para referirse a la cosa depositada de antaño (*vetus depositio*), no puede tomarse en un sentido restringido, a la vez que estricto e, incluso técnico, sino en uno amplio y general, con el fin de no limitarla, sin razón, a una sola situación, de cuyo más gráfica e ilustrativa que jurídica, en puridad<sup>28</sup>.

De otra parte, es importante precisar que un tesoro no deja de ser tal, por el simple hecho de tenerse indicios de su existencia. La presencia de rastros,

---

<sup>27</sup> Guarda estricta consonancia con lo que se ha expuesto, la Resolución de la DIMAR No. 0148 de 10 de marzo de 1982, mediante la cual se modificó el "Manual de Procedimiento de las Capitanías de Puerto", como quiera que en su artículo 1° se manifestó: "Para los propósitos del presente reglamento, se consideran tesoros o antigüedades náufragas, las embarcaciones, bienes muebles yacentes dentro de ellas o diseminadas en el fondo del mar, valiosos intrínsecamente o en razón de su antigüedad o significación cultural, con la nota común a todos de haber sido elaborados por el hombre (especificación) y sin que importe la causa por la cual se produjo su situación actual de encontrarse en el fondo del mar: naufragio fortuito, autoprovocado o resultante de acción de extraños, o por haber sido abandonado por su propietario (res derelictae) o que no lo tienen conocido o, cuyo propietario a la época del hundimiento no es conocido o, siéndolo, tampoco es factible establecer una sucesión en la titularidad hasta el presente" (Se subraya).

<sup>28</sup> Como lo precisa el doctrinante español Manuel Albaladejo, aludiendo al concepto de tesoro, "Evidentemente el término depósito no tiene aquí un sentido técnico. Pero aún sin dárselo y entendiendo que significa cosa situada (depositada) allí, tampoco hay que reducirse al caso de que lo haya sido por la mano del hombre, sino que puede haberlo sido por cualquier causa" (Se subraya). Derecho civil, III, Derecho de bienes. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 346. Corroboran este criterio, entre otros, el profesor Antonio Ortega Carrillo de Albornoz, quien pone de presente en torno al derecho español, que "...las expresiones 'depositio' del Derecho romano y de 'depósito' que el art. 352 tomó de la definición paulina a través del art. 716 del C. C. francés, son poco afortunadas y deben interpretarse en sentido amplio entendidas como descriptivas e ilustrativas, pero no en sentido estricto ni como limitativas". Por eso, así el ocultamiento no se deba "...a la voluntad humana... el hallazgo no deja de ser considerado tesoro... Además, en la mayoría de los casos sería prácticamente imposible determinar si las cosas preciosas encontradas fueron escondidas voluntariamente o no" (Se subraya). El concepto romano de tesoro y el artículo 352 del Código Civil, en Estudios jurídicos *in memoriam* del Profesor Alfredo Calonge, Vol. II, Salamanca, 2002, págs. 740 y 741; Vittorio Scialoja, Teoria della proprietà, Vol. I, ARE, MCMXXXIII, pág. 56. Vid, C. F. Gabba, Osservazioni intorno al concetto di tesoro nel diritto italiano vigente, en Giurisprudenza italiana, Vol. LIII, 1901, Torino, pág. 565, ensayo elaborado con ocasión de la aparición de una sentencia del 23 de marzo de 1901, con arreglo a la cual se juzgó que "Tesoro es para el derecho italiano cualquier cosa mueble de valor ocultada o enterrada, respecto de la cual nadie pueda probar que es el propietario, cualquiera sea la causa del ocultamiento o enterramiento y la intención del que la ocultó o enterró" (App. Firenze, 23 de marzo de 1901, Se subraya).

como se acotó, es determinante cuando son indicativos de su dueño, pero no del lugar donde pueda encontrarse ubicado. La historia es prodiga en relatos de tesoros buscados incesantemente, pero jamás hallados. De allí, entonces, que lo relevante en el concepto de ocultación, es que no se conozca la ubicación del tesoro, así se tenga una idea o creencia de que existe<sup>29</sup>. He ahí lo oculto, porque de su emplazamiento exacto, es la regla, no queda recuerdo. Por eso el mérito del descubridor, lo que centenariamente ha justificado el reconocimiento a él realizado por los legisladores, incluidos los de la antigüedad. Tanto que, en algunas épocas, se le reconoció la calidad de *verus domini* único, lo que explica su asignación porcentual (100%), lo que igualmente fue objeto de ajustes y recortes, sin perjuicio de la fuerza adquirida a la sazón por la distribución equitativa patrocinada por el Emperador Adriano (siglo II, D. de C. 50% y 50%).

-  
Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, como la francesa, la italiana, la española, la argentina y la peruana, entre varias, el Código Civil de Colombia, a la par con el de Chile, reclama expresamente la antigüedad de lo sepultado (*vetus, tempore vetustiore o longa vetustate*), por lo que no pueden considerarse tesoro aquellos artefactos de reciente ocultación o factura, como se deduciría, por vía de ejemplo, de dinero, joyas, alhajas o cualquiera otro efecto precioso de lozana elaboración-como sí está permitido en el derecho positivo argentino-. Y ello es así, porque dadas las circunstancias de tiempo, es dable pensar que el dueño existe y puede ser localizado (art. 704, C.C.). Pero es importante subrayar que la vetustez del depósito (*vetus depositio*), como enseguida se indicará, es un elemento que, en rigor, atañe más a la inexistencia-o si se prefiere a la inhallabilidad del propietario, como un reducido sector autoral reseña-, que a las cosas mismas. De hecho, tales bienes pudieron estar ocultos por algún tiempo, pero si se tiene fiable noticia,

---

<sup>29</sup> En este sentido, afirma el autor Louis Josserand que “el mueble perdido u oculto no deja de conservar su carácter de tesoro, aun cuando se hayan practicado investigaciones con el objeto de descubrirlo”. Derecho civil. T. 1. Vol. III. Buenos Aires, pág. 255.

o existe sólido rastro de quien es el dueño presente o actual, no habrá tesoro<sup>30</sup>.

-

En lo que concierne al *tempus* en referencia, ni la ley, ni la jurisprudencia vernácula exigen uno determinado o preciso (100, 200, 300 o más años), toda vez que el presupuesto *legis* es el de que los objetos preciosos hayan "...estado largo tiempo sepultados o escondidos". Nada más, de tal suerte que, *in concreto*, esto es en cada caso particular, será menester realizar esta evaluación, una vez más, una prototípica *quaestio facti*, materia de escrutinio judicial<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Si bien es cierto, como se anticipó, que algunas codificaciones no exigen explícitamente el requisito de la antigüedad, no es menos cierto que un sector de la doctrina, reafirmando la significación intrínseca de la vetustez en cita y, sobre todo, las consecuencias que de ello se derivan, no duda en entender que en su legislación está implícita, por ser consustancial esta específica calidad. Es el caso de España, se afirma, pues aun cuando el artículo 352 de su Código Civil "...pretende, por lo visto, emanciparse del expresado concepto, descartando el elemento de la antigüedad, es éste tan consustancial con la noción jurídica del tesoro apropiable, que así como no es posible concebir compraventa sin precio, y la Ley que lo decretara atentaría a la naturaleza de la institución, así tampoco es factible llegar a la idea de un tesoro susceptible de ocupación perfecta y, como tal, engendradora de dominio pleno, sin que el transcurso de un número de años suficiente para presumir fundadamente la muerte del que lo ocultó en la tierra o en un muro, elimine, juntamente, con la persona, la relación de propiedad que la ligara con el tesoro". Quintus Mucius Scaevola, Código Civil, T. XI, Comentado por Francisco Ortega L., Reus, Madrid, 1943, pág. 309, opinión, *in extenso*, compartida por el también doctrinante ibérico Antonio Ortega Carrillo de Albornoz, quien apoyado en la afamada y difundida noción de Paulo, que refiere a la antigüedad del tesoro (*vetus depositio*), concluye que "...aunque el art. 352 [del C.C. español] no la exija creemos debe entenderse implícitamente". El concepto romano del tesoro y el artículo 352 del Código Civil, Op. cit, pág. 743. Vid, José Antonio Álvarez Caperochipi, Curso de derechos reales. T. I, Civitas, Madrid, 1986, pág. 122.

-  
En el derecho italiano, por su parte, tampoco se realiza explícitamente dicha exigencia, pero como explica el profesor de la Universidad de Roma, C. Massimo Bianca, "...la noción de tesoro presupone su vetustez". Diritto civile, VI, La proprietà, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 344.

<sup>31</sup> Esta es la constante en el derecho comparado, como quiera que en relación con el tesoro, específicamente con la *vetustas*, ni la ley, ni la jurisprudencia internacional, fijan un término absoluto, o a lo sumo, uno indicativo. Con todo, sólo a título ilustrativo, se memora que el derogado Código Civil prusiano exigía un término de cien (100) años, criterio superado en sede del tesoro, como se refirió, sin perjuicio de que en tratándose de la 'Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático', en un plano jurídico divergente, se entienda por 'patrimonio cultural subacuático' "...todos los rastros de

-  
En punto del ocultamiento, es igualmente indiferente que ello haya tenido ocurrencia en las profundidades del mar, de un río o laguna. Si bien, en principio, pudiera entenderse que para la época del Código Civil patrio no era fácil pensar en la recuperación de objetos presentes en el suelo o subsuelo acuáticos, por cuanto para entonces no se contaba con los medios técnicos para su exigente y dispendiosa recuperación-existentes preliminarmente a partir de las décadas de los años cincuenta (finales) y sesenta, especialmente, aun cuando en los venideros su desarrollo sería mayor-, la circunstancia de que el avance de la ciencia y la tecnología hayan hecho viable su rescate, exige comprender que, en la actualidad, el alcance y sentido de la normatividad abarca también esa posibilidad, por lo demás, no infrecuente en la *praxis* oceanográfica internacional, sobre todo en los últimos lustros<sup>32</sup>. Itérase que, en

---

existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua... por lo menos durante 100 años...” (UNESCO, 2001).

<sup>32</sup> Sobre el tema en cuestión, en orden a corroborar el referido avance tecnológico, conveniente es memorar “el uso de la escafandra autónoma después de la Segunda Guerra Mundial y, más recientemente, de los minisubmarinos robotizados y los sistemas de localización por satélite...La prospección arqueológica subacuática tradicional está fuertemente condicionada por el medio en el que se realiza, siendo necesario superar una serie de problemas inherentes al mismo: corrientes, falta de visibilidad, profundidad a la que se trabaja, etc. Para paliar estos inconvenientes, así como para poder aumentar la superficie objeto de estudio, en los años ochenta comenzaron a aplicarse, en el campo de la investigación arqueológica, sistemas de prospección geofísica marina: sonar de barrido lateral, penetradores de fondo, magnetómetros, detectores de metales, robots, etc.”. La prospección geofísica como técnica aplicada a la identificación y protección del patrimonio arqueológico subacuático, referencia realizada por el autor José María Aristóteles Magán Perales, *El patrimonio arqueológico subacuático; situación legislativa española e internacional*, págs. 73 y 74.

Todo esto explica el surgimiento y consolidación de disciplinas altamente especializadas, tal y como sucede con la denominada ‘arqueología subacuática’. No en vano, conforme lo señala el profesor de la Universidad de Salamanca, F. Jesús Carrera H., “Puede considerarse que en las últimas décadas estos mismos avances tecnológicos han producido un ‘despertar’ del interés de la sociedad, de los Estados hacia las riquezas sumergidas. Ahora resulta técnicamente posible llegar a mayores profundidades para investigar y para realizar extracciones... Lógicamente, este nuevo interés por los fondos marinos plantea problemas novedosos para el jurista y el Derecho...”. *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005, pág. 16. Cfme: Nadia Ajello. *La ricerca archeologica nell’ evoluzione del diritto del mare*, en *Ritrovamenti e scoperte di opere d’arte*, Giuffrè, Milano, 1989,

su esencia, el ocultamiento significa que los bienes no se encuentren a la vista de nadie, de forma tal que deban ser descubiertos, lo que obviamente también puede ocurrir en relación con objetos ubicados en el lecho de las aguas internas, continentales o marítimas.

-

3) En tercer lugar, para que pueda hablarse propiamente de tesoro, es indispensable que no haya memoria, ni indicio de su dueño.

-

Este es un requisito medular, a fuer que genético, para la configuración del thesaurus, pues aunque la noción en referencia tiene como punto de partida que los efectos preciosos hayan tenido propietario anterior-motivo por el cual no pueden catalogarse, en estrictez, como *res nullius*, ni tampoco como *res derelictae*, pues cualquiera que fuera la causa del ocultamiento, no puede suponerse que hubo intención de abandono para que el primer ocupante se los apropiara-, lo verdaderamente nuclear es que ese dueño sea inhallable-mejor inexistente-, bien porque de él no queda remembranza, ni huella, bien porque es imposible su presencia y la prueba de su derecho de dominio. Por eso se justifica la exigencia con arreglo a la cual, para que se configure el tesoro, los bienes que lo integren deben ser *sine domino*.

-

Con otras palabras, si la ley permite la apropiación del tesoro por el descubridor y el propietario del terreno, según el caso, es porque el titular del dominio de aquel no puede ser encontrado y, menos aún, se podría arrimar prueba idónea e incontrovertible de un título legítimo de propiedad. Nadie podría discutir que las cosas que lo componen tuvieron dueño; pero es claro que al momento del descubrimiento, no es posible hallarlo para que acredite su dominio. De allí que pueda afirmarse que en el régimen jurídico del tesoro,

---

[págs. 101 y ss. y Natalio Ronzitti. Statu Costiero, archeologia sottomarina e tutela del patrimonio storico someros, en Il diritto maritimo, 1984, pgs. 3 y ss. Otro tanto puede decirse en punto a la floración de instrumentos internacionales orientados a la protección del llamado patrimonio sumergido, submarino o subacuático, según tiene lugar con la novísima 'Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático' \(UNESCO, París, 2 de noviembre de 2001\).](#)

más que la cosa, es su dueño el que está perdido, *lato sensu*, y en forma definitiva (*in tempus*).

-

Refiriéndose al concepto que sobre ocupación esboza el artículo 673 del Código Civil y, más precisamente, a las "cosas sin dueño-*res nullius*-" a que allí se alude, la Corte precisó que ellas "Han sido catalogadas en dos categorías: las de las cosas que jamás han tenido dueño, y las de las cosas que han dejado de tenerlo. La caza y la pesca son una especie de ocupación de cosas que no han tenido dueño. El hallazgo de un tesoro es un ejemplo de ocupación de cosas que, habiendo tenido dueño, la noticia de éste ha llegado a perderse. A causa del predominio conocido no pueden adquirirse por ocupación los animales sujetos a domesticidad, ni son **tesoro**, susceptible de ser adquirido por simple ocupación, las joyas y otros efectos preciosos que muestren indicios de pertenecer a un determinado señor" (Cas. Civ., sentencia de 15 de noviembre de 1946, G.J. LXI, pág. 857).

-

Sobre este particular, es elocuente la doctrina al señalar que tesoro es "cosa de dueño inhallable, de dueño que, en el momento del descubrimiento, es ya imposible que pueda presentarse y probar su dominio" (Pantaleón). Y ello es así, porque "el largo tiempo que ha estado sepultado el tesoro hace que se haya perdido la memoria y todo indicio de quien fuera su dueño, hasta el punto de que puede decirse que ya no tiene dueño, *vetus quaedam depositio cuius non extat memoria ut jam dominum non habeat...*; **de modo que si la Ley admite la ocupación como modo de adquirir un tesoro, es porque siendo absolutamente desconocido el propietario, se estima que ya no existe** y como no se sabe quién es, no tiene quién lo represente"<sup>33</sup>. Por ello mismo, "**debe considerarse tesoro incluso el hallazgo antiguo del que, aunque se conoce el dueño originario, se ignora su actual heredero.** Sería una ficción un concepto de tesoro tal que nos obligase a pensar, en rigor..., que prácticamente siempre que se aplican las normas del tesoro sólo

---

<sup>33</sup> Luis Claro Solar. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Vol. III. T. VII. Temis y Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992, págs. 72 y 73.

aparentemente éste existe, pues el dueño 'inhallable' existe realmente"<sup>34</sup> (Se resalta).

-

Es necesario enfatizar en que al tesoro, para ser jurídicamente tal, le debe entonces faltar el dueño al momento de su descubrimiento, porque, habiéndolo tenido, el tiempo lo borró de la memoria, de suerte que los bienes que lo integran no pueden ser *res alicujus*, es decir objetos de alguien. De allí el entronque de este elemento con el requisito de la antigüedad, el cual, en todo caso, no basta para calificar los efectos preciosos hallados como tesoro, habida cuenta que para serlo, el dueño, propiamente dicho, no debe existir, o por lo menos debe ser inhallable-a juicio de un sector doctrinal ciertamente no muy extendido-. Por ello es incontestable que el hecho de estar esa "riqueza" mueble "largo tiempo" sepultada o escondida, permite presumir que ya no tiene dueño<sup>35</sup>.

-

Por tanto, acreditada la antigüedad por el descubridor, le corresponde a quien objeta la declaración demostrar fehacientemente su propiedad-y no a través de narraciones, deducciones, inferencias, leyendas, especulaciones y relatos históricos huérfanos de plena certidumbre-, no bastando la prueba de que las cosas, otrora, tenían propietario, pues, como ya se examinó, la noción de tesoro, *in illo tempore*, presupone que hubo dueño. Como bien se afirma, "Es indudable que la prueba de la pertenencia de los objetos hallados corresponde a quien invoca aquella, **y que en caso de duda, debe reputarse aquellos constitutivos de tesoro**"<sup>36</sup> (Se destaca).

-

---

<sup>34</sup> [José Luis Moreu Ballonga. Ocupación, hallazgo y tesoro, Op. cit, pág. 321.](#)

<sup>35</sup> ["Una cosa escondida hace tiempo por dueños desconocidos, en realidad no tiene dueño; verdad es que puede tenerlo, pero descubrir su identidad aparece como virtualmente imposible", según lo reconoce el autor Antonio Ortega Carrillo de Albornoz. El concepto romano de tesoro y el artículo 352 del Código Civil, Op. cit., pág. 741.](#)

<sup>36</sup> [José María Manresa y Navarro. Comentarios al Código Civil español. T. III. Reus, Madrid, 1920, pág. 171.](#)

Desde luego que en esa tarea de acreditar que las cosas tienen propietario, se insiste, contemporáneo o actual, que no de antaño, o *ab antique*, en Colombia resulta suficiente que exista un "indicio de su dueño", o que hay memoria de él (art. 700, C.C.). En este sentido, esos indicios pueden construirse a partir del lugar del descubrimiento; o del arca, urna, cofre o cosa en que se guardaron los efectos preciosos; o a partir de estos mismos, según que contengan esclarecidas señales que develen quién es, en la hora de ahora, el *verus dominus* ( p. ej.: una marca, un signo, una seña, etc.). Más en ello no caben conjeturas, ni suposiciones, ni sospechas, ni palpitos, ni exámenes o disquisiciones frágiles, ni dubitaciones, justamente porque la antigüedad del hallazgo está llamada a robustecer la postura del descubridor, en la medida en que es al que se opone a ella, a quien le corresponde probar que las cosas real y jurídicamente tienen dueño, como se acotó.

-

Es por ello por lo que no se descarta que sean tesoro aquellos bienes muebles calificados (art. 700, C.C.), que se encuentran después de permanecer largo tiempo ocultos, por las solas reminiscencias de los hechos que pudieron provocar la ocultación (una erupción, un terremoto, un naufragio, etc.), no sólo porque, se itera, la ausencia de recuerdo y de rastro atañe al titular del dominio, que no a las razones que causaron su sepultura, enterramiento o hundimiento, sino también porque la persona que se opone a que unos bienes hallados sean considerados como tesoro, debe suministrar prueba idónea, inconcusa y suficiente de que los bienes, inequívocamente, tienen un propietario actual<sup>37</sup>.

-

Obsérvese bien que el Código Civil distingue claramente las nociones de tesoro y de cosas extraviadas (*épaves* del derecho francés), precisamente en función del rastro que pueda existir de su propietario. Si alguien encuentra o descubre

---

<sup>37</sup> Con fundamento en una sentencia del 8 de febrero de 1902, emanada del Tribunal Supremo Español, el profesor Luis Díez-Picazo, coincide en aseverar que en esta materia probatoria, tiene cabida "...la admisibilidad de un principio de amplia libertad de prueba y de libre apreciación de la misma", lo que además "...parece plausible". Estudios sobre la jurisprudencia civil, Tecnos, Madrid, Vol. II, 1981, pág. 230.

una cosa "que por sus señales o vestigios" indique que tiene dueño, debe ponerla a su disposición o de la autoridad competente; es lo que se ha llamado "tesoro impropio", justamente porque, al no ser antiguo el ocultamiento, debe presumirse que tiene un propietario conocido o localizable (art. 704, C.C.). Pero si a pesar de las evidencias que demuestran que los bienes descubiertos estuvieron bajo dominio anterior, no hay indicio alguno de quien sea su titular, debe reputarse que su dueño, para el momento del descubrimiento, por lo menos es inhallable-o incognoscible-, entre otras razones, por la antigüedad del ocultamiento.

-

De ahí que los artículos 702 y 703 del Código Civil, al establecer el derecho que tiene una persona a cavar en suelo ajeno para "sacar dinero o alhajas" escondidas sobre las cuales alegue dominio, consagren que probado el derecho, éste deberá ser respetado. Pero que a falta de prueba, "dichos dineros o alhajas, serán considerados o como bienes perdidos, **o como tesoro encontrado en suelo ajeno, según los antecedentes o señales**" (Se resalta). Es decir, que si las cosas no han estado sepultadas o escondidas por largo tiempo, deberá presumirse que tienen dueño, como que serán cosas perdidas. Pero si la ocultación es antigua (*vetus*) y no hay memoria, ni indicio del dueño, deben tomarse como tesoro, pues se parte de la base de que su otrora propietario ya no existe para el momento de la denuncia, y que el actual, es inexistente-otros prefieren señalar que es inhallable, según se advirtió-.

-

Se desprende de lo dicho que la falta de propietario del tesoro, de suyo antiguo, se constituye en elemento esencial de la noción en referencia, tanto, que el simple hecho de descubrir o denunciar efectos preciosos ocultos elaborados por el hombre, no es suficiente para otorgarles ese calificativo. Al fin y al cabo, puede tratarse de cosas perdidas, las cuales, como se desprende con claridad de los artículos 702 y siguientes del Código Civil, también son objetos de valor-joyas, alhajas, dineros, etc.-, con "señales o vestigios" de dominio anterior, que pueden incluso estar "escondidos" y, por consiguiente,

ser hallados o descubiertos, sin que por esas solas características, per se, se erijan en tesoro. Incluso, es posible que su dueño "no fuere conocido o no pareciere" (art. 704, C.C.), pero, no obstante, jamás podrían ser tesoros. Siempre serán cosas perdidas que el descubridor deberá restituir a su dueño, so pena de responder civil y criminalmente (art. 705, C.C.), o entregarse a la autoridad correspondiente, para que sean declaradas mostrencas (arts. 704, inc. 2; 706 y 708, ib..; 66, Ley 75 de 1968).

-  
Cosa distinta es que, "según los antecedentes y señales" (art. 703, C.C.), fundamentalmente porque ha transcurrido un "largo tiempo..., sin que haya memoria ni indicio de su dueño" (Se destaca), tales efectos preciosos se cataloguen como tesoro; pero si lo son, es porque "nadie puede alegar un derecho de propiedad, según las circunstancias en que tuvo lugar el hallazgo"<sup>38</sup>, aún si se le buscara, y ni siquiera como heredero; mejor aún, nadie podría probarlo si lo invocara. En este sentido, el elemento antigüedad, como se acotó, viene a confirmar que, por regla, no hay quien pueda alegar o acreditar dominio, pues "el paso del tiempo ha hecho desaparecer al propietario y a sus sucesores"<sup>39</sup>, por lo que, para muchos, ciertamente, se trata más de un caso de propietario inexistente, como se refirió.

-  
Dicho en otros términos, la antigüedad de la ocultación, sea que ella se reclame expresamente por la ley, como en Austria, Chile, Colombia, Uruguay, El Salvador y Brasil, o que no lo sea, como en Francia, España, Italia, Portugal y Perú, entre otras naciones, "es un dato relevante tenido en cuenta por la jurisprudencia para entender acreditado el requisito de la no constancia de la legítima pertenencia, dato que se asienta fundamentalmente en presunciones"<sup>40</sup> (Se destaca). Y ello es así, porque si un efecto precioso es

---

<sup>38</sup> Federico Puig Peña. Compendio de derecho civil español. T. II. Ediciones Pirámide S.A., Madrid, pág. 183.

<sup>39</sup> Eduardo Volterra. Instituciones de derecho privado romano. Civitas, Madrid, 1986, pág. 333.

descubierto tras décadas o siglos de estar oculto, el sentido común enseña que, en principio, nadie podrá referir el nombre de su verdadero y actual dueño, y que mucho más improbable, *stricto sensu*, será que alguien pueda acreditar dominio pleno<sup>41</sup>. De ahí que pueda catalogarse como tesoro.

**III. Bienes muebles que legal y jurídicamente no constituyen tesoro (Evolución de la institución). Expresa referencia al patrimonio histórico, artístico y cultural y a su protección especial (Tendencia internacional).**

-

1. Anteriormente se concluyó, de manera anticipada, y ahora se corrobora *in toto*, que por expreso designio legislativo, a tono con una muy arraigada, indiscutida y sistemática tendencia internacional de índole proteccionista o tuitiva, no son tesoro y, por ende, no están sujetos al régimen jurídico de distribución contemplado en la codificación civil<sup>42</sup>, los bienes a que en su

---

<sup>40</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. Sistema de derecho civil. Vol. III. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 183.

<sup>41</sup> Como bien lo anota el autor italiano Roberto de Ruggiero, "...cuanto más antiguo sea el tiempo de la ocultación tanto más improbable resultará el hallazgo del propietario". Instituciones de derecho civil, T. I. Reus, Madrid, 1979, pág. 608. Lo propio tenía lugar en el derecho romano, a juicio de la generalidad de la romanística. Vid. Pietro Bonfante, La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro, en Scritti giuridici varii, \_\_\_\_\_ Vol. \_\_\_\_\_ II, Torino, 1926, pág. 916.

<sup>42</sup> Vid. José Castan Tobeñas. Derecho civil español, común y foral, T. II, Derecho de cosas, Reus, Madrid, 1957, pág. 217, y Gerhard Wesenberg y Gunther Wesener R, Historia del derecho privado moderno, Lex Nova, 1998, págs. 304 y 305.

Por su parte, a nivel legislativo, es elocuente registrar que algunos códigos modernos, expresamente, excluyen del concepto de tesoro los bienes de interés o contenido histórico. Es el caso, entre otros, del Código Civil italiano, en razón de que en su artículo 932, que se ocupa de definir el tesoro y de establecer el régimen de distribución del mismo, en su parte final explicita que, "En cuanto al hallazgo de los objetos de interés histórico, arqueológico, paleontológico, paleontológico y artístico se observarán las disposiciones de las leyes especiales". Lo propio sucede con legislaciones más recientes, como la boliviana y la rusa, sólo para aludir a dos ejemplos más. Es así como el Código Civil de Bolivia de 1976, en su artículo 146, expresamente señala que esa tipología de bienes no constituye tesoro, lo que explica que su regulación se confíe a leyes especiales. Por ello es por lo que el numeral II de la citada norma, dedicada al *thesaurus*, estatuye que "El descubrimiento de objetos históricos, arqueológicos o artísticos se rige por las disposiciones especiales que les conciernen". A su turno, el artículo 233 del Código Civil

momento se refirió, en forma muy amplia, el artículo 1º de la Ley 163 de 1959, entre ellos, los “**monumentos muebles**”, detallados, en armonía con el artículo 1º del “Tratado sobre la protección de muebles de valor histórico”, por

---

ruso de 1994, reservado al tesoro, preceptúa en su segundo ordinal que si lo hallado “...contiene objetos que pertenecen a monumentos históricos o culturales, ellos deben ser incorporados al patrimonio del Estado”.

Es de reseñar, por su rotundidad, que ciertas leyes individuales foráneas diferentes a los Códigos Civiles, explícitamente, excluyen del concepto y régimen del tesoro, los “...hallazgos de objetos arqueológicos”, tal y como acontece en tratándose del régimen aplicable en Costa Rica, a términos de las Leyes 7 del 6 de octubre y 14 del 20 de diciembre, ambas de 1938, entre otros casos más, dentro de los cuales ilustrativo es referir el artículo 44 de la Ley 16 de 25 de junio de 1985, sobre el Patrimonio Histórico Español, toda vez que es perentoria en precisar que el artículo 351 del Código Civil, concerniente con el régimen del tesoro, no tiene aplicación en tratándose de objetos que conforman el aludido patrimonio. Dicho artículo textualmente dispone que, “Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español... En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil”.

Sin embargo, no es el siglo XX la centuria en la cual despuntan estas legislaciones especiales, toda vez que se registra el surgimiento de leyes y decretos tales como la griega del 24 de julio de 1899; la de Túnez del 7 de marzo de 1886; la de Egipto del 18 de diciembre de 1881; la de Finlandia del 1º de abril de 1883, entre otras más que se profirieron con el propósito de sustraer del régimen privado del tesoro, los bienes que interesaren y configuraren el patrimonio histórico y cultural de las precitadas culturas y naciones.

De igual modo, en la esfera supranacional, resulta elocuente que la denominada Convención Sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO del 2 de noviembre de 2001 (París, Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), luego de reconocer “...la importancia del patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común” y de reafirmar “...el creciente interés y aprecio del público por el patrimonio cultural subacuático”, a manera de regla general, establece que “Ninguna actividad relacionada con el patrimonio subacuático a la que se le aplica la presente Convención estará sujeta a las normas sobre salvamento y hallazgo...”, todo lo cual corrobora la supraindicada tendencia encaminada a salvaguardar el conjunto de bienes que, trascendiendo su valor meramente comercial, integren el patrimonio histórico, cultural, artístico o arqueológico, materia de férrea y explicable guarda.

Tal será entonces la importancia asignada a la protección en comento, que en lo corrido del presente milenio se han expedido diversas legislaciones especiales que, por su sustantividad y prolijidad, llevan el nombre de ‘Códigos’. Así acontece, *ad exemplum*, con los recientes ‘Código del Patrimonio Cultural’ francés y ‘Código de los bienes Culturales’ italiano, contentivos, en su orden, de 129 y 184 artículos.

el artículo 7° de la citada Ley 163, señalando como tales, respecto de la época precolombina, "las armas de guerra o utensilios de labor, las obras de alfarería, los tejidos, las joyas y amuletos, los grabados, diseños y códices, los equipos, los trajes, los adornos de toda índole, y en general todo objeto mueble que por su naturaleza o su procedencia muestren que provienen de algún inmueble que auténticamente pertenece a aquella época histórica"; en lo tocante a las épocas de la colonia, la emancipación y la república, "las armas de guerra, los utensilios de trabajo, los trajes, las medallas, monedas, amuletos y joyas, los diseños, pinturas grabados, planos y cartas geográficas, los códices, y todo libro raro por su escasez, forma y contenido, los objetos de orfebrería, de porcelana, marfil, carey, los de encaje, y en general, toda las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico"; y en cuanto hace a todas las épocas, "las bibliotecas oficiales y de instituciones, las bibliotecas particulares valiosas tomadas en su conjunto, los archivos nacionales y las colecciones de manuscritos, oficiales y particulares de alta significación histórica" y "como riqueza mueble natural los especímenes zoológicos de especies bellas y raras que están amenazadas de exterminación o de desaparición natural, y cuya conservación sea necesaria para el estudio de la fauna".

-

Ello, por cuanto el artículo 14 de la citada Ley 163 de 1959, explícita y categóricamente, consagró que "No se consideran en el artículo 700 del Código Civil los hallazgos o invenciones consistentes en monumentos históricos o arqueológicos, los cuales estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley" (Se subraya), pero no a las del Código Civil, en concreto a las que conciben el "descubrimiento de un tesoro" como "una especie de invención o hallazgo", esto es, como una modalidad peculiar de la ocupación, típico modo de adquirir el dominio de las cosas en el derecho nacional (arts. 673, 685 y siguientes, C.C.)-régimen que pese a la restricción o atenuación así impuesta, se conservó pero, itérase, modificado-, todo sin perjuicio de la floración ulterior de normas de idéntico contenido y alcance, entre otras, el artículo 1° del

Decreto 1397 de 1989 y el Decreto 833 del año 2002, conforme se referirá más adelante, de suyo explícitas e igualmente elocuentes.

-

2. Sobre el particular, pertinente es observar que para el legislador de 1959, como puntualmente se indicó en la respectiva Exposición de Motivos para primer debate en la Cámara de Representantes, por parte del Dr. Germán Arciniegas, "La carencia de un estatuto legal que defienda y ampare en forma adecuada el patrimonio histórico, artístico y arqueológico de la Nación, ha sido la causa de la demolición de muchos y muy valiosos monumentos de la época colonial y de la independencia, de la desaparición de preciosos manuscritos, documentos y libros de apreciable valor histórico; de la exportación de estatuas, piezas y objetos arqueológicos. En fin este patrimonio cultural se ha visto menguado en forma alarmante debido a que el Estado no ha sido lo suficientemente celoso en su **defensa y conservación**" (Se destaca y subraya). Se señaló en tal oportunidad, que el proyecto presentado a consideración del Congreso, tenía por fin convertirse en un "estatuto legal que **garantizara plenamente** los derechos y los deberes de la Nación frente al patrimonio artístico, histórico y arqueológico del país" (Se subraya y destaca).

-

En esa misma línea de pensamiento, en la ponencia rendida ante la Comisión Quinta Constitucional Permanente de la Cámara, a la sazón se precisó que, "Indiscutiblemente una ley que regule la materia de que trata el proyecto, es de necesidad inaplazable" y que el proyecto "no solamente tiende a evitar nuevos errores sino que señala los medios para que esos monumentos recobren y conserven el decoro debido a su alta significación". Por su parte, en su presentación para Primer Debate ante el Senado, se añadió que "La minuciosidad y extensión del proyecto quedan justificadas al estudiarlo detenidamente por tratarse de amparar y salvaguardar no solamente los monumentos y obras de carácter permanente, sino de vigilar e impedir **la pérdida, dispersión y fuga del país de todos aquellos objetos cuyo interés histórico** y artístico imponen su **conservación** como parte del patrimonio nacional...Creo de mucha importancia recordar que la expedición de

la Ley motivo de este proyecto es no solamente una necesidad sino también una obligación por compromisos contraídos por el país en recomendaciones y convenios internacionales tales como los enumerados en la exposición de motivos del proyecto original, los que podemos resumir así: Segundo Congreso Científico Americano 1915-1916. Quinta Conferencia Internacional Americana reunida en Santiago en 1923. Séptima Conferencia Internacional Americana reunida en Montevideo en 1933. Pacto Roerich, 1933, adhirió Colombia por la Ley 3ª de 1936 (Roerich Foundation). Pacto de la Unión Panamericana de 1934 ratificado por Colombia en la Ley 14 de 1936. Recomendación del Instituto de Geografía e Historia, 1935” (Se subraya y destaca).

-

Se desprende pues de este compendio de los antecedentes de la Ley 163 de 1959, que el propósito inequívoco, tangible y sin dobleces de la ley en mención, fue el de establecer un régimen de amplio espectro de protección para todos los bienes, muebles e inmuebles, constitutivos, según las pautas allí mismo fijadas, del ‘patrimonio histórico, artístico y arqueológico’, sin restricciones o cortapisas y, mucho menos, derivadas del lugar de su ubicación física. Es así como con carácter meramente ilustrativo cabe acotar, que cuando en el Primer Debate ante la Cámara de Representantes, se solicitó incluir, entre otros muchos lugares, para ser declaradas “monumento inmueble”, “las cuevas de la quebrada de Telembí”, se concluyó, por su ostensible generalidad y por su amplia-o abierta-textura preceptiva, “que todos estos monumentos quedarían comprendidos en el artículo primero”, significándose con ello que la citada disposición, que fue aprobada conforme su texto original, era comprensiva, inclusive, de zonas acuáticas, *lato sensu*.

-

En tal virtud, debe insistirse en que la mención realizada en la parte final del inciso 1º del artículo 1º de la Ley, concerniente a que “se hayan conservado en la superficie o en el subsuelo nacional”, no reviste carácter limitativo o restrictivo, ni puede interpretarse en un sentido privativamente técnico, a fin de colegir que los únicos bienes objeto de protección especial, a más de los existentes en la “superficie”, fueron los hallados o los que se hallen bajo tierra

firme-"subsuelo"-, con exclusión de los ubicados en suelo o en el subsuelo de las aguas interiores o del mar, tal y como erradamente lo entendieron los juzgadores de primero y segundo grado.

-  
En adición a lo anterior, cumple observar que, en lo pertinente, la norma en cita es general, como quiera que alude indistintamente a las expresiones "superficie" o "subsuelo nacional", por manera que con arreglo a aceras y ancestrales reglas hermenéuticas se tiene establecido, de una parte, que "cuando la ley no distingue, tampoco nos incumbe distinguir" (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) y, de la otra, que "Cuando la ley habla generalmente, generalmente debe ser entendida" (*Quum lex loquitur generaliter, generaliter est intelligenda*), lo que significa que si el legislador no distinguió a qué tipo de superficie o de subsuelo se aplicaba la disposición o disposiciones en cuestión, no resulta de recibo distinguir entre superficie o subsuelo terrestre, de las aguas interiores y marítimas-o marinas-, incluidas las archipiélagas, motivo por el cual todos esos espacios tienen cabida y, por ende, son de aplicación plena. Tanto es así que si el querer de la ley hubiera sido efectivamente excluir el suelo y el subsuelo de las aguas interiores o de las áreas marinas, así lo habría puesto de manifiesto. No en vano, al amparo de otra conocida máxima interpretativa "La ley siempre habla" (*Lex semper loquitur*). Por ello, "La ley, cuando quiere decir, dijo; cuando no quiso decir, calló" (*Lex, ubi voluit; ubi noluit, tacuit*).

-  
Sobre este mismo aspecto, notoria relevancia debe reconocerse al hecho de que las expresiones utilizadas por el legislador no se circunscribieron, exclusivamente, a los términos "superficie" y "subsuelo", sino que en relación con las dos incluyó la locución "**nacional**", con lo cual se dio una connotación sustancialmente más amplia y panorámica a los alcances de la propia ley, en la medida en que siendo ello así, se torna incontestable que el régimen de protección concebido, no se limitó a los monumentos muebles e inmuebles existentes en la superficie y en el subsuelo del territorio continental, pues si ese hubiere sido el genuino cometido legislativo, habría sido suficiente la

mención escueta de dichos términos, y sabido es, por el contrario, que abarcó los que se conservaban en toda la superficie y el subsuelo "nacional", manifestaciones omnicomprendivas del referido suelo y subsuelo continental, incluidos los de las aguas interiores, así como de las archipelágicas y marinas. De ahí que el vocablo en referencia (nacional) signifique "perteneiente o relativo a una nación", en este asunto Colombia, y conocido es que ella igualmente ejerce plena soberanía, en general, en punto tocante con las áreas acuáticas pertinentes, conforme se analizará en su oportunidad, con motivo del desarrollo del cargo único formulado por la entidad demandante.

-

3. Ahora bien, en lo atinente a los espacios marítimos, en particular, debe tenerse en cuenta, además, que tanto en la Convención de Ginebra de 1958, sobre plataforma continental, a la que se adhirió Colombia ulteriormente, como en la Ley 10 de 1978, sobre mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, legislación especializada en materia del derecho del mar, se alude al concepto del suelo y subsuelo marino, al preverse, en el artículo 1º del memorado estatuto internacional, que la "expresión 'Plataforma Continental' designa: a) el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas...; b) El lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas, adyacentes a las costas de las islas" (Se subraya), y en los artículos 1º y 8º del mencionado ordenamiento patrio, respecto del mar territorial y la zona económica exclusiva, respectivamente, que los derechos de la Nación se extienden al "lecho" y al "subsuelo" de uno y otra, menciones que confirman, desde esta perspectiva, que los indicados conceptos-superficie y subsuelo-, no sólo pueden entenderse referidos al territorio continental, en razón de que también comprenden el lecho del mar y el subsuelo submarino, conceptos que para esa época, no resultaban del todo extraños o ajenos al lenguaje normativo. De allí que no sea conducente restringir el alcance de las locuciones "superficie" o "subsuelo nacional", con miras a excluir, sin fundamento y razón atendibles, el espacio o las zonas de las aguas interiores y marinas, a fortiori, cuando la señalada Exposición de Motivos, de suyo elocuente al respecto, no realizó ninguna individualización, acotación,

restricción o marginamiento, ocupándose, en cambio, de hacer énfasis en una protección generalizada, global y a ultranza del "patrimonio histórico, artístico y arqueológico de la Nación", en un todo de acuerdo con una reiterada tendencia internacional en la materia, ya aludida, tomada en consideración por el legislador de la época, según dan cumplida cuenta sus mismos antecedentes legislativos, en buena parte reseñados anteriormente<sup>43</sup>.

Por tanto, si lo que se quería era a todo trance contar con un "...estatuto legal que garantizara plenamente los derechos y deberes de la Nación frente al patrimonio artístico, histórico y arqueológico del país", ya que el "Estado no ha sido suficientemente celoso en su defensa y conservación", según se anotó, y que se pretendía "...ampliar y salvaguardar no solamente los monumentos y obras de carácter permanente, sino de vigilar e impedir la pérdida, dispersión y fuga del país de todos aquellos objetos cuyo interés histórico y artístico imponen su conservación como parte del patrimonio nacional", se tornaría frustráneo dicho cometido bienhechor, amén que tuitivo, si se restringiera o eclipsara su alcance y significado, en orden a circunscribirlo, privativamente, a la superficie o subsuelo terrestre (tierra firme), a las claras en forma inconsulta, en atención a que "Las palabras de la ley se han de entender eficazmente" (*Verba legis cum effectu sunt accipienda*), procurando respetar, racionalmente, la *voluntas legislatoris*, tanto más cuanto ella luzca diáfana y sin ambages, como en efecto aparece en punto tocante con los supraindicados y dicientes antecedentes preceptivos (Ley 163/59), conforme se expresó en precedencia. De nada, o por lo menos de muy poco en esta materia, serviría una legislación a medias y, por ende, de alcance parcial.

-

---

<sup>43</sup> En la Exposición de Motivos del proyecto de ley en comentario, presentada en la Cámara de Representantes por el mencionado Dr. Germán Arciniegas, explícita y adicionalmente, se señaló que la idea que animaba la iniciativa estribaba en "...ponerlo a tono con las verdaderas necesidades del país en este particular y con lo dispuesto en las Convenciones Internacionales suscritas por Colombia en relación con la defensa y salvaguardia de estas reliquias culturales. Con carácter ilustrativo, y como antecedentes del presente proyecto de ley, se transcriben a continuación algunas de las muchas recomendaciones hechas al respecto por Congresos y Conferencias americanas: ...".

4. Reitérase, en consecuencia, que la categórica y meridiana previsión del citado artículo 14 de la Ley 163 de 1959 se predica de la generalidad de los bienes que, *in globo*, tengan valor histórico, artístico y arqueológico, los cuales quedaron completamente por fuera del régimen del tesoro concebido en el artículo 700 del Código Civil, tópico sobre el cual cabe agregar que en la propia Exposición de Motivos de la ley, al presentarse para Primer Debate ante la Cámara de Representantes, se explicitó que “el artículo 14 establece una limitación a lo dispuesto en el artículo 700 del C.C.”.

-

Por consiguiente, los indicados bienes, en particular los “monumentos muebles”, quedaron sometidos a la especial, celosa y exigente protección dispensada por dicha ley, diáfananamente corroborada, al mismo tiempo, por otras normas jurídicas, incluso de más reciente factura, todas enderezadas a reiterar, o a establecer una adecuada y justificada salvaguarda de una serie de objetos que, por sus características, son expresión de la identidad cultural o histórica, rectamente entendida, en aras de no erosionar o desdibujar su real teleología y significado, de suyo arropador, tal y como también tiene lugar en la esfera internacional, en prueba inequívoca de esta nueva realidad jurídica que pregona que, en la hora de ahora, no todos los ‘hallazgos’ o ‘descubrimientos’, *per se*, pueden encontrar abrigo en la reglamentación del Código Civil, suficiente para una época divergente, v.gr. en las normas que definen y disciplinan el tesoro, pero en la actualidad insuficiente para responder a la sentida necesidad de proteger el patrimonio histórico, arqueológico, estético, artístico y, en fin, todas las expresiones de la cultura examinada bajo el lente de la historia, cuna de la sociedad contemporánea<sup>44</sup>.

-

---

<sup>44</sup> Precisamente por dicha circunstancia es que la doctrina especializada es refractaria a incluir en el universo de bienes que jurídicamente están llamados a integrar el tesoro aquellos que conforman el patrimonio cultural en comentario. Ello justifica que autores como el profesor Antonio Butera, con argumentos sólidos y atendibles, ponga de manifiesto que al lado de los presupuestos directos y positivos de la figura del *thesaurus milita* “...un requisito negativo, vale decir que se trate de cosas que no revistan valor histórico o artístico..., en cuyo caso la propiedad de los objetos descubiertos la tiene el Estado”. Voz ‘Tesoro’, en *Il Digesto Italiano*, Op. cit., pág. 975.

-

5. Al fin y al cabo, el instituto privatista del tesoro ha experimentado relevantes transformaciones, ajustes y correlativas limitaciones, hasta el punto que su radio de acción, otrora más dilatado, se ha reducido o acortado en forma apreciable, no lo bastante, empero, como para desaparecer, se itera, del ordenamiento jurídico<sup>45</sup>. Tanto que un apreciable número de objetos que, a la

---

<sup>45</sup> La evolución de la institución del tesoro acompasa con la que, en términos generales, en lo pertinente, se ha registrado en relación con el derecho de propiedad, a la que ya se hizo sumaria alusión. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expresado que “El concepto de propiedad no ha sido una idea estática e inamovible. En un comienzo en el derecho romano fue concebido bajo una estructura sagrada, absoluta e inviolable,... De esta forma el derecho a la propiedad, aseguró a cada hombre un espacio exclusivo e imperturbable en el que no existía injerencia alguna sobre sus bienes, y que garantizaba un poder irrestricto y autónomo sobre sus posesiones... Sin embargo, esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de la justicia social y desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad”. Sentencia C-595 de 18 de agosto de 1999.

Por consiguiente, en los tiempos que corren la concepción romanista de la propiedad, dueña de un “...carácter individualista”-como lo recuerda M. Roberti, Svolgimento storico del diritto privato in Italia, Vol. II, Propietà..., Cedam, Padova, 1935, pág. 77 y como se reitera, con matices, por parte del profesor de la Universidad de Bari, Francesco de Martino, Individualismo y derecho romano privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, págs. 50 y ss.-, ha sufrido relevantes mutaciones, predicables de un apreciable número de instituciones jurídicas, entre ellas el propio tesoro. No en vano, en aras de dispensar un tratamiento diverso a los bienes que conforman el patrimonio histórico, cultural o arqueológico, se les ha sustraído del régimen jusprivatista, como quiera que se ha entendido que priman intereses de índole más general, concernientes a la colectividad toda. De ahí que en los albores de la centuria anterior, la doctrina comenzó a sublimar la prevalencia de intereses superiores en aquellos casos en que se encontrare comprometido el patrimonio cultural, *lato sensu*.

Es así como en 1910, el profesor Lamberto Ramponi, refiriéndose a la arraigada y difundida distribución adrianea del 50% del tesoro para el inventor y propietario, respectivamente, apoyada en la ‘equidad natural’ (*naturalis aequitas*), no dudó en aseverar que, “En el derecho, porque se trata de una materia que hoy involucra el interés público de la cultura, ésta debe prevalecer incluso respecto de las razones de equidad que militan a favor del descubridor de un tesoro”. Sulla distribuzione del tesoro, Tipografia Gamberini, Bologna, 1910, pág. 39, postura que sistemáticamente fue reiterada por la doctrina, especialmente por la dogmática especializada, entre otros por Mario Grisolia, quien en 1952, claramente puso de presente que los encuentros artísticos y arqueológicos “...tienen una justificación esencialmente publicista”, la que contrasta con las razones privatistas, por estar involucrado el patrimonio cultural de la nación. La tutela delle cose d’arte, Foro Italiano, Roma, 1952, pág. 465. Otro tanto se aprecia en la literatura más reciente, a la par que específica. V.gr: Vincenzo Panuccio, Musei e disciplina giuridica dei

sazón, eran catalogados de arquetípicos tesoros, hoy no lo son-o no lo pueden ser-, habida cuenta del efecto excluyente, amén que especial, que dimana de las reglamentaciones que protegen el precitado patrimonio cultural e histórico, entre otras razones, por su incontrovertible carácter *extra commercium*, lo que justifica su condición de inembargable, inalienable e imprescriptible, a lo que se agrega, como obvia secuela, la de ser bienes no pasibles de apropiación u ocupación (art. 685 y ss. del Código Civil)<sup>46</sup>.

Efectivamente, el Decreto 1397 de 1989, "por el cual se reglamenta la Ley 163 de 1959", indicó en su artículo 1º, que "Los monumentos muebles a que se refiere la Ley 163 de 1959, no están cobijados por la noción de tesoro prevista en el artículo 700 del Código Civil... En consecuencia, a ellos no se aplican los artículos 701 a 709 y 712 del Código Civil, ni las normas que los subrogan" (Se subraya), precepto éste con el que ulteriormente se esclareció aún más el alcance del artículo 14 de aquella, sin dejar campo a la duda o a la interpretación, en cuanto al genuino propósito del legislador de 1959 de establecer la aludida exclusión, ampliamente comentada.

-  
A su turno, en total armonía con ese criterio proteccionista, el constituyente de 1991 fijó su atención en la cultura, en general, y en el "Patrimonio Cultural de la Nación", en particular, de forma que explicitó en la Carta Política su reconocimiento ligado a la conservación y el fomento de la identidad patria, razón por la que optó por establecer para ellos una protección de rango constitucional. Es así como en su artículo 70 se precisó que "La cultura en sus

---

ritrovamenti di oggetti di interesse storico ed artistico, en Ritrovamenti e scoperte di opere d'arte, Giuffrè, Milano, 1989, págs. 7 y ss.; Sergio Alagna, Le situazioni giuridiche soggettive in dipendenza di ritrovamento e scoperta di beni aventi valore culturale, en Ritrovamenti e scoperte di opere d'arte, Op. cit, págs 25 y ss.; J. Juste Ruíz, La protección internacional de los hallazgos marítimos de interés histórico y cultural, en Anuario de Derecho Marítimo, Vol. XX, 2003, págs. 63 y ss; J. M. Alegre Avila, el patrimonio arqueológico. Aspectos de su régimen jurídico, en Patrimonio cultural y derecho, No. 1, 1997 págs. 121 y ss. y J. L. Alvarez Alvarez, Estudios sobre el patrimonio histórico español y la ley de 25 de junio de 1985, Civitas, Madrid, 1989, págs. 750 y ss.

<sup>46</sup> Vid. Gianpiero P. Cirillo. Voz 'Tesoro', en Enciclopedia del diritto, Op. cit., pág. 395, en donde corrobora que en esta materia no hay cabida para las "...res extra commercium", pues "...se excluye, precisamente, que pueda hablarse de tesoro en el caso del hallazgo de cosas inmerciables".

diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad” y se impuso al Estado el deber “de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional”. De igual modo, el artículo 72 prevé que “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...”.

-

6. Sin perder de vista que la ley 397 de 1997, “por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de Cultura y se trasladan algunas dependencias”, no es aplicable para decidir el caso materia de controversia, específicamente las demandas formuladas en el campo estrictamente casacional-con independencia de lo que, en sede de instancia señalará la Corte en su sentencia sustitutiva o de reemplazo-, como quiera que los hechos generadores del debate judicial son anteriores a su expedición y vigencia, cuestión tratada puntualmente en otros apartes del presente fallo, es pertinente, de todas maneras, precisar que ella corrobora que ha sido siempre una constante en la actividad legislativa patria, el propósito de establecer un régimen adecuado y razonable de protección del Patrimonio Cultural de la Nación comprensivo de la totalidad de los bienes, inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que lo integran, y no restringida solamente a unos de ellos, característica que en esta normatividad aparece con mayor énfasis y desarrollo (postura ‘maximalista’, por oposición a la denominada ‘minimalista’), al punto que dispuso, en sintonía con el referido carácter proteccionista, que “Pertencen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación, por su valor histórico o arqueológico, que deberá ser determinado por el Ministerio de Cultura, las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y

demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminadas en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelos marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva, cualquiera sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio. Los restos o parte de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares, también tienen el carácter de especies náufragas” (art. 9°).

-

En efecto, atendiendo las comentadas directrices constitucionales, la Ley, en su artículo 1°, puntualizó que “La cultura es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias” (num. 1°) y resaltó que “Es obligación del Estado y de las personas valorar, proteger y difundir el Patrimonio Cultural de la Nación” (num. 5°). A su turno, en el artículo 2°, refiriéndose a las funciones del Estado en relación con la cultura, enfatizó que “se cumplirán en conformidad con lo dispuesto en el Artículo anterior, teniendo en cuenta que el objetivo primordial de la política estatal sobre la materia son la preservación del Patrimonio Cultural de la Nación y el apoyo y el estímulo a las personas, comunidades e instituciones que desarrollen o promuevan las expresiones artísticas y culturales en los ámbitos locales, regionales y nacional” (Se subraya).

-

En punto del Patrimonio Cultural de la Nación, estableció que “está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular...Las disposiciones de la presente ley y

de su futura reglamentación serán aplicadas a los bienes y categorías de bienes que siendo parte del Patrimonio Cultural de la Nación pertenecientes a las épocas prehispánicas, de la Colonia, la Independencia, la República y la Contemporánea, sean declarados como bienes de interés cultural, conforme a los criterios de valoración que para el efecto determine el Ministerio de Cultura” (art. 4º; se subraya).

-

Al respecto se puso de presente en la Exposición de Motivos de la mencionada ley, cuando se advirtió que ella, entre otros fines, busca “la protección y recuperación del patrimonio cultural de la Nación, tanto del patrimonio arqueológico como de los otros bienes culturales que conforman la identidad nacional...” y que el proyecto “es enfático en reafirmar la preeminencia del Patrimonio Cultural de la Nación **sobre los derechos individuales**” (Se subraya), tópico sobre el cual la Corte Constitucional, en la sentencia C-474 de 10 de junio de 2003, que declaró la exequibilidad parcial del ya referido artículo 9º de la ley, consideró que “La Carta ampara el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación pues establece no sólo que éste se encuentra bajo la protección del Estado sino que además dicho patrimonio, junto con los otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles (...). Esta Corte, en varias oportunidades, ha destacado no sólo la importancia de esta obligación constitucional, sino que ella implica que la declaración de un bien como parte integrante de dicho patrimonio cultural y arqueológico de la Nación lleva consigo una serie de restricciones al derecho de propiedad, para efecto de la conservación y protección del bien en cuestión...La protección constitucional al patrimonio cultural y arqueológico de la Nación no se agota con que la ley declare que ciertos bienes pertenecen a dicho patrimonio. Es igualmente necesario que las autoridades desarrollen mecanismos e instrumentos que no sólo eviten que esos bienes se deterioren sino que además permitan su recuperación por el Estado...”.

-

7. Por su parte, ya prácticamente para culminar este específico punto, en el Decreto 833 de 2002, reglamentario de la Ley 397, se estableció que “El encuentro de bienes integrantes del patrimonio arqueológico no tiene para ningún efecto el carácter civil de invención, hallazgo o descubrimiento de tesoros” (Se subraya). Traduce ello, al amparo de esta normatividad corroborante de la anterior en la misma materia, que todo efecto o bien que revista especial importancia histórica, cultural o arqueológica, no es susceptible de tales formas de adquisición del dominio, propias del campo civil, resultando también evidente su exclusión del régimen que, en relación con los tesoros, consagra el Código Civil, motivo por el cual es claro que, sin perjuicio de reunir formalmente las calidades de ellos, dichos bienes, por las razones ya expresadas, no pueden ser catalogados como genuinos tesoros, pues ciertamente no lo son, merced al expreso designio del legislador, en Colombia reiterado en diversas ocasiones y normatividades, a emulación de lo acaecido en el entorno legislativo internacional, en el que igualmente se proclama que priman los intereses nacionales en torno a su patrimonio histórico, razón por la cual no puede ser gobernado por las normas jusprivatistas del tesoro, dueñas de una arquitectura y teología diferentes.

-

Se sigue de lo dicho, que siendo ese, antes y ahora, el propósito del Estado en frente de los bienes constitutivos de los “monumentos muebles” establecidos en su oportunidad en la Ley 163 de 1959, tal legislación, como ya se anticipó, se caracteriza por la protección especial dispensada al patrimonio histórico, cultural y artístico, comprensiva de todos los bienes que lo conforman.

-

En suma, se tiene establecido que, conforme el descrito devenir legislativo, en el derecho colombiano existió desde la vigencia del Código Civil el instituto jurídico del tesoro-como corolario de la figura jurídica a través de la historia, especialmente a partir del Derecho romano-, que determina su adquisición por el descubridor (*inventor*), o por éste y el propietario del terreno donde se encuentre (*dominus loci*), según que lo sea en suelo propio (*in suo*) o ajeno (*in*

alieno), como una particular forma de hallazgo o invención (iure inventionis), erigiéndose así en una modalidad sui generis o especial de ocupación.

-

Posteriormente, en virtud de la Ley 163 de 1959, en atención al reconocimiento que hizo en la esfera jurídica de nuevos valores o categorías y, por ende, de otra jerarquía de bienes, como la cultura, en sentido amplio, y dentro de ese novísimo contexto, de los "monumentos muebles" e "inmuebles", caracterizados por su significación histórica, artística o arqueológica para la humanidad y para cada una de las naciones, se introdujo dentro del ordenamiento legal un nuevo sistema relativo al denominado "patrimonio histórico y artístico", de tinte eminentemente proteccionista y social o colectivo, encaminado a su recuperación y conservación, para lo cual, entre otras medidas, excluyó los bienes que lo conforman de aquel régimen milenario y propio del derecho civil, el del tesoro, se itera, legislación ulteriormente reiterada y complementada (Decreto 1397 de 1989, Decreto 833 de 2002, entre otros), al punto que el constituyente de 1991 reservó en el Estado su dominio y los revistió del carácter de ser bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables, confirmando la convergencia de intereses de índole superior, dignos de efectiva tutela.

-

La implantación de ese segundo sistema legal, sin duda especial y esencialmente protector del referido patrimonio, tradujo que, desde su entrada en vigor, se restringió la órbita del primero, esto es, del tesoro, pues por la disposición del comentado artículo 14 de la Ley 163 de 1959, los bienes erigidos en ella como "monumentos muebles", en ningún supuesto pueden ser considerados tales-tesoros-, así, prima facie, se estime que en ellos concurren las circunstancias del artículo 700 del Código Civil, concretamente las calidades exigidas para los bienes objeto de definición.

-

Es tal la fuerza de la exclusión prevista en el citado artículo 14: la sola condición de ser "monumento mueble" un bien, que descarta la posibilidad de que jurídicamente pueda ser tesoro y, por lo mismo, de que efectivamente le

sea aplicable el régimen que para esta puntual materia consagra la codificación civil. Lo mismo ocurre con el contenido de los aludidos Decretos 1397 de 1989 y 833 de 2002, ratificantes de la ley en referencia, objeto de expresa mención casacional por parte de la Nación y la Procuraduría.

-

8. Ese estado de cosas en el derecho positivo, traduce la coexistencia, así como la conservación y plena vigencia de esos dos regímenes con autonomía e independencia, habida cuenta que, como quedó precedentemente delineado, su objeto es distinto: de un lado, el tesoro, que en su nueva dimensión, configuración y alcance, no comprende bienes conformantes del patrimonio histórico, cultural, artístico o arqueológico; y de otro, el patrimonio histórico, cultural, artístico o arqueológico, integrado justamente por dichos bienes. También son diversos y autónomos, porque son disímiles los propósitos que los inspiran: en cuanto atañe al primero, dispensar y regular las relaciones dominicales que surjan con ocasión de su descubrimiento; y en lo que respecta al segundo, en esencia, proteger los señalados bienes, excluyéndolos del dominio privado-en lo pertinente y según el caso-, de donde se colige que entre uno y otro no media un real enfrentamiento, por cuanto se aplicarán, según sea el caso, siempre a partir de la tipología de bienes e intereses, detonante de su diferenciación y divergente proyección. Por ello es por lo que coexisten, así su norte no sea el mismo, como igualmente acontece en el campo internacional.

-

Precisamente, aludiendo a la normatividad chilena-de ordinario muy próxima a la colombiana-, en donde, por una parte, el artículo 626 del Código Civil se ocupa del tesoro y, por la otra, el artículo 21 de la Ley 17.288, desarrolla el tema de los "monumentos arqueológicos", la doctrina especializada recientemente ha destacado que se trata de "dos regímenes totalmente diferentes para el tesoro y para los monumentos arqueológicos... Pero no puede decirse que haya contradicción entre el artículo 626 del CCCh. y el artículo 21 de la ley N° 17.288, porque regulan hipótesis diferentes; por un lado, el primero se aplica al descubrimiento de un tesoro, y el segundo a la

existencia de un monumento arqueológico sobre o bajo el territorio nacional; por otro, 'tesoro' y 'monumento arqueológico', ni son lo mismo, ni conceptualmente ninguno es especie del otro. En consecuencia, cada norma se aplica en el ámbito que le corresponde, sin colisión<sup>47</sup>.

-

En compendio, la noción de patrimonio histórico, cultural, artístico o arqueológico, incluido el patrimonio sumergido, per se, excluye la de tesoro- pues está llamada a primar-, de donde la observancia del régimen previsto para la protección de dicho patrimonio, impide o inhibe la aplicación de la normatividad atinente al segundo, propia de un modo de adquirir el dominio privado, hoy por hoy restringido y acotado, que no abolido, como se mencionó con antelación, en guarda de proteger, en lo pertinente, el tantas veces mencionado patrimonio histórico y cultural, objeto de especial tutela, tanto en la esfera nacional, como internacional, en general, una constante en esta materia, en prueba paladina de la prevalencia de intereses superiores, como tales llamados a primar sobre otro tipo de intereses de naturaleza privada que, sin desconocer su origen, importancia y alcance, no pueden ser aplicados preferentemente.

-

Todo ello, rectamente examinado, ha conducido a que la noción y la visión jusprivatista de la institución del tesoro, de pleno recibo en el pasado, hoy en día no pueda seguir imperando en las mismas condiciones, como proverbialmente, in extenso, lo puso de manifiesto el profesor Giovanni Rotondi- por lo demás, muy anticipadamente en la doctrina, año 1910-, en los

---

<sup>47</sup> Alejandro Guzmán Brito. Las reglas de interpretación del Código Civil de Chile. Monumentos y tesoros, LexisNexis, Santiago, 2006, pág. 167.

El Tribunal Supremo Español, en sentencia de 22 de marzo de 1976, con ocasión del asunto conocido como la 'Dama de Baza', igualmente concluyó, al amparo de la normatividad vigente, que no existía contraposición entre el régimen del Código Civil y la legislación relativa al patrimonio histórico. Por ello, mutatis mutandis, consideró que ésta última normatividad, en concreto la sumatoria de sus artículos, "...no derogan el principio rector del dominio en nuestro ordenamiento...". De ahí que el nuevo sistema más bien "...viene a limitarlo en aras del interés cultural y artístico de la Nación, pero en manera alguna a destruirlo o menoscabarlo, armonizando este interés con el del aludido propietario y el del explorador que efectúa el descubrimiento".

siguientes términos, de suyo elocuentes: "El concepto tradicional de tesoro-/la *vetus depositio pecuniae*-responde a condiciones sociales diversas en absoluto de las actuales; él podía tener una importancia apreciable desde el punto de vista práctico en épocas en que, por una parte, los disturbios y las guerras ponían en peligro continuo la seguridad de los haberes, y, por la otra, en que esconder bajo tierra las propias riquezas era uno de los pocos medios para sustraerlas de la rapiña, en aquellos casos en que no podían ser depositadas a personas de confianza o llevadas consigo en la fuga... La muerte del dueño antes de que pudieran repatriarlas, o en todo caso revelar el secreto, podía hacer que el 'tesoro' permaneciera por años, tal vez por siglos, ignorado, hasta que una demolición o excavación lo sacara inopinadamente a la luz...".

-

Más adelante, el citado autor continuó precisando que: "Por tanto, al lado del valor intrínseco de los objetos encontrados, que puede siempre ser notable-gemas, monedas, etcétera-se afirma y prevalece la consideración del valor artístico o arqueológico. Los intereses cada vez más vivos con que los pueblos civilizados aprecian los hallazgos que de cualquier modo brindan luces acerca de las condiciones del arte y la cultura de las edades pasadas hacen que también el eventual valor del objeto pase a un segundo plano para su estimación;...Mayor es el interés cuando se trata de una obra de arte clásica, en la que al valor meramente arqueológico se suma el artístico,... Las normas sobre los tesoros representan, en las diversas legislaciones, la atemperación de dos intereses antagónicos, el del inventor y el del propietario del fondo, variadamente apreciados por las leyes y variadamente justificados por la doctrina. Son intereses privados: el interés público no entra en este campo sino fuera tal vez, indirectamente, en cuanto a que a él pueda importar que los objetos preciosos-en especial sumas de dinero-sepultadas no permanezcan para siempre sustraídas de la circulación: es precisamente este 'colocar en circulación' el que socialmente justifica, según la mayoría, la atribución de propiedad al inventor o la compensación que es asignada...Si se trata en cambio de hallazgos artísticos o arqueológicos, el interés público se afirma en primera línea: él exige sobre todo que los objetos descubiertos sean

examinados por los conocedores en aquellas condiciones de tiempo y lugar que permitan una mejor interpretación;...Así, por fuera y por encima de la competencia privada entre el inventor y el *dominus soli*, se presenta un altísimo interés colectivo que, en las condiciones actuales, no puede ser ejercido sino es por el Estado, y surge la duda en cuanto a que el ejercicio de esta tutela pueda alcanzarse convenientemente con normas administrativas de vigilancia y control, o si no es más bien deseable en estos casos una modificación radical en el régimen de adquisición de los tesoros, para atribuirle al Estado un derecho de propiedad, haciendo así pasar a una segunda línea la contestación entre las pretensiones, e impidiendo que ellas puedan en todo caso perjudicar la suerte de los objetos encontrados”<sup>48</sup> (Se subraya).

-

#### **IV. Las especies y las antigüedades náufragas. Generalidades y su tratamiento en el código y en la legislación civil ulterior.**

-

1. Por su importancia en el caso que ocupa la atención de la Sala, en la medida en que uno de los recurrentes alude a las apellidadas “especies náufragas”, cumple detenerse en ellas, así sea someramente, para lo cual la Corte centrará su atención en el tratamiento que, en relación con las mismas, otorga el Código Civil, conforme el cual, en líneas generales, no son cosa distinta que bienes perdidos, sujetos a un régimen muy peculiar, sin desconocer, claro está, que normas diversas, entre las que cabe mencionar los Decretos 655 de 1968 y 2349 de 1971<sup>49</sup>-las restantes (Decretos 0012, 1246 y

---

<sup>48</sup> “Algunas legislaciones modernas” prosigue el profesor Rotondi “se han orientado decididamente en esta vía:... Renunciando a la búsqueda de precedentes históricos de dudoso valor, se puede decir que la tendencia por parte del Estado a intervenir con disposiciones positivas sobre la tutela de los objetos de arte y-más especialmente-sobre los que tienen un valor arqueológico, data solo de la época moderna: es una consecuencia del impulso vigoroso que supone el renacimiento del culto a las artes y a la antigüedad clásica....”. I ritrovamenti archeologici e il regime dell’ acquisto del tesoro, Riv. di dir-civile, II, 1910, en Studio varii di diritto romano ed attuale, Pisa, 1922, págs. 341 y ss.

<sup>49</sup> El Decreto 655 de 1968 se refirió a “especies náufragas” pero en sentido algo diverso, esto es, queriendo significar, aunque de forma no muy precisa, las embarcaciones y los elementos que se encuentren en ellas, existentes en aguas jurisdiccionales o en la

2324 de 1984), son posteriores a 1982 y, por ende, resultan inaplicables a la presente controversia-, también se ocuparon de dicha figura, divergente como tal de la institución del tesoro-en cualquiera de sus manifestaciones y regulaciones-.

-

En efecto, según el artículo 710 de la citada codificación, más allá de su real pertinencia o de la verdadera sustantividad jurídica de esta 'figura', "las especies náufragas que se salvaren, serán restituidas por la autoridad a los interesados, mediante el pago de las expensas y la gratificación de salvamento. Si no aparecieren interesados dentro de los treinta días siguientes al naufragio, se procederá a declarar mostrencas las especies salvadas, previo el juicio correspondiente". Obsérvese que la regla que informa la disposición, es que no se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que se rescatan de un naufragio, precisión que el mismo legislador había hecho explícita en tratándose de los bienes "que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave" (inc. 3º, artículo 699 del C.C.)<sup>50</sup>.

---

plataforma continental colombianas. Al respecto consagró: "Artículo 1º. Corresponde a la Armada Nacional, por conducto de la Dirección Mercante Colombiana, la vigilancia y control de las exploraciones submarinas y de las explotaciones que se hagan, por personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, encaminadas a la búsqueda de tesoros y antigüedades de todas clases, que se hallen en buques hundidos en las aguas territoriales o en la plataforma continental submarina de la Nación... Artículo 2º. Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que localice en las aguas jurisdiccionales o en la plataforma continental submarina especies náufragas que puedan contener elementos de valor histórico, científico o comercial, podrán denunciar su descubrimiento ante la dirección de la Marina Mercante Colombiana indicando las coordenadas geográficas en donde se presume que se encuentra su hallazgo...Artículo 4º. Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá celebrar con el Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de la Dirección Mercante Colombiana, contrato para la recuperación y explotación consiguiente de los elementos de valor histórico, científico o comercial que se encuentren en las especies náufragas, sobre las zonas que hayan sido objeto de aviso debidamente aceptado... Artículo 7º. El valor de todas las especies náufragas será fijado por peritos..." (Se subraya). Esas normas fueron reproducidas de forma casi idéntica en el Decreto 2349 de 1971, "QUINTA PARTE", alusiva a "Especies náufragas", artículos 110 a 121.

<sup>50</sup> Especies náufragas, a juicio del doctor Jaime Arteaga Carvajal, "son las cosas que queden después de una catástrofe cuando la nave zozobre y aquellas especies que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave (art. 699, inc. 3º). Ninguna de esas especies

-  
La razón de ello es que los dueños nunca tuvieron la real intención de desprenderse de su dominio. Si a posteriori perdieron la tenencia fue por causas ajenas a su voluntad, bien por avería gruesa o particular, bien por naufragio, pero en todo caso sin la intentio de abandonarlas. De allí que tales bienes no califican como *res derelictae*.

-  
Se trata, pues, de cosas perdidas que deben ponerse a disposición de su dueño-que es la directriz establecida en el artículo 704 del Código Civil-y, si no fuere conocido, a órdenes de la autoridad competente, para que se las restituya una vez apareciere, previo el reconocimiento de las expensas y la gratificación de salvamento. Pasado un tiempo, se considerarán bienes mostrencos, esto es, cosas sin dueño aparente o conocido (art. 706, ib.).

-  
Pero es necesario acotar que el Código Civil únicamente considera especies náufragas y, por tanto, bienes perdidos, aquellos que luego de un naufragio, esto es de una "pérdida o ruina de la embarcación en el mar o en el río o lago navegable", según definición del Diccionario de la Lengua Española, "**se salvaren**" (art. 710, C.C.; se resalta). Por eso se habla de "gratificación de salvamento", la que sólo tiene lugar cuando éste se realiza por un particular, no así cuando "el salvamento de las especies se hiciere bajo las órdenes y dirección de la autoridad pública", caso en el cual el propietario de ellos únicamente debe abonar las expensas (art. 711, ib.). Por lo mismo, sólo se consideran mostrencas "**las especies salvadas**" (art. 710, ib.; se resalta), respecto de las cuales "no aparecieren interesados dentro de los treinta días siguientes al naufragio".

-  
Por consiguiente, los bienes que han permanecido "**largo tiempo**" en el fondo del mar, bien por causa de un naufragio, ora por echazón del cargamento, no pueden ser considerados especies náufragas, por la sencilla razón de que no

---

se presume abandonada porque no existe la manifiesta voluntad del dueño de desprenderse de ellas...". De los bienes y su dominio. E.F.D., Bogotá, 1999, pág. 158.

hubo salvamento, ni se trata de bienes rescatados o salvados que, por no aparecer interesados dentro de los treinta días siguientes al naufragio, sean susceptibles de una declaración de mostrencos.

-

2. Puestas de este modo las cosas, es claro que, desde la perspectiva del Código Civil, los bienes náufragos que no sean salvados, que de suyo están ocultos pues no están a la vista de nadie y, por tanto, se encuentran sepultados o escondidos, sobre los cuales no se pruebe derecho por persona alguna, deberán considerarse “o como bienes perdidos, o como tesoro encontrado en suelo ajeno” (Se destaca), como lo precisa, con meridiana claridad, el artículo 703 del Código Civil, calificación que dependerá, por mandato del mismo legislador, de “los antecedentes y señales” (Se destaca), entre los que tiene especial valía, el tiempo que hayan permanecido ocultos y la época de su elaboración, pues si las cosas son de reciente factura, deben considerarse bienes perdidos (art. 704, C.C.), entre otros motivos porque la ocultación no pudo tener lugar por largo tiempo; pero si ellas son antiguas y, además, las condiciones de la ocultación son reveladoras de que ha pasado “largo tiempo”, bien podrían reputarse como tesoro, en tanto que “no haya memoria ni indicio de su dueño” (art. 700, ib.).

-

De otro lado es importante también, con miras a la definición de las impugnaciones que se analizan, referir, así sea igualmente de manera tangencial, a las “antigüedades náufragas”, figura que, en el marco propiamente legal y con el sentido que aquí habrá de precisarse, afloró a partir del Decreto 12 de 1984<sup>51</sup>, en donde, para los efectos del mismo, apreciada la

---

<sup>51</sup> Cumple advertir, en todo caso, que la Dirección General Marítima y Portuaria, en uso de las atribuciones que le confirió el Decreto Ley 2349 de 1971, mediante la Resolución 0148 de 10 de marzo de 1982, modificó “El Manual de Procedimiento de las Capitanías de Puerto” y respecto de la Sección 4 de su Capítulo Tercero, señaló: “V. DEFINICIONES. Para los propósitos del presente reglamento, se consideran **tesoros** o antigüedades náufragas, las embarcaciones, bienes muebles yacentes dentro de ellas o diseminados en el fondo del mar, valiosos intrínsecamente o en razón de su antigüedad o significación cultural, con la nota común a todos de haber sido elaborados por el hombre (especificación) y sin que importe la causa por la cual se produjo su situación actual de encontrarse en el fondo del mar: Naufragio fortuito, autoprovocado o resultante de acción

modificación que a su artículo 2º le introdujo el Decreto 1246 de 1984, se consideraron tales "las naves y su dotación, así como los bienes muebles yacentes dentro de las mismas o diseminados en el fondo del mar hayan sido o no elaborados por el hombre, sea cualquiera la naturaleza de los bienes y cualesquiera la causa y época del hundimiento... Tienen igualmente este carácter los restos o partes de embarcaciones o dotaciones o de los bienes muebles que se encuentren en las circunstancias de las antigüedades náufragas señaladas en el inciso anterior".

-

Examinado tal concepto, en armonía con las previsiones de los artículos 1º y 3º del mismo Decreto 12 de 1984, se tiene que se trata de una modalidad circunscrita a bienes que se encuentran en el fondo del mar territorial, de la zona económica exclusiva o de la plataforma continental colombianas, como resultado del hundimiento o naufragio de embarcaciones, dentro de los cuales se incluyen las naves mismas, partes de ellas, su dotación y los bienes muebles que se hallen en su interior o diseminados en el lecho marino, cualquiera sea su naturaleza, el tiempo y la causa del hundimiento.

-

Ese concepto y la reglamentación que en punto de su exploración, información de su hallazgo a la Dirección General Marítima y Portuaria y explotación, consagrados en el citado Decreto 12 de 1984, se reiteró en el Decreto 2324 igualmente de 1984, del cual, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-

de extraños, o por haber sido abandonado por su propietario (res derelictae) o que no lo tienen conocido o, cuyo propietario a la época del hundimiento no es conocido o, siéndolo, tampoco es factible establecer una sucesión en la titularidad hasta el presente" (Se subraya y resalta).

-

En relación con esa normatividad, pertinente es observar que, habida cuenta de su carácter-Resolución de la DIMAR, reglamentaria del "Procedimiento de las Capitanías de Puerto"-, no introdujo en el ámbito legal, propiamente dicho o *stricto sensu*, la figura de las "antigüedades náufragas", más cuando, como se resaltó, su texto alude a "tesoros", añadiendo la denominación "antigüedades náufragas". También que, al ser posterior al Código Civil y a la Ley 163 de 1959, carecía de virtud para modificar en algo, por la vía administrativa, estos ordenamientos jurídicos, por lo que, con todo y su vigencia, el concepto de tesoro, con la restricción o limitación que le impuso el artículo 14 de la citada ley, se mantuvo vigente y sin alteraciones.

-

102 de 1994, declaró inexecutable la totalidad de sus artículos 188 y 191, que en su orden preveían: "ARTICULO 188. DEFINICION: Las especies náufragas que no fueren o hubieren sido rescatadas en los términos señalados en el artículo 710 del Código Civil, se considerarán antigüedades náufragas, tendrán la naturaleza especial que se señala en el artículo siguiente y pertenecen a la Nación"; "ARTICULO 191. PERMISO DE EXPLORACION Y DENUNCIA. Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, tiene derecho a solicitar a la autoridad competente permiso o concesión para explorar en búsqueda de antigüedades náufragas en las zonas a que se refiere el artículo anterior, siempre y cuando presenten razones geográficas, históricas, náuticas u otras que la autoridad considere suficientes. Igualmente tiene derecho a que se le resuelva su petición... Y, si en ejercicio del permiso de concesión, realizare algún hallazgo, deberá denunciarlo a la autoridad competente, indicando las coordenadas geográficas donde se encuentra y presentar pruebas satisfactorias de la identificación. Cuando haya sido reconocido como denunciante de tal hallazgo, con sujeción a las normas legales vigentes, tendrá derecho a una participación de un cinco (5%) por ciento sobre el valor bruto de lo que posteriormente se rescate en las coordenadas... El pago de esta participación estará a cargo de la persona con quien se contrate el rescate, si a él hubiere lugar según el artículo 193, y para efectos fiscales, tendrá el carácter de renta ordinaria... Si el rescate lo llevare a cabo directamente la Nación, la participación del cinco por ciento (5%) al denunciante será pagada por ésta. El Gobierno establecerá los términos y modalidades de este pago... PARAGRAFO: Para los efectos de este artículo se entiende: a) Por valor bruto el que razonablemente pueda asignarse por peritos, a las antigüedades náufragas ya rescatadas e identificadas, teniendo en cuenta sus posibilidades de comercialización en el país o en el exterior, su valor intrínseco, su naturaleza, utilización y aspectos análogos, conexos o complementarios...b) Por denunciante, la persona natural o jurídica que, mediante providencia motivada y en firme, expedida por la autoridad competente, hubiere sido reconocida como tal en relación con antigüedades náufragas halladas por dicha persona, dentro de las zonas marinas que le hubieren sido asignadas para exploración,

por la citada autoridad... Si de hecho hubiere varios denunciante, respecto de una misma zona marina, se preferirá aquel cuya resolución de reconocimiento tenga la fecha más antigua”.

3. En adición a lo anterior, conveniente es poner de presente que, de manera más reciente, la ya referida Ley 397 de 1997, en su artículo 9º, consagró el concepto “Del patrimonio cultural sumergido”, en torno del cual dispuso que “Pertenece al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación, por su valor histórico o arqueológico, que deberá ser determinado por el Ministerio de Cultura, las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, **las especies náufragas** constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva, cualesquiera que sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio. Los restos o partes de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares, también tienen el carácter de **especies náufragas**” (Se subraya y se destaca).

-  
Se aprecia que el legislador de 1997, si bien es cierto, conservó el concepto que la normatividad comentada anteriormente había dado de “antigüedades náufragas”, cambió o precisó la denominación de esos bienes-las naves, sus partes, la dotación de las mismas y los bienes muebles que se encuentren en su interior o diseminadas en el fondo del mar-, pues se refirió a ellos como “especies náufragas”, y las declaró conformantes del “Patrimonio Cultural de la Nación”, con todo lo que ello comporta, como en acápite anterior se analizó, muy especialmente por no formar parte del régimen asignado al tesoro, De ahí que revista sustantividad propia.

-  
También, que la circunstancia del descubrimiento y recuperación de tales bienes, per se, no es suficiente para tenerlos como integrantes del “patrimonio cultural o arqueológico de la Nación”, por cuanto deberán tener “valor histórico

o arqueológico”, calificación que se asignó al Ministerio de Cultura. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-474 de 10 de junio de 2003, precisó que “El propósito del artículo 9° de la Ley 397 de 1997, del cual forma parte la expresión acusada, es precisamente proteger esas especies náufragas, para lo cual establece tres mecanismos esenciales: de un lado, establece que aquellas especies náufragas, que tengan un valor histórico o arqueológico, pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación. Esto significa entonces que no todo bien sumergido entra a formar parte del patrimonio nacional, ya que es necesario que éste tenga un valor histórico o arqueológico, que justifique su incorporación a dicho patrimonio. Conforme a este artículo, corresponde al Ministerio de la Cultura realizar la correspondiente evaluación del valor arqueológico o histórico del correspondiente bien, con el fin de determinar si éste se incorpora o no al patrimonio arqueológico y cultural de la Nación”.

-

De otra parte, dispuso que la exploración y remoción de dicho “patrimonio cultural sumergido” requiere autorización del Ministerio de Cultura, la DIMAR y el Ministerio de Defensa Nacional, así como que cualquier hallazgo debe denunciarse ante tal Dirección, la cual, mediante acto reservado y debidamente motivado, deberá reconocer al denunciante como tal. Igualmente, que el denunciante tiene derecho a “un porcentaje del valor bruto de las especies náufragas”-que no tesoros, *stricto sensu*-.

-

#### **V. El descubrimiento del tesoro. Derechos derivados del mismo y rol asignado a la aprehensión material de la cosa.**

-

1. Expresado lo que antecede, importa destacar ahora que los derechos sobre el tesoro se asignan en atención a las circunstancias en que haya sido descubierto: (a) si el descubridor hizo el hallazgo en terreno propio (*dominus loci*) o en bien mueble que le perteneciere (*in suo*), será suya la totalidad, al margen de si el descubrimiento fue casual o intencional; (b) si el tesoro se encuentra en terreno ajeno (*in alieno*), la mitad le corresponde al dueño del predio y la otra mitad al descubridor, siempre que hubiere sido fortuito el

hallazgo o se haya buscado con autorización de aquél; y (c) si el descubrimiento en inmueble ajeno no fue accidental, ni medió permiso de búsqueda del dueño de la heredad, todo el tesoro le pertenecerá a éste (art. 701, C.C.).

-

2. Se trata de un régimen que, en líneas generales, corresponde al que estableció el Emperador Adriano en el siglo II D. de C., por lo demás reiteradamente acogido y, por consiguiente, aplicado a través de la historia- con puntuales intervalos-, en el que el dueño del predio, con arreglo a la equidad natural (*naturalem aequitatem*), siempre tiene derecho real sobre el tesoro, sólo que, de haberse dado el descubrimiento por otra persona, bien de manera fortuita o con autorización de aquél, compartirá el dominio con el descubridor (*praemium inventionis*).

-

3. Destácase que en la legislación colombiana, que en lo neurálgico y pertinente sigue muy de cerca las diáfanas orientaciones jurídicas romanas en esta materia-lo que explica su específica y frecuente reminiscencia en esta providencia-, el derecho al tesoro no reclama, en todos los casos, que su revelación haya sido necesariamente producto de la casualidad (*non data opera*) o del azar, como sí acontece, por vía de ejemplo, en el derecho normativo francés, afín, en este punto, al singular derrotero que rigió, en el siglo V, en tiempos de los Emperadores León II y Zenón-quienes sólo le concedían derecho al descubridor de un tesoro en predio foráneo, cuando lo hallaba, *non studio perscrutandi*, vale decir "casualmente, o arando, o cultivando de otra manera el terreno ajeno, o por cualquier otro evento, no buscándolo de propósito" (*si forte, vel arando, vel alias terram alienam colendo, vel quocumque casu non studio prescrutandi*)-, así como a la legislación medieval española contenida en las Siete Partidas, en las que se preceptuaba que el descubridor de tesoro en terreno ajeno, sólo tenía derecho a la mitad del mismo "si lo hallase por ventura, no lo buscando él a sabiendas", pues "si lo hallase buscándolo donde estuviese él estudiosamente, e no por acaescimiento de ventura, entonces debe ser todo del señor de la heredad e no

ha en ello, el que lo así halla, ninguna cosa”<sup>52</sup>, todo sin perjuicio de lo señalado por la doctrina, la que aboga por una concepción menos radical<sup>53</sup>.

-

4. En el derecho patrio, por el contrario, la forma, manera o modalidad cómo se dio el descubrimiento sólo interesa para los efectos de su distribución, cuando el hallazgo, además, lo hace un tercero. Pero es claro que si el dueño del predio, o un tercero con su autorización, encuentran un tesoro como resultado de una pesquisa adelantada con ese específico y confesado propósito, aquél, o ambos, según el caso, se harán a su dominio por el modo de la ocupación, en sentido amplio. Al fin y al cabo, como lo señala autorizada doctrina, “El que encuentra un tesoro en un terreno de su propiedad, lo adquiere lo mismo si el encuentro fue casual que si tuvo lugar por consecuencia de trabajos realizados en busca del tesoro”<sup>54</sup>. Tal previsión, por lo demás, luce acorde con los principios que informan el ordenamiento jurídico nacional, en cuanto el dueño del terreno, como titular de un derecho real, tiene la prerrogativa de hacer uso del mismo para los fines que mejor y racionalmente estime aconsejable, desde luego respetando la función social que le es inherente a su derecho, por lo que puede legítimamente cavar para buscar tesoros, o permitir que un tercero lo haga.

-

5. Subráyase también que el dominio del tesoro se adquiere, *in promptu*, desde el mismo momento del descubrimiento, como lo prevé, por ministerio de la ley, el artículo 700 del Código Civil: “El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo”. Tanto en el caso del dueño que lo descubre en sus predios, como en la hipótesis del tercero que lo halla en fundo ajeno por

---

<sup>52</sup> Partida Tercera, Título XXVIII, Ley XLVI.

<sup>53</sup> Es así como el expositor francés G. Baudry-Lacantinerie, advierte, más allá del contenido o del texto de la Ley con arreglo al cual “La cosa debe haber sido ‘descubierta por el sólo efecto del azar’”, que esta exigencia “...no es exacta. El hecho de que la cosa no haya sido descubierta por azar, sino como consecuencia de búsquedas o investigaciones... no impide que la cosa no sea un tesoro”. *Precis de droit civil, T. I, Sirey, Paris, 1926, págs. 652 y 653.*

<sup>54</sup> Jaime Santos Briz. *Derecho civil. Teoría y práctica. T. II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pág. 191.*

casualidad (descubrimiento fortuito, art. 701, C.C.), o con permiso de aquél, el dominio del tesoro se obtiene en el instante en que se desvela su existencia, lato sensu: el descubridor, iure inventionis, el dueño, iure domini.

-  
En este aspecto, importa relievarlo por su significación, muy especialmente de cara a las observaciones consagradas en la demanda formulada por la Nación, la historia del instituto del thesaurus resulta dicente, en especial la de origen romano-clásico, habida cuenta que en tratándose de determinados modos de adquisición originaria "...solamente el descubrimiento, no la aprehensión material, genera la adquisición, que se llama precisamente inventio"<sup>55</sup>. Lo propio, frente al derecho medieval, en concreto, el criterio bordado por Accursio, uno de los más emblemáticos militantes de la célebre y renacentista Escuela jurídica de los Glosadores, toda vez que se le reconoció al descubrimiento del tesoro específicas propiedades jurídicas (adquisición de la propiedad), con prescindencia de su ulterior aprehensión<sup>56</sup>. Ello explica que la moderna doctrina, sobre el particular, sea prácticamente unánime, como quiera que en la misma línea se enfatiza que "la ley habla de descubrimiento de un tesoro y de la persona que ha hecho el descubrimiento y es a ésta a la

---

<sup>55</sup> Pedro Bonfante. Instituciones de derecho romano. Reus, Madrid, 1979, pág. 258, romanista que culmina su análisis, señalando que "Tenemos, pues, en el tesoro una adquisición por ocupación, o mejor dicho por inventio, a favor de quien lo descubre". Cfme: Biago Brugi, Istituzioni di diritto romano, Torino, 1926, pág. 218. Análoga es la conclusión a la que arriba la profesora Emilsen Gonzáles de Cancino, debido a que anota que tratándose del tesoro "...el mero hallazgo (inventio) es suficiente para atribuir la propiedad sin que sea menester la toma de posesión inmediata". Manual de derecho romano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 296.

-  
Es de resaltar, igualmente, que esta fue la tesis profijada en el marco de la renombrada Escuela romana de los Proculyanos, quienes sostenían que el tesoro se adquiriría solo animo, por oposición de lo pregonado por la Escuela Sabineana, conforme a la cual para su adquisición se requería cierta materialidad (Corpore et animo), según lo enseña autorizada doctrina especializada. Vid. Alejandro Guzmán Brito. Derecho romano privado, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pag. 542.

<sup>56</sup> Como lo recuerda el profesor de la Universidad de Milán, Enrique Besta, la glosa medieval pregonaba "...que para la adquisición del tesoro bastaba la inventio sin la toma material de la posesión". I diritti sulla cosa nella storia del diritto italiano, Cedam, Padova, 1933, pág. 157. De hecho, una de ellas expresamente precisaba que "Invenisse dicitur, qui videt vet percipit, et animum habuit" (D. 41, 1).

que reconoce el derecho de ocupación. **Es, por lo tanto, el hecho del descubrimiento, no la aprehensión material lo que se toma en cuenta;** y en esto difiere la invención o hallazgo de un tesoro de las demás clases de ocupación, lo que constituye una excepción notable porque siendo una ocupación, no se realiza con la aprehensión efectiva. Para los efectos legales, **es inventor del tesoro el primero que lo ha hecho visible,** aunque otro que lo vea también se apodere del tesoro antes, *corpore*<sup>57</sup> (Se subraya y

---

<sup>57</sup> Luis Claro Solar. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Vol. III. T. 7. Op. cit, pág. 81.

-  
Análoga anotación, de cara al derecho chileno, efectúan los autores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, toda vez que ponen de presente que “El dominio del tesoro se adquiere por el solo hecho del descubrimiento, aunque el descubridor no se apodere de él. No exige el Código Civil una aprehensión real; se contenta con una aprehensión presunta”. Derecho civil. Los bienes y los derechos reales. Imprenta Universal, Santiago, S/F, pág. 278. Cfme: Luis Guillermo Velásquez, Bienes, Temis, Bogotá, 1998, pág. 216, quien puntualiza que “si alguien descubre un tesoro y pospone su aprehensión material no vemos inconveniente para considerar su adquisición por ocupación mediante el mecanismo de la aprehensión presunta”.

-  
En el derecho francés, de vieja data, en concreto en el propio ámbito de la conocida Escuela de la Exégesis, el doctrinante F. Laurent, categóricamente señaló que “Es el hecho de encontrar el tesoro el que constituye la ocupación en esta materia; el inventor no tiene necesidad de aprehender la cosa para que se torne propietario”. Cours élémentaire de droit civil, Bruxelles, 1887, pág. 8. En sentido similar, los doctrinantes C. Aubry y C. Rau, siguiendo a Delvincourt y a Demolombe, acotan que “Se debe considerar como inventor al que, en primer lugar, ha podido ver el tesoro, así no lo haya aprehendido, así no lo haya visto sino en parte...”. Cours de droit civil français, T. X, L.G.D.J., Paris, 1869, pág. 242 (Se subraya). Igualmente, la doctrina del siglo XX se inclinó por esta misma postura. Vid. Georges Ripert y Jean Boulanger. Tratado de derecho civil, T. VI, La Ley, Buenos Aires, 1965, pág. 156.

-  
En el derecho italiano, es la regla, también la doctrina se inclina por no exigir la aprehensión en referencia. Es así como el doctrinante S. F. Galgano, en los albores del pasado siglo, puso de relieve que respecto de las cosas que conforman un tesoro “...no es necesario que el inventor se apropie materialmente de las mismas, *corpore*”. Del acquisto del tesoro o del requisito del nascondimento nella tradizione storica en el diritto vigente, Op. cit., pág. 9. Cfme: Massimo Bianca. Diritto civile, La proprietà, Op. cit., pág. 343.

-  
En el derecho español, a su turno, el autor Fernando Pantaleón Prieto, observa que “La adquisición de la propiedad... se produce en el momento mismo de su descubrimiento, sin necesidad de que se tome posesión del mismo. Se descubre el tesoro en el sentido de la ley, cuando se hace visible (deja de estar oculto), o se revele públicamente su existencia y

resalta). También Guillermo Cabanellas, en su conocido Diccionario Jurídico, refiere que “El tesoro oculto se adquiere por ocupación, pero en la práctica, **más que por el apoderamiento manual del mismo, el derecho se atribuye por la prioridad en dar con él, por verlo y nombrar el hecho o el objeto, aún con imprecisión, aunque otro lo toque primero**”<sup>58</sup> (Se destaca).

-  
Es en atención a la diferencia reinante entre descubrimiento y aprehensión física, que se suele aludir a un trinomio secuencial, integrado por tres grandes momentos. “El primer momento es aquel en que el tesoro está en las vísceras de la tierra. En este primer momento no pertenece a nadie...El segundo momento es el del descubrimiento..., se debe afirmar que una mitad *ipso jure* corresponde al propietario del fundo... Si el tesoro tiene un propietario nada más ser descubierto, no puede decirse del mismo modo que tenga un poseedor...El tercer momento, en fin, comienza con la ‘aprehensión’ del tesoro, ‘*apprehensio rei*’,...”<sup>59</sup>.

---

exacta ubicación (deja de ser ignorado)...”. Comentario Código Civil, art. 351, Madrid, pág. 986, e I. Sierra Gil de la Cuesta, Comentario a los artículos 351 y 352, en Comentarios al Código Civil, Barcelona, Bosch, 2000.

-  
En el derecho argentino, a su vez, la referida conclusión deviene inalterada, puesto que como lo expresa el profesor Guillermo Borda, al amparo del artículo 2554 del C.C., inspirado en la doctrina francesa (Aubry y Rau y Zachariae), “Descubridor del tesoro es el primero que lo hace visible, aunque sea sólo en parte; para adquirir derechos de tal no es necesario tomar posesión del tesoro... No se pierde el derecho exclusivo del descubridor por la circunstancia de que otras personas hayan estado trabajando en el mismo lugar” (Manual de derechos reales, Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 174 y 175, Se subraya).

-  
Lo propio tiene lugar en el derecho peruano, según lo avala el Dr. Gunther González Barrón, quien expone que “...al momento del descubrimiento se produce la adquisición de la propiedad por parte del descubridor, así como del dueño del suelo donde se le encontró” (Derechos reales, Jurista Editores, Lima, 2005, pág. 633).

<sup>58</sup> Guillermo Cabanellas. Diccionario enciclopédico de derecho usual. T. VIII. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981, pág. 59.

<sup>59</sup> Nicola Taraschi. Appropriazione del tesoro, referido por José Luis Moreau Ballonga, Ocupación, hallazgo y tesoro, Op. cit., pág. 267. En sentido similar, en forma no menos clara y pertinente, el profesor Francesco Ferrara expresa que “...el querer exigir esencialmente en todo caso que el hallazgo del tesoro deba consistir en un material

-  
6. Ahora bien, se entiende por descubrimiento, según el Diccionario de la Academia Española, el "hallazgo, encuentro, manifestación de lo que estaba oculto o secreto o era desconocido".

Esta distinción aflora nítida en el Código Civil, que también le da el tratamiento de tesoro a los efectos preciosos escondidos en predio ajeno, cuyo lugar de ubicación es referido por un tercero que no prueba derecho sobre ellos. Así emerge de los artículos 702 y 703 del Código Civil, normas según las cuales, tratándose de "dinero o alhajas" escondidas en una herederad o edificio, respecto de los cuales una persona "señalare el paraje en que están escondidos", pero no probare "el derecho sobre dichos dineros o alhajas", podrán considerarse "como tesoro encontrado en suelo ajeno, según los antecedentes y señales". De allí que la última de las citadas disposiciones precise que, en dicha hipótesis, "se dividirá el tesoro por partes iguales entre el denunciador y el dueño del suelo" (Se resalta).

-  
7. Por consiguiente, desde una perspectiva jurídica, surge así con claridad que el derecho a un tesoro no se adquiere única o exclusivamente cuando media descubrimiento físico o material de los efectos preciosos, sino también cuando se precisa o determina el lugar donde estos se encuentran, aunque no hayan sido extraídos y determinados con exactitud (*posterius*). Con otras palabras, ser descubridor, *stricto sensu*, o denunciador, es circunstancia suficiente para reconocer, en quien ostente una u otra calidad, derecho de dominio sobre el tesoro. El apoderamiento, en sí mismo considerado (*apprehensio rei*), únicamente conferirá posesión o tenencia, según el caso, pero la propiedad, *ex ante*, se habrá consolidado desde el momento mismo del descubrimiento o la denuncia, en sentido lato. Como bien lo manifiesta el

---

desvelamiento de un objeto hasta entonces escondido, que sale a la luz por obra del descubridor, es un concepto demasiado estrecho y unilateral de 'descubrimiento'...La 'inventio thesauri' no debe consistir necesariamente en una excavación o desenterramiento en desarrollo del cual se extrae el tesoro; es cierto que es esta la idea más popular y común de descubrimiento, pero no es la que corresponde a la realidad jurídica". Il carattere della scoperta nell'aquisto del tesoro, en Il foro italiano, Vol. XXXII, 1907, Roma, pág. 55.

doctrinante italiano Domenico Barbero en punto tocante con la pretendida "aprehensión de la cosa", para efectos de la configuración de la figura del tesoro, "...basta el descubrimiento para atribuir su propiedad: Con tal, se entiende, que la cosa, aunque no quitada de su puesto, sea susceptible de serlo y se la quite después, incluso por otra persona"<sup>60</sup>.

-

Cumple destacar que esta precisión es inherente a la posibilidad, reconocida en la ley, de encontrar un tesoro en predio ajeno, desde luego con la aquiescencia de su dueño. Si el legislador prohibiera la búsqueda de tesoros por terceros, no habría necesidad de hacer la referida distinción, pues, al fin y al cabo, si el propietario halla un tesoro en su heredad, no tiene que denunciarle su hallazgo a nadie. Pero como es posible que sea una persona distinta del propietario del suelo el que halle el tesoro, bien por casualidad, bien porque medió permiso, es por lo que el legislador habla de denuncia, como quiera que el inventor tiene el deber de informarle al dueño del suelo, que ha encontrado un tesoro, habida cuenta de la copropiedad que surge, por ocupación especial, respecto de los bienes que lo componen.

-

Pero así como la denuncia protege el derecho al tesoro del dueño del suelo (*dominus loci*), así también ampara los derechos del "denunciador", del "descubridor", quien será dueño de la mitad de aquel, en virtud del "descubrimiento" (*iure inventionis*). Lo contrario, esto es, afirmar que los derechos de la persona que descubre un tesoro en predio ajeno, sólo nacen en el momento en que este es materialmente extraído, conduce a generar un evidente desequilibrio en la relación jurídica que existe entre el denunciador y el propietario del terreno, en la medida en que aquél quedaría sujeto a éste, quien podría aprovechar su dominio sobre el bien, en desmedro del inventor, entre otras hipótesis más.

-

---

<sup>60</sup> Domenico Barbero. Sistema del derecho privado. Vol. II. E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, págs. 283 y 284. Como lo recuerda Francesco Gazzoni, "El descubrimiento se configura como un mero hecho jurídico", con todo lo que ello envuelve en este campo. Manuale di diritto privato, Napoli, 2004, pág. 236.

8. La diferencia a que se viene haciendo alusión, cobra especial importancia tratándose de tesoros hallados en lugares en los que, por las condiciones en que se encuentra oculto, es difícil que se produzca la exteriorización de los efectos preciosos, tanto más si para la extracción es necesario que el dueño, previamente, convenga en hacerlo.

-

Es el caso de los bienes náufragos, que pueden llegar a considerarse tesoros bajo ciertas y precisas condiciones, como ya se examinó, cuyo descubrimiento e identificación material plena no es posible sin mediar su extracción o recuperación del fondo de las aguas. Por eso el artículo 111 del Decreto 2349 de 1971, vigente para la época en que sucedieron los hechos discutidos en este proceso, establecía que "Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que **localice** en las aguas jurisdiccionales o en la plataforma continental especies náufragas que puedan contener elementos de valor histórico, científico o comercial, deberá **denunciar su descubrimiento** a la Dirección General Marítima y Portuaria **indicando las coordenadas geográficas en donde se encuentre**". De allí también que el artículo 112 del mismo Decreto, se refiera a "la forma de registrar los avisos" que se den en ese sentido y, de manera concreta, hable de "**la posición de cada hallazgo**", y que el artículo 113 le reconociera unos derechos de participación al "**denunciante... sobre el producto bruto de los tesoros o antigüedades en caso de que se recuperen**" (Se resalta), norma ésta que si bien fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de febrero de 1975, porque el Presidente de la República, en desarrollo de la ley de facultades, no podía "crear ciertos derechos de particulares o del Estado" por "las denuncias sobre presas marítimas", de suerte que no había lugar a "señalar los porcentajes que a ella-la Dirección-y al denunciante corresponden", es, en todo caso, elocuente en el sentido de indicar, de una parte, que los bienes a que hacían alusión tales disposiciones, eran tesoros y, de la otra, que una cosa es la denuncia de un tesoro y otra su recuperación, un típico *posterius*.

-

La misma precisión conceptual se impone en relación con el Decreto 655 de 1968, cuyos artículos 2º y 3º fueron recogidos-literalmente-en los ya señalados artículos 111 y 113 del Decreto 2349 de 1971; la Resolución 0148 de 10 de marzo de 1982, por medio de la cual la Dirección General Marítima y Portuaria modificó el Manual de Procedimiento de las Capitanías de Puerto, según la cual, "La compañía concesionaria está en la obligación de denunciar los **descubrimientos** de tesoros o antigüedades que efectúe,..." (artículo VIII; se subraya y se destaca); los Decretos 12 y 2324 de 1984, así como en las Leyes 26 de 1986 (art. 5º) y 397 de 1997, la última de las cuales establece en el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 9º, relativo al patrimonio cultural sumergido, al que pertenecen "las especies náufragas no rescatadas", que "Si en ejercicio de la autorización se produjere un hallazgo, **deberá denunciarse** el mismo ante tal Dirección, con el fin de que ésta acredite **como denunciante** a quien lo haya hecho", y que "si como consecuencia de la **denuncia** se produce el **rescate** en las coordenadas geográficas indicadas por el denunciante, éste tendrá derecho a un porcentaje del valor bruto de las especies náufragas..." (Se resalta).

-

Es claro, pues, que el derecho a un tesoro se adquiere por su descubrimiento, *lato sensu*, y no por su aprehensión material o física (*corpus*), concepto dentro del cual igualmente se comprende la denuncia de su ubicación, aplicable para los hallazgos que se producen en terreno o espacio ajenos.

-

## **VI. El caso concreto sometido al escrutinio de la Corte.**

-

1. Determinado como está, en el ámbito del derecho patrio, el concepto de tesoro, así como sus elementos y características más salientes, al igual que los bienes que, por expreso mandato legal, están excluidos de su especial régimen jurídico y atributivo, evidencia la Corte la incursión por parte del Tribunal en un error jurídico que, en lo pertinente, ocasionará el quiebre de su fallo, por tornarse trascendente, razón por la cual, *ab initio*, se ocupará de él y, por tanto, de definir sus potenciales efectos.

-

a) El a quo resolvió el litigio, se memora, declarando que "le pertenecen en común y proindiviso, por partes iguales (50%) a la Nación Colombiana y a la sociedad Sea Search Armada, los bienes de valor económico, histórico, cultural y científico que tengan la calidad de tesoros que se encuentren dentro de las coordenadas y áreas aledañas referidas en el 'REPORTE CONFIDENCIAL SOBRE EXPLORACIÓN SUBMARINA' en el Mar Caribe de Colombia presentado por la sociedad Glocca Morra Company, de fecha 16 de febrero de 1982, el cual hace parte de la resolución número 0354 del 3 de junio de 1982 de la Dirección General Marítima y Portuaria...".

-

Al respecto, entre otros razonamientos, expresamente adujo la inaplicabilidad al caso sometido a su conocimiento de la Ley 163 de 1959, por cuanto al haberse indicado en su artículo 1º, que la misma versaba sobre el patrimonio histórico y artístico nacional que se hubiere conservado "en la superficie o en el subsuelo nacional", ella sólo comprendió los bienes que integran ese patrimonio, existentes en la superficie o en el subsuelo de la zona continental de la Nación, sin que, por tanto, la protección brindada abarcara los bienes disputados, habida cuenta de hallarse en el fondo del mar.

-

El Tribunal, a su turno, confirmó la sentencia de primer grado, sin ocuparse expresamente de analizar la aplicación en el *sub lite* de la mencionada ley, lo que indica que hizo suyos, o por lo menos, que avaló, las conclusiones que sobre el particular efectuó el juzgado del conocimiento, tanto que literalmente manifestó en la parte resolutive de su fallo que "En razón de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla,... RESUELVE:... 3) Confirmar, en su totalidad, la sentencia de fecha seis (6) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994)..." (fl. 211, cd. 9).

-

b) Así las cosas, se constata que al confirmar el *ad quem* la aludida y transcrita decisión adoptada en primera instancia, en la que se reconoció dominio de la demandante, en cuota de un 50%, sobre los bienes "de valor

económico, histórico, cultural y científico que tengan la calidad de tesoros que se encuentren dentro de las coordenadas y áreas aledañas referidas en el 'REPORTE CONFIDENCIAL SOBRE EXPLORACIÓN SUBMARINA'...", sin parar mientes en el argumento del juzgado encargado del litigio, relativo a la indicada inaplicabilidad de la Ley 163 de 1959, vulneró con ello la misma, pues desconoció que su artículo 14 , *in toto*, excluyó del régimen jurídico del tesoro, los "monumentos muebles" allí mismo definidos.

-

c) Quedó dilucidado por la Corte, en relación con la citada Ley 163 de 1959, que la protección en ella consagrada recayó en la totalidad de los bienes que, según su artículo 1º, integran el "patrimonio histórico y artístico nacional", entre ellos, muy especialmente, los "monumentos muebles" de que trata su artículo 7º, independientemente del sitio donde se encuentren, esto es, ya sea que se hubieren conservado en la superficie del territorio continental o en el subsuelo del mismo, o en el suelo o subsuelo de las aguas interiores o marinas, incluidas las archipelágicas, y que, por ende, cuando en su artículo 14 se estableció que "No se consideran en el artículo 700 del Código Civil los hallazgos o invenciones consistentes en monumentos históricos o arqueológicos, los cuales estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley", el legislador, *ex professo*, excluyó del gobierno del *thesaurus*, sin distingos o excepciones, dicho patrimonio o, más exactamente, la totalidad de esos bienes, de lo que se desprende que ninguno, encuéntrese donde se encuentre, puede ser considerado o sometido al régimen del tesoro y, menos aún, susceptible de apropiarse por esa especial forma de adquisición *ex dominum*, proscrita para la señalada tipología *extra commercium*, materia de celosa protección, no sólo en Colombia, sino en el ámbito internacional, lo que se constituye en una inequívoca y arraigada constante, no exenta de efectos jurídicos, como se anotó. No en vano, se tiene establecido la primacía de caros y superiores intereses de estirpe colectiva y pública, como tales llamados a primar sobre los de índole particular o privada.

-

d) Cabe insistir en que la previsión del referido artículo 14 de la Ley 163 de 1959, conforme se anticipó, está en plena consonancia con la tendencia internacional con arreglo a la cual los bienes con significación histórica o cultural están sujetos a un régimen legal especial, que propende, en líneas generales, por impedir su apropiación por los particulares y por excluirlos del comercio, propósito que respondió a los avances que en el campo del derecho internacional se habían logrado y que aparece tatuada en la Exposición de Motivos de la ley para Primer Debate ante la Cámara, donde se puntualizó que el proyecto tuvo como origen el elaborado por el Ministerio de Educación Nacional en 1944 y 1945, del cual "el Instituto Colombiano de Antropología ha hecho una completa revisión... con el objeto de ponerlo a tono con las verdaderas necesidades del país en este particular y con lo dispuesto en las convenciones internacionales suscritas por Colombia en relación con la defensa y salvaguarda de estas reliquias culturales" (Se subraya).

-

e) La evidente falta de aplicación, por parte del Tribunal, de la Ley 163 de 1959, en particular de su mencionado artículo 14, en el caso sometido a su composición, lo condujo, por la confirmación que hizo de las decisiones del *a quo*, a atribuir a la totalidad de los bienes descubiertos, generalizadamente, la calidad de tesoros y a reconocer en cuanto a ellos, derecho de dominio a favor de la demandante, incluidos los "de valor..., histórico [y] cultural...", los cuales, se itera, están categóricamente excluidos de ese especial régimen jurídico y, por el contrario, sometidos al previsto en la memorada ley, aplicable para la época en cuestión.

-

Expresado en términos más concisos, el yerro del Tribunal estribó en haber desconocido que, en desarrollo de lo estatuido por el artículo 14 de la Ley 163 de 1959, cuando se reconoció a la cedente de la demandante la calidad de denunciante de tesoros, que aquella transmitió a ésta (Resolución DIMAR No. 0354 de 3 de junio de 1982), la noción y alcances del instituto del tesoro no correspondía a la idea original o primigenia plasmada en el artículo 700 del Código Civil, de ninguna manera irrestricta, por cuanto el precepto

primeramente mencionado, excluyó de él los bienes conformantes del patrimonio histórico, cultural, artístico o arqueológico nacional, en particular, los "monumentos muebles" establecidos en el artículo 7º de la citada ley, dueños de una regulación propia, disímil a la prevista en el Código Civil para el tesoro, circunstancia ésta que explica que el juzgador no podía-como lo hizo-conferirle la calidad de *thesaurus* a un haz de bienes que, *ministerio legis*, no son, ni podían ser tales, habida cuenta que esta institución, en la hora de ahora, es refractaria y, por contera, no cobija a los bienes de "de valor... histórico [y] cultural", objeto de especial y esmerada protección legislativa, no sólo por la señalada ley de 1959, sino por normas posteriores, incluso de linaje constitucional, entre otros, los artículos 70 y siguientes de la Carta Política y los Decretos 1397 de 1989 y 833 de 2002, los que igualmente excluyen del instituto del tesoro este tipo de bienes.

-

f) El mencionado alcance puntual del error denunciado y comprobado en el proveído recurrido en casación, impone a la Corte continuar con el estudio de las restantes acusaciones contenidas en los cargos que se auscultan, pues con ellas las recurrentes buscan la infirmación plena de la declaración de dominio efectuada, por vía de confirmación, por el Tribunal a favor de la actora. Igual prédica cabe en relación con la acusación elevada por ésta.

-

2. Con ese confesado propósito, corresponde ahora precisar que en estas censuras, planteadas como fueron por la vía directa, como resulta pertinente, ninguno de los recurrentes discutió puntualmente los siguientes hechos, los que entonces permanecen intangibles para esta Corte:

-

a) En primer lugar, que la Dirección General Marítima y Portuaria, mediante Resolución No. 0048 de 29 de enero de 1980, autorizó a la sociedad *Glocca Morra Company Inc.* para adelantar exploraciones submarinas "con el objeto de establecer la existencia de especies náufragas, tesoros o cualquier otro elemento de valor histórico, científico o comercial" dentro de ciertas áreas, las cuales fueron ampliadas por solicitud de *Glocca Morra Company*, como

cesionaria de los derechos de aquélla, a través de la Resolución No. 066 de 4 de febrero de 1981. La vigencia de dichos actos administrativos fue prorrogada en dos ocasiones sucesivas por tres meses cada una, mediante las Resoluciones No. 0025 de 29 de enero y 249 de 22 de abril, ambas de 1982 (fls. 62 a 70, cd. 1-II; 636, 637, 648 y 649, cd. 1-III).

-

b) En segundo lugar, que el 18 de marzo de 1982, la sociedad *Glocca Morra Company* denunció el "hallazgo de un tesoro o especie náufraga", que "se encuentra consignado en el reporte 'Confidencial sobre la exploración submarina' de fecha 26 de febrero de 1982, en el que se expresó que luego de explorar varios objetivos durante la Fase Uno, en la siguiente-Fase Dos-, se hizo énfasis en varias áreas "caracterizadas por la presencia de lo que parecía ser escombros que consistían de madera y despojos u objetos que no parecen tener un origen natural en el suelo marino (sic)", "montones de madera" que "fueron examinados y se les tomó muestras por medio del vehículo TREC operado a control remoto (robot)", para luego precisar que el "Análisis de muestras recuperadas por el TREC indica que la madera podría tener una fecha de origen en el orden de 300 años", y que "los montones de madera ocurrieron en una zona extendida que podría cubrir un área de una milla de largo" (fls. 71, cd. 1-II; 658 a 670, cd. 1-III).

-

Más adelante, el informe señala que "un gran objetivo fue registrado por medio del Sonar Lateral a bordo del *Auguste Piccard*", el cual "tiene la apariencia de un gran afloramiento rocoso o arrecife que está cubierto por una capa delgada de sedimento y una comunidad diversa de cultivo marino", puntualizando que, pese a ello, "tiene varios rasgos que no es natural del suelo marino" y que "una anomalía magnética definida... fue registrada en travesías por y sobre el objetivo". Extraídas de allí varias "muestras de madera, fueron analizadas y se declaró que tenían años en exceso de 300 años", todo lo cual permitió afirmar la "presencia de objetos hechos por el hombre (madera)" y concluir "que objetos en algunos lugares son parte de un naufragio o naufragios en el suelo marino" (fls. 667 a 669, cd. 1-III).

-  
c) En tercer lugar, que dicho reporte confidencial fue corroborado por los informes rendidos por integrantes de la Armada Nacional al Director General Marítimo y Portuario de 31 de octubre de 1983 (fls. 733 a 758, cd. 1-III) y 29 de septiembre de 1988 (fls. 699 a 722, cd. 1-III), en donde se describen detalladamente las labores de ubicación del hallazgo y se precisa el lugar donde se encuentra.

-  
En el primero de tales informes, adicionalmente, se expresó: que "Las muestras de madera encontradas y coral con restos de metal (...) indican que bajo la gruesa capa de coral del blanco principal, efectivamente hay un posible naufragio"; que "Se inspeccionó y se filmó con cámara de T.V. color el Galeón a todo lo largo,..."; que con ayuda del "WASP" se "llegó al fondo a la altura de mediacubierta" y se "verificó el Galeón en toda su longitud... que tiene sobre 100' de eslora hay sedimentos en toda la parte plana superior. La popa es bien definida, claramente cuadrada o rectangular, toma su tiempo recorrerla"; que se recogieron "algunas muestras metálicas", así como de "madera", entre ellas dos de "color café oscuro, la más grande puede ser obra de la mano del hombre"; que se encontraron "definitivamente restos de madera y metal", estableciéndose sobre los primeros que "se nota que es trabajada por el hombre" y sobre los segundos que "Al inspeccionar detenidamente algunas de las piedras de coral recuperadas, se encontró que dos de estas contienen pedazos de metal"; y que "Se localiza el posible cañón", sin lograrse su efectiva recuperación por problemas técnicos.

-  
En el segundo, se detalló: que "se logró la ubicación de los restos de un naufragio"; que igualmente se pudo "sacar un pedazo de madera que se encontraba alrededor del hallazgo; esta madera evidencia largo tiempo de permanencia en el mar"; que "Se encontró un objeto que por su forma simula la apariencia de un cañón, el que se encuentra totalmente cubierto de coral y al ser golpeado por el R.O.V. se nota que es de una constitución sólida. Haciendo una observación detallada con el R.O.V. se observa una parte que

parece ser boca con un hueco en el centro, el brazo del R.O.V., penetró unos cmts. Más adelante se encontró otro objeto de forma definida con un hueco en uno de sus extremos, por el cual se introdujo nuevamente el brazo del R.O.V.,..."; que se "trató de recuperar una pieza que pudo ser fácilmente removida del fondo, mostrando no tener mucho pero lo que al parecer es una pieza de cerámica; desafortunadamente al ser izada se soltó del R.O.V..."; que igual se extrajo "una pieza de madera de unos 0.50 mts. De largo por un 10 mts. De ancho, con una de las caras en forma semicircular y la otra aplanada, pero con evidencia de haber sido separada en forma violenta. En esta cara presenta hacer (sic) uno de sus extremos un canal en madera tiene un aspecto esponjoso, lo que demuestra una larga permanencia dentro del agua y su color es marrón oscuro, que concuerda con las piezas de madera anteriormente encontradas".

-

d) Finalmente, que ante la referida denuncia, la Dirección General Marítima y Portuaria expidió la Resolución No. 354 de 3 de junio de 1982, en la que dispuso "Reconocer a la sociedad *Glocca Morra Company*... como denunciante de tesoros o especies náufragas en las coordenadas referidas" en el aludido reporte (fl. 71, cd. 1-II).

-

3. Así las cosas, si esta es la plataforma fáctica del litigio que le sirvió de báculo a la sentencia cuestionada, la que no disputan los recurrentes, como es propio de la vía directa, deviene claro que el Tribunal, sin perjuicio de haberse develado el yerro precedente, de suyo con plena vocación casacional, no incurrió en los restantes errores jurídicos que se le atribuyen, como pasa a explicarse.

-

En efecto, más allá de la problemática de orden técnico que en un momento dado pudiese endilgarse a las censuras, en las que se entrelazan algunas discusiones netamente jurídicas con discrepancias en el campo probatorio, es lo cierto que en ellas, tanto la Nación como el Ministerio Público, en lo que resulta neurálgico y, por tanto, determinante en casación, disputan la referida

calificación jurídica de los bienes denunciados como tesoro, por cuatro motivos fundamentales, a saber: el primero, que se trata de bienes muebles cuyo dueño se conoce; el segundo, que no ha mediado apoderamiento, ni aprehensión física de ellos; el tercero, que no ha habido descubrimiento; y el cuarto, que no se trata de bienes sepultados o escondidos por voluntad del hombre.

-  
a) En cuanto al primero, afirman los recurrentes que las joyas, monedas, barras de oro, piezas de orfebrería y de arte religioso que se encuentren en el Galeón o embarcación en cuestión, objeto de hundimiento, no eran *res nullius*, pues "se sabe pertenecieron y fueron propiedad de la Corona Española..., o en todo caso, producido el naufragio, la Corona Española tenía la jurisdicción sobre el suelo marino, y a ella correspondían tales bienes", los cuales, tras el proceso de independencia, pasaron "a formar parte del haber de la República", como se dispuso en la Constitución de Cúcuta de 1821 (fls. 123 y 124, cd. 13).

-  
Sobre el particular, ya se dijo en párrafos anteriores-a los que se remite la Corte-que el tema de la propiedad en el tesoro no se concreta a establecer si los bienes califican como *res nullius*, requisito éste inherente a la ocupación, aún tratándose del hallazgo, pero que no caracteriza o determina la figura jurídica del tesoro, que es una especie de invención, dueño de una singular arquitectura, a la par que naturaleza, entre otras razones, porque la noción consignada en el artículo 700 del C.C., presupone que sobre los efectos preciosos se ejercía dominio, sólo que no existe "memoria ni indicio de **SU dueño**" (Se destaca)<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> En este sentido, como lo memora el autor Alfonso Agudo Ruiz, quien se refiere a lo manifestado por Pacchioni, conforme al cual el tesoro no es una cosa "...*res nullius*; y no lo es porque no se considera abandonada, sino sólo depositada por quien fue su propietario. No es una *res derelictae*, es una cosa depositada de la que no se puede afirmar su propietario, pero que viene considerada como si no tuviera dueño, por la casi certeza de que el propietario no aparecerá. El tesoro no es, en sentido estricto, una *res nullius*...". Régimen jurídico del tesoro en derecho romano, Op. cit, pág. 51. En este sentido, el profesor Pietro Bonfante le confiere al tesoro la calidad de "*res nullius* de naturaleza especial". La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto del tesoro, Op. cit, pág. 904.

-

De manera, pues, que no luce afortunado cuestionar la sentencia sobre la base de afirmar que para ser tesoro, debe tratarse de cosas que no tengan propietario, exigencia que, como tal, esto es, en los términos expresados en la censura, no aparece formulada en el derecho patrio. Cosa distinta es que por la antigüedad del descubrimiento y, en general, por no existir rastro del probable dueño, se considere que éste es inexistente-o inhallable en opinión de otros-.

-

En concreto, los impugnantes censuran la sentencia porque, a su juicio, las antigüedades náufragas son de la Nación, lo cual sustentan, de una parte, en que así lo dispuso la Constitución de 1821, al establecer que pertenecían a la República los bienes que antes eran del dominio de la Corona Española y, de la otra, en que esa propiedad fue confirmada en el artículo 202 de la Constitución de 1886; en las Leyes 14 de 1936; en el Decreto 655 de 1968; en los artículos 63, 70 y 72 de la actual Constitución Política y en los artículos 4 y 9 de la Ley 397 de 1997 (lo tocante con la Ley 163 de 1959, se memora, ya se analizó).

-

A este respecto, encuentra la Corte que no le asiste razón a las censuras, por las siguientes razones:

-

a.1) En lo que atañe a las disposiciones de la Constitución de 1821, ninguna de las cuales expresa o directamente se cita, baste decir que sólo el artículo 6º precisó que "El territorio de Colombia es el mismo que comprendían el antiguo Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela". Se trata de una norma que se justifica desde la perspectiva del derecho internacional público, en la medida en que concretó-*uti possidetis*-uno de los elementos esenciales del naciente Estado, como era el espacio geográfico sobre el cual ejercía dominio. De allí que no se pueda aplicar extensivamente esa regla a la adquisición de la propiedad-*stricto sensu*-sobre los bienes en general, y menos aún sobre los muebles, que son los que interesan para este caso.

-

Por eso tampoco se puede invocar el apellidado dominio eminente como justificativo de la propiedad de la Nación sobre los efectos descubiertos, pues ese concepto, consagrado en el artículo 102 de la Constitución de 1991, es inherente a la soberanía misma y refiere más al poder que tiene el Estado sobre su territorio para regularlo autónomamente, sin que guarde relación con el derecho real de propiedad propiamente dicho, en la medida en que esa clase de dominio únicamente "se traduce en la facultad de gestión, administración y conservación de todos los bienes de uso público, como en el control de uso y apropiación que los particulares pueden hacer de ellos"<sup>62</sup>. Afirmar que por gracia del dominio eminente, le pertenecen a la Nación colombiana todos los efectos preciosos sepultados o escondidos con anterioridad al proceso de independencia, en el entonces Virreinato de la Nueva Granada, amén de desconocer que ese concepto no es equiparable al derecho de propiedad, en estrictez, implicaría afirmar que, en Colombia, de por sí, no pueden existir tesoros que hayan sido "depositados" antes de la independencia, lo cual riñe con la *praxis*, con la realidad jurídica.

-

A lo anterior se agrega que esta acusación en particular, tiene como punto de partida que los bienes descubiertos, eran de propiedad de la Corona Española, hecho este que ni fue afirmado por el Tribunal, ni aparece acreditado en el proceso, como correspondería en el marco de las instancias. Y ello es de capital importancia porque si los cargos en casación-que no en el juzgamiento efectuado por los juzgadores de primer y segundo grado-vienen perfilados por la vía directa, no se puede entonces, discrepar de la visión que tuvo el juzgador sobre los hechos, como se mencionó con anterioridad.

-

Al fin y al cabo, ha sido doctrina reiterada de esta Sala que cuando el impugnante "opta por la vía directa, no le será dable proponer su propia versión de los hechos, pues con tan peculiar manera de configurar el cargo no hará otra cosa que exhibir su discrepancia con la fundamentación fáctica de la

---

<sup>62</sup> [Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve. Derecho civil. Derechos reales. Temis, Bogotá, 1996, pág. 134.](#)

misma” (Sentencia 035 del 17 de agosto de 1999). Por consiguiente, si el Tribunal, al reconocer que aquellos calificaban como tesoro, sostuvo que su dueño no era conocido, el argumento de los recurrentes constituye una franca disputa de la posición fáctica que adoptó el *ad quem*, que haría que la acusación no se estimase bien estructurada con las secuelas de rigor.

-

En cualquier caso, debe resaltarse que la censura no explica por qué los referidos bienes eran real y efectivamente de propiedad de la Corona Española, pues si bien en ella se hace tal afirmación, ningún respaldo se ofreció a la misma, quedando huérfana de todo sustento, el que no estable inferir, intuir, deducir o considerar implícito, justamente por lo que esta temática supone. Se trata de una aseveración que, con independencia de la problemática técnica señalada, carece de específica demostración. Más aún, en el expediente tampoco milita prueba en ese puntual sentido: ni testigo que haga memoria de esa circunstancia, ni indicio que revele que, ciertamente, eran de España los efectos transportados. Y es claro que en materia tan delicada, no podían los jueces remitirse a lo que narra la historia (relatos, escritos, novelas históricas, literatura mercante, bélica etc.), por apasionante épica o legendaria que fuera, no sólo porque las decisiones judiciales deben fundarse en pruebas-propiamente dichas-regular y oportunamente recaudadas (art. 175 C.P.C.), sino también porque la garantía constitucional a un debido proceso impide que la sentencia se soporte en el conocimiento privado que tenga o crea tener el juez sobre un determinado acontecimiento histórico, de ordinario no exento de controversia y hesitación, máxime cuando lo escoltan varias centurias.

-

a.2) En lo que respecta al artículo 202 de la Constitución de 1886, de su texto tampoco se puede colegir que los bienes litigados le pertenecen inexorablemente a “la República de Colombia”. En dicha norma únicamente se hizo alusión a “Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886”; a “Los baldíos, minas y salinas...” y a “Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional”. No es de recibo, por tanto,

deducir que ella atribuyó a la Nación el dominio de objetos muebles existentes en el fondo del mar, por razón del naufragio de naves. A este respecto, ninguna alusión hizo el precepto, ni de su contenido, fiel y cabalmente, puede arribarse a esta conclusión. Siendo ello así, no pudo el Tribunal quebrantar la referida disposición.

-

a.3) Ahora bien, en cuanto a la Ley 14 de 1936, sin perder de vista que la Nación no precisó, como tenía que hacerlo, cuál de sus artículos habría sido infringido, circunstancia que traduce la insatisfacción de la exigencia consagrada el numeral 3º del artículo 374 del C.P.C., basta señalar que dicha ley no estableció que eran de propiedad de la Nación los allí denominados "monumentos muebles" y que mediante ella, únicamente se "autorizó la adhesión al Tratado sobre la protección de muebles de valor histórico", cuyo propósito es "el conocimiento, la protección y conservación de los monumentos muebles precolombinos, coloniales y de la época de la emancipación y de la República".

-

a.4) En cuanto atañe a los artículos 3º y 9º del Decreto 655 de 1968, publicado el 21 de agosto de 1970, es del caso advertir que, en esencia, todas sus disposiciones y, particularmente, la primera aquí mencionada, fueron incorporadas, casi literalmente, en el Decreto Ley 2349 de 1971.

-

Al efecto, baste observar que el primero de esos mandatos refería que "El denunciante que hubiere sido aceptado mediante resolución de la Dirección de Marina Mercante Colombiana debidamente ejecutoriada, se le reconocerá por ese solo hecho, una participación del 5% sobre el producto bruto de los tesoros o antigüedades en caso de que se recuperen como más adelante se determinará". Por su parte, el Decreto Ley 2349 de 1971, en su artículo 113, consagraba que "Al denunciante que hubiere sido aceptado como tal por la Dirección General Marítima y Portuaria se le reconocerá un porcentaje del 5% sobre el producto bruto de los tesoros o antigüedades en caso de que se recuperen".

-

De otra parte que, como se anticipó, el simple cotejo de los artículos del Decreto 655 de 1968 con los de la "QUINTA PARTE", tocante con "Especies náufragas", del Decreto Ley 2349 de 1971 (arts. 110 a 121) denota la similitud-o simetría básica-de ambas normatividades, de donde no queda duda que toda la materia reglamentada por la primera de tales legislaciones quedó a cabalidad comprendida en la segunda.

-

Siendo ello así, forzoso es colegir, por tanto, que el citado Decreto 2349 sustituyó y dejó sin efectos el 655 de 1968, puesto que como lo enseña el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería" (Se subraya).

-

La Corte, al respecto, tiene dicho que "Con apoyo en los artículos 71 y 72 del Código Civil leídos en armonía con el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 bien puede decirse que en el sistema jurídico imperante en el país acerca de la cesación definitiva de los efectos de la ley por virtud de la vigencia de otra dotada del rango necesario, esa cesación puede ser expresa o directa y tácita o indirecta, siendo posible que a su vez esta segunda modalidad revista el carácter de derogación tácita en sentido estricto o tenga expresión en la llamada 'derogación orgánica' que, como tuvo ocasión de volverlo a puntualizar no hace muchos años la doctrina jurisprudencial (G. J. T. CLXXVI, pág. 16), sucede '...cuando una ley nueva regula íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería...', se funda en que '...si el legislador ha disciplinado toda la materia regulada por una norma precedente, forzoso es suponer que ha partido de otros principios directrices...' y por consiguiente no resulta tarea sencilla establecerla con la indispensable exactitud, habida cuenta que '...el determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende, no tanto del mayor o menor número de disposiciones que contenga en relación con la antigua, sino de la intención revelada por el

legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia , aunque en realidad no haya específica incompatibilidad entre éstas y las de la ley anterior...” (CCXVI, 185).

-

Tal apreciación respecto del decreto invocado por los recurrentes para apoyar sus censuras, en lo que concierne con el tópico ahora auscultado, descarta el acogimiento de las mismas, pues es lo cierto que para 1982, cuando la DIMAR reconoció a la *Glocca Morra Company* como denunciante del hallazgo que efectuó (Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982) en virtud de la previa autorización para efectuar exploraciones en el Mar Caribe que se le confirió, tal legislación en virtud de su derogación era inexistente y, en consecuencia, mal podía reclamarse su aplicación para dilucidar la situación aquí debatida, máxime cuando los hechos básicos generadores de la controversia acaecieron después de haber desaparecido del ámbito jurídico patrio el decreto en cuestión.

De todas maneras, si se admitiera, sólo en gracia de discusión, que el comentado Decreto 655 de 1968 se encontraba vigente para la época de los hechos fundantes de la acción civil de dominio de que se trata, habría que concluir que tal legislación, ello es fundamental, no le asignó a la Nación la propiedad de los “tesoros y antigüedades de todas clases que se hallen en buques hundidos en las aguas territoriales o en la plataforma continental submarina de la Nación”, como quiera que a ella sólo le otorgó “como participación... un 25%” en tanto que, con igual carácter, favoreció “al denunciante [con] un 5% y al contratista [con] un 70%, todo calculado sobre el producto bruto” (art. 6º), distribución que acompasa con los artículos 3º y 9º, únicos invocados en la acusación, según los cuales: “Artículo 3º. El denunciante que hubiere sido aceptado mediante resolución de la Dirección Marina Mercante Colombiana debidamente ejecutoriada, se le reconocerá por ese solo hecho, una participación del 5% sobre el producto bruto de los tesoros o antigüedades en caso de que se recuperen como más adelante se

determinará...”; “Artículo 9°. La participación del 5% que corresponde al denunciante, le será pagada en moneda nacional”.

-

Se suma a lo expuesto en precedencia, que con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Nacional<sup>63</sup> debe predicarse, en caso de que aún se estime vigente, la inaplicación de los artículos 3° y 9° del Decreto 655 de 1968, habida cuenta que con ellos, so pretexto del ejercicio de la facultad reglamentaria prevista en el artículo 120 ibídem, el Gobierno Nacional modificó el Código Civil, particularmente su artículo 701, al prever que al denunciante de tesoros hallados en el fondo del mar territorial o en la plataforma continental colombiana, debidamente reconocido como tal, le correspondería, “por ese solo hecho, una participación del 5% sobre el producto bruto de los tesoros o antigüedades en caso de que se recuperen...” (art. 3°), que debía pagarse en moneda corriente (art. 9°), cuando, de antiguo, el citado artículo 701 del Código Civil consagra que “El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento” (Se subraya), estableciendo así para el descubridor, no una participación en el tesoro, sino su dominio en la mitad, o el 50%, del mismo<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> La norma en cuestión reza: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

-

Sobre los alcances de tal precepto la Corte Constitucional ha señalado que “El valor normativo de la Carta Política trae aparejado dos fenómenos diversos: la derogatoria tácita de todas las disposiciones jurídicas de orden inferior que le sean contrarias (CP art. 4) y la inaplicación de aquellas manifiestamente incompatibles con el ordenamiento constitucional. En el primer caso, el juez verifica en el sistema de fuentes aplicable a la controversia, señalando las normas relevantes a su juicio, derogadas, sin necesidad de declaración judicial previa. Con todo si percibe incompatibilidad entre las disposiciones de inferior rasgo y la Constitución, puede, en virtud de la primacía de la segunda y el perentorio mandato del artículo 4 de la Carta Política, inaplicar las normas cuya incompatibilidad sea manifiesta” (Se subraya; T-098-1994).

<sup>64</sup> En su sentencia de 27 de febrero de 1975, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, al declarar “...INEXEQUIBLES los artículos 113, 116 y 118 del Decreto extraordinario

-  
Efectivamente, como el Decreto 655 es reglamentario, es preciso recordar que tanto en vigencia de la Constitución de 1886, como de la actual, aquellas materias cuya regulación no hubiere sido atribuida expresamente por la Carta a una determinada autoridad, en este caso al Gobierno, son de competencia del Congreso de la República, de conformidad con la cláusula general de competencia normativa. Tal la razón para que la Corte Constitucional, en la sentencia C-474 de 10 de junio de 2003, hubiere precisado que “La Constitución colombiana radica en el Congreso la cláusula general de competencia, tal y como esta Corte lo ha señalado en numerosas ocasiones (CP art. 150 ords. 1 y 2). Esto significa que en principio las reglas a las cuales se sujeta la sociedad son expedidas por el Congreso mientras que el Presidente ejerce su potestad reglamentaria para asegurar la debida ejecución de las leyes (CP art. 189 ord. 11)... Este reparto general de competencias normativas entre la ley y el reglamento no es casual ni caprichoso sino que responde a finalidades profundas,... Un examen de las competencias atribuidas expresamente al Gobierno y a otras autoridades constitucionales muestra que la Carta no atribuye a ninguna de ellas la regulación específica de la protección del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación, por lo cual, por cláusula general de competencia, dicha regulación corresponde al Congreso. Pero eso no es todo; esa conclusión se ve reforzada por numerosas disposiciones constitucionales que indican que la regulación del tema de la propiedad y del patrimonio arqueológico de la Nación corresponde primariamente a la ley” (Se subraya).

-  
número 2349 de 1971,...”, luego de puntualizar los aspectos comprendidos por la ley de facultades en la que el gobierno nacional se fundamentó para la expedición del mencionado decreto, señaló que “de ninguno de ellos resulta ni expresa ni tácitamente, una facultad para que el Gobierno, en desarrollo de la ley transcrita, pueda crear ciertos derechos de particulares o del Estado, como los que resultan de las disposiciones acusadas. Una es la tarea de señalar funciones generales a los órganos de la Administración, o especiales a los funcionarios públicos de la misma, y otra, muy distinta, la de reglamentar aquellos derechos, pues se trata de materias completamente diferentes, al punto de que cualquiera que sea la estructura del organismo, los derechos ya establecidos del tipo de los que ahora se discuten, pueden mantenerse inalterados sin causar daño alguno a tal estructura”.

Así las cosas, se concluye que, *motu proprio*, no podía el Presidente de la República, por vía de reglamentación, fijar en relación con tesoros encontrados en las profundidades del mar, un sistema de participación a favor de su descubridor, de la persona que se contrate para su recuperación y de la Nación diverso al establecido, *ex ante*, en la ley, más exactamente en el artículo 701 del Código Civil.

-

Finalmente, sólo en el evento de insistirse hipotéticamente en la aplicación del decreto en referencia, posibilidad inviable en consideración a la convergencia de los argumentos anteriores, es menester observar que la parte dispositiva del mismo no se ocupa de atribuir a la Nación derecho de dominio alguno en torno a los objetos de valor histórico que se encuentren en "...buques hundidos en distintas épocas". La mención al respecto aparece en la parte considerativa (*considerando*), ajena, como tal, a las normas propiamente dichas (arts. 1 a 13), además, ni siquiera en el considerando, en mención, se atribuye específicamente propiedad, como quiera que se parte de ese hecho, pero sin ningún soporte o fundamento, en rigor. Su texto en efecto, es el siguiente: "CONSIDERANDO: Que existen indicios de que en el mar territorial y la plataforma continental submarina se encuentran elementos de valor histórico, científico y comercial en buques hundidos en distintas épocas, que actualmente forman parte del patrimonio de la Nación".

-

a.5) Y en lo que concierne al artículo 72 de la actual Constitución Política y a los artículos 4 y 9 de la Ley 397 de 1997, es suficiente señalar que si el descubridor de un tesoro en predio ajeno, adquiere el 50% del derecho de propiedad desde el mismo momento del hallazgo (año 1982), es claro que normas posteriores no pueden desconocer ese derecho, ya adquirido, o, si se prefiere, esa situación jurídica ya consolidada. Bien se tiene establecido, a manera de regla general, que "*Constitutio respicit futura, et non praeterita*" (La Constitución se refiere al futuro y no al pasado).

-

En este sentido, ello es fundamental tenerlo muy presente, no desconoce la Corte que, en la hora actual, "El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles", por disponerlo expresamente el artículo 72 de la Constitución, por manera que un nuevo conflicto similar-o próximo-al que ocupa la atención de la Corte se gobernaría por esta novísima preceptiva, en tales condiciones, plenamente aplicable. Así, además, lo habían dispuesto el Decreto 12 de 1984 y la Ley 26 de 1986, en relación con las antigüedades náufragas, concepto éste que, en el ámbito estrictamente legal-que no administrativo-surgió en el primero de dichos decretos, también de aparición ulterior. La Ley 397 de 1997, a su turno, corroboró que "pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación..., las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar..." (art. 9o), precisando a continuación que producido un hallazgo, debe hacerse la denuncia respectiva, y que sí hay "rescate en las coordenadas geográficas indicadas por el denunciante, éste tendrá derecho a un porcentaje del valor bruto de las especies náufragas..." (par. 1º).

-

Sin embargo, como la misma Constitución garantiza "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las Leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por Leyes posteriores" (art. 58), deviene claro que las normas expedidas a partir del año de 1984, no estaban llamadas a gobernar-ex ante-la solución de este litigio, habida consideración que la sociedad demandante consolidó su derecho al tesoro, en los términos del artículo 701 del Código Civil, con anterioridad a la promulgación de aquellas, todo como corolario de un descubrimiento, ulteriormente avalado y reconocido por la autoridad competente, la que expresamente le confirió la calidad o *status* de *denunciante de tesoros* (resolución 0354 de 3 de junio de 1982).

-

Precisamente, sobre el punto de que ahora se trata, esta Corporación, en fallo de constitucionalidad-cuando le correspondía dicha competencia en forma privativa-, señaló que "La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa. Tal noción se relaciona en modo íntimo con el problema de la retroactividad de la ley... Por 'derecho adquirido' ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona,..., que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente... es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad están garantizadas, a favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción".

-

Más adelante puntualizó, que se está en presencia de un derecho adquirido, o de una "situación jurídica concreta o subjetiva", cuando "el texto legal que la crea ha jugado ya jurídicamente su papel a favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva..." (Sentencia de 12 de diciembre de 1974, G.J., T. CXLIX, pág. 422). Posteriormente, en otro proveído del mismo linaje, reiteró que "Por derechos adquiridos... se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de éstos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados integralmente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente" (Sentencia de 17 de marzo de 1977, G.J., T. CLXI, pág. 123).

-

Más recientemente, la Corte Constitucional, en sentencia C-168 de 20 de abril de 1995, expresó que "Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior". Luego de reproducir el concepto de diversos tratadistas, entre ellos el del profesor Louis Josserand, a cuyo tenor "Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no

debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas, los actos realizados bajo su protección continuarán intactos, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas mas o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad... Las simples esperanzas no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas: son intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los 'castillos en el aire': tales como las 'esperanzas' que funda un heredero presunto en el patrimonio de un pariente, cuya sucesión espera ha de corresponderle algún día..", dicha Corporación enfatizó que "Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas 'expectativas', pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador".

-

Derivándose el derecho de dominio reclamado por la actora, del hecho mismo del descubrimiento de los bienes materia de esta controversia judicial, en tanto ellos-claro está-correspondan a un tesoro, circunstancia avalada en la esfera jurídica con el reconocimiento que en ese sentido hizo la Dirección General Marítima y Portuaria, según Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, a la *Glocca Morra Company*, condición que ésta cedió a la demandante,-Resolución que, en lo pertinente, dispuso "Reconocer a la sociedad GLOCA MORRA COMPANY,...., como **denunciante de tesoros** o especies náufragas..." (Se resalta)-, forzoso es admitir la consolidación en su favor de ese derecho desde tal momento, según ya se señaló, como quiera que en virtud de la ocurrencia de ese acontecimiento operó la previsión contenida en el artículo 701 del Código Civil, esto es, se radicó en cabeza del dueño del terreno y en la persona que efectuó el descubrimiento el derecho a dividir, por partes iguales, el tesoro encontrado, así como la del primer inciso del artículo 700 de la misma obra,

que consagra que "El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo", es decir, una forma particular de adquirir el dominio de las cosas. Por consiguiente, debe descartarse que tal prerrogativa sólo tenga el linaje de mera expectativa, o de una vana esperanza, o de un castillo en el aire, conforme se mencionó en precedencia.

-

Queda, pues, claro que el Tribunal no resquebrajó las disposiciones referidas en las censuras, pues ninguna de ellas establece, sin sombra de duda, que los bienes hallados por la sociedad demandante, indiscutidamente le pertenecían a la Nación colombiana, para junio de 1982, sin perjuicio, claro está, de la exclusión del régimen del tesoro que la Ley 163 de 1959 hizo de los "monumentos muebles", ni de que los bienes constitutivos del patrimonio histórico, cultural, artístico o arqueológico previsto en ella, como en otras normas posteriores, ulteriormente, quedaron de propiedad del Estado (art. 70, Constitución Política de 1991), tornándose inalienables, inembargables e imprescriptibles.

-

b) En cuanto al segundo aspecto reprochado por los recurrentes, relativo a que no ha habido apoderamiento físico, ya se explicó con amplitud que tratándose de tesoros, el Código Civil no exige aprehensión o contacto material, fase ulterior que debe ser escindida del descubrimiento propiamente dicho. Por eso el artículo 700 establece que "**El descubrimiento** de un tesoro es una especie de invención y hallazgo"; de allí también que los artículos 702 y 703 hagan alusión al "**denunciador**" que "**señalare el paraje en que están escondidos**" los efectos preciosos; y esa es igualmente la razón para que el Decreto Ley 2349 de 1971, vigente para 1982, le hubiere impuesto a la persona que "localice en las aguas jurisdiccionales o en la plataforma continental especies náufragas que puedan contener elementos de valor histórico, científico o comercial", la obligación de "**denunciar su descubrimiento...**" (art. 111), puntualizando que si al registrarse "**las coordenadas geográficas que determinan la posición de cada hallazgo**", se llegare a advertir "coincidencia sobre el área de una o más denuncias,

cuando se presuma que el hallazgo es el mismo, **tendrá prelación el primer denunciante**" (Se resalta; art. 112).

-

Así, por lo demás, lo imponen la forma en que ocurren las cosas y el propio sentido común, pues si el legislador permite la búsqueda de tesoros en predio ajeno y, tratándose de aquellos localizados en el fondo del mar, supedita su rescate a la previa celebración de un contrato que puede celebrarse con personas distintas del descubridor, es apenas obvio que el derecho de propiedad sobre el tesoro, tanto para éste como para el dueño, aflora desde el mismo momento del descubrimiento.

-

Tan claro es ello, que incluso normas posteriores como la Ley 397 de 1997, que ya se expresó deviene inaplicable a éste caso-por lo menos en punto tocante a esta temática-, diferencian entre la denuncia del hallazgo de especies náufragas que integran el patrimonio cultural sumergido de la Nación, y su rescate, precisando luego que "el denunciante" tiene "derecho a un porcentaje del valor bruto" de aquellas (par. 1º, art. 9º).

-

Puestas de este modo las cosas, no les asiste razón a los impugnantes, pues a diferencia de la ocupación propiamente dicha y de la invención, el tesoro se adquiere por su descubrimiento, sin que sea necesario que haya aprehensión física (*apprehensio rei*), conforme se explicitó a espacio.

-

c) En lo que concierne al tercer punto, consistente en que no ha habido descubrimiento, adviértase que la Nación no se ciñó a los cánones que estereotipan este recurso extraordinario al perfilar la censura por la vía directa, pues si la queja o censura consiste en que "En ninguna parte se ha dicho y menos probado, ni siquiera con un principio de prueba confiable, o medio de convicción alguno, que los restos del naufragio han sido encontrados y se localizan exactamente en esta o aquélla posición" (fls. 125 y 126, cd. 13), la acusación debió encauzarse por la vía indirecta, habilitada, justamente, para increpar al juzgador "que no es el mejor observador del expediente en punto

de pruebas”, al paso que aquella otra es útil para amonestarle “que su entendimiento del derecho material es deficitario” (cas. civ. de 20 de septiembre de 2000, Exp. 5705).

-

A lo que antecede se agrega, que aún si se pudiera entender que el planteamiento, sólo en gracia de discusión, se enderezó por la vía indirecta, lo cierto que el censor no refirió los medios de prueba que habrían sido mal apreciados; su presentación, en tal virtud, más se acerca a un alegato de instancia, ajeno, como tal, al escenario casacional.

-

Al respecto, pertinente es recordar que “el recurrente en casación que acusa la sentencia de violar la ley sustancial, como consecuencia de la comisión de errores de hecho en la apreciación probatoria, tiene sobre sí la específica carga procesal de acreditar que el yerro que denuncia ocurrió y que, en adición, es evidente o manifiesto, a la par que trascendente o determinante en la decisión adoptada...Esa demostración, ha precisado la Sala, exige ‘poner de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y por el otro, el texto concreto del medio, y establecido el paralelo, denotar que existe paridad o divergencia entre ambos y que esa disparidad es evidente’ (cas. civ. de septiembre 15 de 1993, reiterada en sentencia de junio 28 de 2000, exp.: 5430), siendo claro que no basta la mera alusión a la prueba, como tampoco ‘ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada’ (cas. civ. de 14 de mayo de 2001; exp: 6752. Cfme: cas. civ. de 23 de junio de 2000, exp. 5464)” (Cas. Civ., sentencia de 7 de marzo de 2002, Exp. 6596).

-

Pero sea lo que fuere, se impone remitir aquí a las apreciaciones que sobre el mismo punto se consignaron al despachar las acusaciones fundadas en el quebranto indirecto de las normas sustanciales, analizadas en precedencia, en relación con las cuales la Corte puntualizó que el fundamento basilar en que el Tribunal se apoyó para tener por cumplido el requisito del descubrimiento, con

todo lo que ello implica, incluida la exigencia de la plena identificación del sitio de ubicación de los bienes, fue el hecho del reconocimiento que la DIMAR hizo a la cedente de la actora, y que pasó a ésta, como denunciante de "tesoros y especies náufragas" contenido en la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, aspecto que, en puridad, no fue controvertido por las recurrentes, ello es trascendental, y que, al no haber sido desvirtuado, sostiene suficientemente la conclusión que en este aspecto obtuvo el *ad quem*, la que en tal virtud no puede ser escrutada o examinada por la Corte, en sede casacional.

-

Se sigue de lo expresado que el punto, de la manera como fue planteado en estas acusaciones, enfiladas, como se sabe, por la vía directa, desbordó la discusión jurídica-enfoque en el cual no cabe reprochar al Tribunal haber considerado como requisito, para colegir que los bienes disputados son tesoro, que mediara su descubrimiento-, por cuanto se centró en la comprobación del mismo, cuestión dilucidada en los cargos precedentes, en donde se estableció el fracaso del ataque, en tanto y en cuanto, como acaba de recordarse, no se combatió el pilar más importante que al efecto sirvió de sustento a las conclusiones del *ad quem*.

-

Lo anterior, entonces, es suficiente para desestimar esta específica acusación.

-

d) Y en cuanto a la última queja, consistente en que el Tribunal no paró mientes en que los bienes no fueron sepultados o escondidos "por el hecho del hombre" (fl. 127, cd. 13), caben también los mismos señalamientos de carácter técnico efectuados a la acusación precedente.

-

Pero si se entendiera que el reproche se concreta exclusivamente a la inteligencia del requisito aludido, ya se examinó en apartes liminares que la noción de tesoro no reclama, necesaria e indefectiblemente, que la ocultación haya sido voluntaria y, por ende, producto de una actuación humana; basta el hecho objetivo de hallarse ocultas las cosas, por manera que la Sala se remite a dichas consideraciones y análisis previos.

En este punto simplemente conviene recordar, que en el derecho patrio sólo pueden ser tesoro los efectos preciosos que “han estado largo tiempo sepultados o escondidos, sin que haya memoria ni indicio de su dueño” (art. 700 C.C.). Por consiguiente, dada la antigüedad que, ope legis, demanda la definición, es irrelevante detenerse a analizar cuál fue la causa o el motivo de la ocultación, tanto más si el dueño, para el momento del descubrimiento, es inexistente o inhallable, entre otras razones, porque el tiempo borró toda huella de su nombre. Con otras palabras, si nada se sabe del propietario, sobra auscultar por qué los bienes fueron escondidos o sepultados. Al fin y al cabo, sea que hubiere sido por la voluntad de su dueño, o de un tercero, o por acción de la naturaleza o del azar, lo cierto es que no estaban a la vista de nadie, que es lo que, en últimas, exige el legislador, quien premia al descubridor de esa “riqueza”, por todo lo que ello implica.

-

Reclamar la voluntariedad del depósito, se memora, impondría escrutar si la ocultación la hizo el dueño, o un tercero sin su autorización, porque sólo en el primer caso habría tesoro, lo cual, desde todo punto de vista, es imposible de establecer, por la sencilla razón de que para ser tesoro, no debe existir memoria ni indicio del propietario. Si hay rastro de él, vacuo resulta ocuparse de ese otro requisito; y si no lo hay, es inane indagar la razón del ocultamiento. Más aún, decir que no son tesoro las joyas que han estado largo tiempo ocultas y cuyo dueño es inhallable, porque quedaron sepultadas, por vía de ejemplo, en razón de un acto de la naturaleza (un terremoto, una erupción, una inundación, etc.), es un argumento que deja sin modo de adquisición a dichos efectos, de suyo apropiables, salvo cuando hagan alusión a los señalados en el artículo 72 de la Constitución Política y demás normas concordantes.

-

Tan cierto es que para ser tesoro no se exige la voluntariedad de la ocultación, que la ya referida Resolución 0148 de 10 de marzo de 1982, expedida por la DIMAR en uso de las facultades que se le confirió el Decreto Ley 2349 de 1971, estableció que, “Para los propósitos del presente reglamento, se consideran

tesoros o antigüedades náufragas, las embarcaciones, bienes muebles yacentes dentro de ellas o diseminados en el fondo del mar, valiosos intrínsecamente o en razón de su antigüedad o significación cultural, con la nota común a todos de haber sido elaborados por el hombre (especificación) y sin que importe la causa por la cual se produjo su situación actual de encontrarse en el fondo del mar: Naufragio fortuito, autoprovocado o resultante de la acción de extraños, o por haber sido abandonado por su propietario (res derelictae) o que no lo tienen conocido o, cuyo propietario a la época del hundimiento no es conocido o, siéndolo, tampoco es factible establecer una sucesión en la titularidad hasta el presente” (Se resalta; fl. 638, cd. 3).

-

Desde este punto de vista, no es pues de los recurrentes la razón.

-

4. Por último, expuesto lo que antecede, debe la Corte analizar si los bienes descubiertos califican como prototípicas especies náufragas-en el régimen de la codificación civil-, dado que ambos recurrentes invocaron el artículo 710 del Código Civil como una de las normas violadas, al amparo del cual señalaron que, por ser tales, deben ser restituidas a la Nación.

Al respecto, en armonía con lo que en acápite anterior de estas consideraciones se consignó, debe subrayarse que las especies náufragas son cosas perdidas a consecuencia de un naufragio, sin que, por tanto, haya mediado abandono por parte de su dueño, y que, adicionalmente, hayan sido salvadas, las cuales serán restituidas a éste, una vez pague la gratificación de salvamento o las expensas si su recuperación la obtuvo una autoridad pública, o declaradas mostrencas si el titular del dominio no apareciere dentro de los treinta días siguientes al hundimiento.

-

De suyo, pues, se itera, que si es requisito legal para que una cosa se tenga por especie náufraga, que ella haya sido “salvada” y dejada a disposición de la autoridad para que se verifique su restitución al dueño, tal exigencia descarta que los bienes que aún se encuentran en el fondo de mar, esto es, que aún no

han sido recuperados y en relación con los cuales su dueño no ha tenido la posibilidad de obtener su restitución, previo el pago de los valores mencionados, puedan ser considerados tales, entendimiento que, *per se*, desvirtúa cualquier intento para que en torno de los que son materia del presente debate judicial se arribe a una conclusión semejante.

-

Sobre el particular, es útil señalar, adicionalmente, que el Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, al ser preguntado si "los bienes que se encuentran en el fondo del mar ¿deben ser considerados como especies náufragas o como tesoro?", respondió que "las especies náufragas' no comprendidas por las prescripciones de los Arts. 710 y 711 del C.C., que aún se encuentren en el fondo del mar territorial colombiano, 'representadas en oro, lingotes, monedas, piedras preciosas, objetos de arte, etc., a causa de naufragios de barcos españoles desde la época de la Colonia', jurídicamente deben reputarse bienes mostrencos..." y no tesoros, porque éstos "deben encontrarse sepultados *en el suelo o escondidos en muebles o enseres*", amén de que, "si son mostrencos todos los bienes muebles que, habiendo tenido dueño, actualmente no pertenecen a uno 'aparente o conocido', *las especies náufragas no rescatadas, cuyos dueños se ignoran, son bienes mostrencos, conforme al principio general prescrito por el Art. 706 del C.C.*", por todo lo cual concluyó que "los bienes que se encuentren en el fondo del mar territorial de Colombia, sin dueños aparentes o conocidos, jurídicamente no son tesoros, sino bienes mostrencos de propiedad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar" (Concepto de 10 de diciembre de 1981).

-

Sin embargo, estima la Corte que esta opinión, de suyo respetable, aun cuando no vinculante por su propia etiología, naturaleza y alcance, no está en estricta consonancia con la recta inteligencia de las normas que regulan, en la esfera del derecho privado, el tesoro, las cosas perdidas y las especies náufragas, como tuvo oportunidad de esbozarse con anterioridad.

-

En efecto, para no incurrir en redundancia, baste decir que el H. Consejo de Estado tomó como punto de partida de su concepto, que para ser tesoro debía tratarse de "cosa sin dueño o *res nullius*", lo cual no es exacto porque, como ya se señaló, los efectos preciosos, otrora, debieron tener propietario, quien nunca quiso desprenderse de su dominio (de allí que no sean *res derelictae*), sólo que para la época del descubrimiento no hay "memoria ni indicio" de él. Esta circunstancia lo llevó a afirmar que "el hallazgo de cosa cuya naturaleza indique haber estado en dominio anterior", sólo podía tener "dos modalidades": la de cosa perdida que debe ser restituida a su dueño, o la de bien mostrenco, con lo cual pasó por alto, de una parte, que el tesoro es cosa que por haber sido elaborada por el hombre, tuvo dueño y, de la otra, que según el artículo 703 del C.C., no citado en el concepto, los dineros o alhajas sobre los cuales no se pruebe dominio, califican "o como bienes perdidos, o como tesoro encontrado en suelo ajeno, según los antecedentes y señales", lo que significa que el sólo hecho de no tener dueño aparente o conocido, no es suficiente para predicar que las cosas son mostrencas, pues esa circunstancia, como queda expresado, también debe hacer presencia en la otras dos referidas figuras legales, esto es, se itera, en el tesoro y en el de las cosas perdidas.

-

Por lo demás, en el concepto aludido se acepta que "la Ley sólo regula específicamente el régimen de 'las especies náufragas que se salvaren', pero no el de las no rescatadas". Empero, considera que los efectos que aún se encuentren en el fondo del mar, deben ser mostrencos porque el artículo 710 del C.C. les otorga esa calificación a las cosas respecto de las cuales "no aparecieren interesados", afirmación ésta que deja de lado, precisamente, el presupuesto indispensable a que en precedencia se hizo alusión, cual es que se trate de "especies náufragas que se salvaren" (Se subraya).

-

En torno a los bienes mostrencos esta Corporación, *ab antique*, ha considerado que "para que una cosa mueble pueda ser declarada bien mostrenco es necesario que se reúnan estas condiciones: 1ª Que se trate de una cosa corporal, no de una incorporal, como un crédito; 2ª Que haya tenido dueño,

porque de no, se trataría de un **res nullius** y no de un bien mostrenco; 3ª Que no se trate de una cosa **voluntariamente abandonada** por su dueño, porque en este caso, la cosa no sería mostrenca sino **derelicta** (abandonada); y 4ª Que no tenga dueño **conocido o aparente**. En realidad las cosas mostrencas son las cosas **perdidas** respecto de las cuales no ha habido en el dueño intención de abandonarlas, por lo cual aquel siempre conserva el derecho a recuperarlas, salvo cuando ya hayan sido enajenadas por el municipio... Según la definición del artículo 706 de nuestro Código Civil, mostrencos son los bienes muebles sin dueño **aparente o conocido**, es decir que son especies muebles cuyo dueño no parece ni se sabe quién es; cosas que aparentemente fueron perdidas por su dueño. Este no las **ha abandonado** para que las ocupe quien las encuentre, sino que las **ha perdido**, y por eso la investigación judicial se dirige \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_ dar \_\_\_\_\_ con \_\_\_\_\_ el \_\_\_\_\_ dueño.

Si éste no es hallado, se adjudican al municipio donde se encontraron con participación para su inventor” (LXXVII, 594).

-

Así las cosas, huelga puntualizar, que si los bienes objeto de disputa se encuentran de antiguo escondidos o sepultados en el fondo del mar, sin que se hayan rescatado o “salvado”, como en efecto no la han sido aún, a lo que se suma la falta de evidencia en cuanto a su dueño, no pueden por ello ser considerados especies náufragas y, menos aún, bienes con aptitud de mostrencos, más cuando no ha mediado sentencia judicial-la que se ha estimado necesaria-que los declare tales, por lo menos a la luz del Código Civil vernáculo.

-

5. En este orden de ideas, los cargos formulados por la Nación y la Procuraduría están llamados a prosperar, con los alcances que se dejaron indicados, toda vez que se torna manifiesto, amén que trascendente el yerro del Tribunal.

-

## **DEMANDA DE LA SOCIEDAD SEA SEARCH ARMADA**

### **CARGO UNICO**

-

Se atribuye a la sentencia el haber violado, en forma directa y por aplicación indebida, el artículo 701 del Código Civil, "por entender que el territorio de Colombia se extendía hasta el límite exterior de la plataforma continental", así como los artículos 101 de la Constitución Política; 7, 8 y 10 de la Ley 10 de 1978; 2 y 3 de la Convención sobre Plataforma Continental suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958, e integrada al derecho colombiano por la Ley 9ª de 1961, cuyo artículo 2º también fue infringido. De igual forma, los artículos 18 y 20 del Código Civil, "en cuanto ordenan aplicar la Ley colombiana a nacionales y extranjeros", lo mismo que el artículo 229 de la Carta Política (fl. 90, cd. 13).

-

En su desarrollo, la sociedad demandante recordó que el Tribunal se negó a declarar que ella era la única propietaria del tesoro, por considerar que el territorio de Colombia se extendía hasta su plataforma continental, sin que sus derechos se limitaran a la exploración y explotación de los recursos naturales, como lo reconoce la Comunidad Internacional, limitación que, a su juicio, sólo tenía como objeto impedir que naves de otros países expoliaran dichos recursos. Si así no fuera, los jueces colombianos no serían competentes para fallar este litigio.

-

Para refutar el primero de tales argumentos, señaló el impugnante que sólo con la promulgación del acto legislativo No. 1 de 1968, se consideró que los mares adyacentes eran parte del territorio colombiano, "pero de conformidad con los tratados internacionales aprobados", los cuales, por establecer límites al ejercicio de la soberanía, hacen parte integrante del artículo 101 de la actual Constitución Política.

-

A continuación, apuntó que de conformidad con la "Convención sobre Plataforma Continental", aprobada mediante la Ley 9ª de 1961, lo mismo que con la Ley 10ª de 1978, la jurisdicción de Colombia en "la plataforma

continental” o en la “zona económica exclusiva”, es relativa, habida cuenta que el Estado colombiano únicamente puede ejercer los derechos de soberanía para efectos de la “exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo y de las aguas suprayacentes”, esto es, según definición contenida en las mismas disposiciones, en cuanto a elementos naturales “no vivos”, a los “minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y del subsuelo”, y en lo que respecta a recursos naturales “vivos”, a los “organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en el subsuelo, o sólo pueden moverse en constante contacto con dicho lecho o subsuelo” (fls. 94 y 95, cd. 13).

-

Agregó que si en el “mar territorial”, que es distinto a la “plataforma continental” y a la “zona económica exclusiva”, el Estado ejerce soberanía absoluta, como así lo reconoce el derecho internacional, la doctrina y los antecedentes legislativos, en aquellas otras franjas la soberanía es limitada, al punto que no forman parte del territorio colombiano, pues por tal se “entiende aquel sobre el cual el Derecho Internacional le reconoce la soberanía territorial”. Si esto no es así, ningún sentido tendrían dichas figuras, concebidas para incluir atributos en una y otra. Si “el mar territorial y plataforma continental o zona económica exclusiva, son lo mismo, ¿para qué, entonces, la distinción?” (fl. 99, cd. 13).

-

Desde esta perspectiva, puntualizó que Colombia sólo puede realizar en su “plataforma continental los actos de soberanía y jurisdicción que le permite la Convención de Ginebra de 1958. Y no puede, por extensión, atribuirse otros derechos sin faltar a las normas internacionales a las que se sometió cuando suscribió dicha Convención, y, además, cuando adoptó como legislación interna (Ley 10 de 1978) lo que por consenso universal estaba ya decantado en la costumbre internacional y, modernamente, en la Convención de Jamaica de 1982” (fl. 101, cd. 13).

-

Concluyó diciendo, que como el Tribunal reconoció como territorio de Colombia una extensión mayor de la que se le otorga, violó directamente los artículos antes señalados.

-  
En torno al segundo argumento del Tribunal, relativo a que si la plataforma continental no formara parte del territorio de la Nación, los jueces colombianos carecerían de jurisdicción para fallar el litigio, manifestó que, además de ser hipotético, pues al fin de cuentas en las sentencias se decidió sobre todas las pretensiones, de no haberse resuelto el litigio se habrían violado los artículos 229 de la Constitución Política, 18 del Código Civil y 23, numeral 1º, del Código de Procedimiento Civil, porque al ser la Nación sujeto de derechos, le coartaría la posibilidad de acceder libremente a la administración de justicia, pues la dejaría sin juez, y desconocería de paso que la autoridad judicial competente para conocer del proceso es la del domicilio del demandado, amén de que, según ejemplos que cita, la demarcación del territorio donde un Estado aplica su derecho, no impide que él irradie sus efectos más allá del mismo.

-  
Solicitó, en consecuencia, que se case la sentencia del Tribunal, para que en sede de instancia se declare que "si el tesoro cuya propiedad es objeto de litigio, se encuentra en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva, en las coordenadas denunciadas o en sus áreas aledañas, le pertenece en su totalidad a la actora" (fls. 104 y 105, cd. 13).

### **CONSIDERACIONES**

-  
1. Lo que debe dilucidar la Corte al despachar la presente censura, es establecer si el Tribunal se equivocó al considerar que la plataforma continental era parte del territorio de Colombia y sobre ella podía ejercer el Estado actos de soberanía, para efectos diferentes a los establecidos en la Convención de Ginebra de 1958 y, en su derecho interno, por la Ley 10 de 1978.

-

El casacionista no discute que ambas partes comparten el dominio de los bienes denunciados, en tanto y en cuanto el hallazgo se localice en el mar territorial de Colombia, sobre el cual, *in complexu*, existe plena y absoluta soberanía. Su querella, pues, es de alcance parcial, pues niega que la Nación colombiana tenga derecho alguno sobre un tesoro descubierto en aquella otra área, en la que, según las normas cuya violación aduce, únicamente se ejerce soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos-como los animales sedentarios-, y los no vivos-como los minerales-del lecho marino, del subsuelo y de las aguas suprayacentes.

-

2. De entrada, por su incidencia directa en el presente asunto, es necesario poner de presente, que la Corte Constitucional tuvo oportunidad de precisar el alcance de los derechos que le correspondían a Colombia en su plataforma continental, a propósito de la demanda de inexecutable presentada, en su momento, la que no prosperó, en relación con el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, en la que se alegaba por el accionante-el mismo que suscribe la demanda de casación a nombre de la sociedad actora-que los derechos de Colombia estaban limitados exclusivamente a la explotación de los recursos naturales, fallo en el que esa Corporación, *in extenso*, expresó lo siguiente:

-

"12. En términos generales, **los espacios marinos y submarinos territoriales, se encuentran regulados por el principio de prolongación natural del territorio terrestre del Estado ribereño y, por ende, están sometidos a las mismas reglas que gobiernan el territorio originario del Estado de que se trate.** Lo anterior significa que el título originario del Estado sobre su territorio, el cual se deriva de su calidad de Estado como tal, se extiende a los espacios territoriales marinos y submarinos, los cuales no se consideran adquiridos por vía de alguno de los modos derivados de adquisición del territorio contemplados por el derecho internacional público (ocupación, descubrimiento, avulsión, accesión, aluvión, sucesión, adjudicación, prescripción y sucesión de Estados). Por esta razón, cuando la Corte Internacional de Justicia se ha visto obligada a delimitar la plataforma

continental entre dos o más Estados ha afirmado que ese ejercicio de delimitación no consiste en asignar *ex novo* a esos Estados una zona de territorio que les resultaría atribuida, sino en establecer los límites de una zona que, en principio, forma parte de su territorio...

-

"13. En tanto parte integral del territorio del Estado, la plataforma continental se encuentra sometida a la soberanía del ribereño. Ciertamente, el derecho internacional público define el territorio como aquel conjunto de espacios en los cuales el Estado ejerce su soberanía, razón por la cual la consecuencia fundamental de que algún espacio físico forme parte integral del territorio de un Estado consiste en que tal espacio queda sometido al ejercicio de la soberanía estatal con todos los atributos que ella implica... Conforme a lo anterior, puede afirmarse que, desde el punto de vista del derecho internacional público, el núcleo fundamental de la soberanía de los Estados reside en la posibilidad de darse una organización política, social, económica y cultural interna con plena autonomía e independencia, lo cual implica que, **dentro de su territorio, el Estado ejerce en forma exclusiva, autónoma y plena el acervo de competencias dirigidas al ejercicio de las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional.**

-

"La plenitud, exclusividad y autonomía con que el derecho internacional caracteriza las competencias derivadas de la soberanía del Estado, implica que **las restricciones a esa soberanía por parte del derecho internacional público deban ser establecidas en forma expresa en un convenio internacional o derivarse explícitamente de la costumbre.** Este principio ha hecho carrera en la comunidad internacional desde la época de la Sociedad de Naciones cuando la Corte Permanente Internacional de Justicia, en el año de 1927, en la sentencia proferida dentro del asunto *Lotus*, afirmó que "**las limitaciones a la independencia del Estado no se presumen**" (C.P.I.J., Serie A, N° 10, p. 16). Esta regla comporta un corolario natural según el cual ningún Estado está autorizado a ejercer su soberanía fuera de su territorio, salvo que una norma de derecho internacional público lo autorice

expresamente. Según la Corte Permanente Internacional de Justicia, en la sentencia antes mencionada, la soberanía del Estado "no puede ser ejercida fuera del territorio sino en virtud de una regla permisiva que se derive del derecho internacional consuetudinario o de un convenio" (C.P.I.J., Serie A, N° 10, p. 19).

-

"En suma, según el derecho internacional público, **la plataforma continental forma parte integral del territorio de los Estados ribereños y, por tanto, sobre esta área submarina los Estados ejercen con total plenitud, exclusividad y autonomía todas sus competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, salvo las restricciones expresamente establecidas en normas de derecho internacional consuetudinario o convencional... los derechos que puede ejercer el Estado ribereño, en este caso el Estado colombiano, sobre el territorio submarino denominado plataforma continental, son plenos y sólo están sujetos a las limitaciones expresas que establece el derecho interno o internacional.** Por esta razón, los artículos mencionados-II (1) y 77(1) de la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958 y de la Convención de Montego Bay, respectivamente-no pueden ser interpretados en el sentido de afirmar que, al no mencionar explícitamente los bienes de valor cultural, histórico y arqueológico dentro de los que el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía, las competencias legislativas del Estado frente a los mismos resultan inhibidas. No parece existir una interpretación razonable de las normas antes mencionadas que permita derivar de las mismas una restricción expresa de la soberanía de los Estados ribereños sobre el anotado tipo de bienes.

-

"En otras palabras, es cierto en principio que ninguna de las cuatro convenciones de Ginebra de 1958 sobre derecho del mar, ni la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 en toda su minuciosidad, ni la jurisprudencia internacional se refieren a asuntos relacionados con el patrimonio cultural sumergido. No obstante, el silencio del derecho

internacional público en la materia implica el derecho del Estado ribereño a ejercer la totalidad de sus facultades, una de las cuales, si no la más importante, es la de regular dicha zona en cuanto se refiere a los bienes que por su valor puedan integrar el patrimonio cultural sumergido. Efectivamente, nada en el derecho internacional público permite suponer que el hecho de que la Convención de Ginebra no hubiere hecho alusión a los bienes de valor arqueológico, histórico o cultural que se encuentren en el suelo marino de la plataforma continental, comporte la aplicación a los mismos del régimen de plena libertad que gobierna a los fondos oceánicos comunes. Por el contrario, como quedó mencionado, sobre la plataforma continental, la soberanía del Estado ribereño se presume y sólo puede ser desvirtuada por norma expresa en contrario...

-

"Conforme a lo anterior, el Estado colombiano no hace otra cosa que cumplir con imperativos mandatos constitucionales al regular los asuntos relativos al patrimonio cultural sumergido que se encuentre en su plataforma continental, la cual, como se vio, forma parte de su territorio. De este modo, es posible afirmar que las disposiciones del artículo 9º de la Ley 397 de 1997, relativas al patrimonio cultural sumergido que se encuentre en la plataforma continental colombiana constituyen el ejercicio legítimo de una competencia que la Constitución Política le otorga al legislador nacional y son desarrollo directo de mandatos que el propio texto constitucional le impone a este último. Por las razones anteriores, el aparte cuestionado del artículo 9º de la Ley 397 de 1997, será declarado exequible" (Se subraya y se resalta; Sentencia C-191 de 6 de mayo de 1998).

-

La naturaleza del precedente pronunciamiento, como quiera que abordó desde el ámbito propiamente constitucional la problemática propuesta y, como consecuencia de ella, definió los alcances del artículo 101 de la Carta Política, dentro del criterio del bloque de constitucionalidad integrado a la vez por la Convención de Ginebra de 1958, sobre plataforma continental, a más de que proviene del órgano cúspide en esta materia (sentencia de exequibilidad),

resulta de plena e indefectible observancia para esta Corporación, con todo lo que de ello fluye en la esfera jurídica.

-

Sobre el particular, útil es traer a colación a la misma Corte Constitucional, quien respecto de sus fallos tiene señalado que "En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada 'cosa juzgada constitucional', en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características:-Tienen efecto *erga omnes* y no simplemente *inter partes*.-Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.-Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional-art. 243 CP.-Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de exequibilidad como de inexecuibilidad, tienen una característica especial: no pueden ser objeto nuevamente de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta...-

**Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional"** (C-131 de 1993; se subraya y se resalta).

-

3. No obstante que lo expresado en precedencia es suficiente para desestimar el cargo en examen, toda vez que la Ley 397 de 1997, declarada exequible, categóricamente pregona que forma parte del patrimonio cultural y arqueológico de Colombia las 'especies náufragas' que se encuentran, sin distinción alguna, tanto en el mar territorial, como en el la plataforma continental o zona económica exclusiva, cabe agregar que para la Sala, la soberanía de Colombia sobre su plataforma continental y la zona económica exclusiva, no está entonces restringida a la "exploración, explotación,

conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo y de las aguas suprayacentes”.

-

3.1. Al respecto, conveniente es recordar que con la reforma introducida en el año 1968, a la Constitución Política de 1886, el inciso 2º de su artículo 3º quedó del siguiente tenor: “También son parte de Colombia: el espacio aéreo, el mar territorial y la plataforma continental, de conformidad con tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, o por la Ley colombiana en ausencia de los mismos”.

-

Pertinente es notar, en cuanto a dicha disposición, de un lado, que para el momento en que se produjo la prenotada enmienda constitucional, ya existía consenso entre las naciones sobre la necesidad de establecer una específica regulación tanto en relación con el mar territorial, como con la plataforma continental, pues tales aspectos habían sido discutidos en las Conferencias sobre el derecho del mar que tuvieron lugar en Ginebra en 1958, y del otro, que ello tampoco suponía un tema del todo extraño para la Nación colombiana, pues en 1919 y en 1923 se habían expedido por el Congreso Nacional algunas Leyes en las que se reconoció-de uno u otro modo-el derecho de explotación sobre el subsuelo marino adyacente a las costas del país<sup>65</sup>.

-

Sin embargo, solo fue hasta el año de 1968 que se declaró constitucionalmente que la plataforma continental hacía parte de Colombia, pronunciamiento cuyos orígenes en el derecho internacional se remontan, como es sabido, fundamentalmente, a la declaración del Presidente Trumann de los Estados Unidos de América el 28 de septiembre de 1945, que generó a partir de tal

---

<sup>65</sup> Sobre el particular, el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, como Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, expresó el 19 de diciembre de 1970 ante el Senado de la República, lo siguiente: “La Nación ha sostenido que el Mar Territorial Colombiano es de 12 millas marinas en torno a sus costas y el dominio insular de la República. Esto lo preceptúan las Leyes 120 de 1919 y 14 de 1923, Leyes un poco precursoras...porque...ya en los años 19 y 23 cuando pocos sospechaban de la existencia de la plataforma submarina, dos Leyes colombianas reglamentaban su explotación”. Colombia y los problemas del mar, Bogotá, Imprenta Nacional, 1971, pág. 202

fecha manifestaciones unilaterales-de carácter análogo-por parte de la mayoría de naciones<sup>66</sup>.

-

3.2. Así las cosas, debe entonces reconocerse que el Estado colombiano ha considerado como de su territorio y, por ende, como zonas sometidas a su soberanía, el mar territorial y la plataforma continental, lo que vino a ser corroborado con la Carta Política de 1991, que en el inciso final de su artículo 101, dispone que "También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de órbita geostacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las Leyes colombianas a falta de normas internacionales" (Se subraya).

-

Tal reiteración del constituyente, en punto de proclamar todos los elementos que integran su territorio y la mención expresa, entre ellos, del mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, resulta especialmente significativa, pues corrobora que fue su propósito ratificar la plena soberanía sobre tales zonas.

-

Esa actitud del legislador colombiano, aparece confirmada luego, cuando haciendo referencia al "patrimonio cultural sumergido", el artículo 9° de la Ley 397 de 1997 declara que "Pertenece al patrimonio cultural y arqueológico de la Nación, por su valor histórico o arqueológico,..., las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o sub suelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la

---

<sup>66</sup> Así, por vía de ejemplo: Argentina, el 11 de octubre de 1946; México, el 29 de octubre de 1946; Panamá, el 17 de diciembre de 1946; Chile, 23 de junio de 1947; Perú, 1° de agosto de 1947; Costa Rica, 27 de julio de 1948; Guatemala, 1° de agosto de 1949; Brasil, 8 de noviembre de 1950, etc. Vid, Edmundo Vargas Carreño, América Latina y el derecho del mar, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, págs. 23 y 24.

plataforma continental o zona económica exclusiva, cualesquiera sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio...".

-

Dichas previsiones legislativas nacionales, especialmente las que se refieren a una protección plena y de amplio espectro en relación con el patrimonio cultural, histórico y arqueológico (*ad modum*), no son aisladas en el concierto foráneo, pues otras naciones también han adoptado similar criterio<sup>67</sup>, en pro de la referida salvaguarda, en torno de la cual hoy hay más conciencia, tanto que sin hesitación se estima, con razón, que "...la arqueología submarina es un tema que interesa al derecho internacional"<sup>68</sup> e, incluso, a la humanidad toda. Por ello es por lo que en las mencionadas naciones, dentro de las cuales se encuentra Colombia, en virtud de lo reglado expresamente por el artículo 9° de la Ley 397 de 1997, no es de recibo acudir al expediente de la 'Libertad de los mares', sin perjuicio de la polémica existente en aquellos países en los que no rige una moderna legislación de la claridad y contundencia de la colombiana, hija del vívido y meridiano deseo de proteger el patrimonio cultural sumergido que se encuentre "...en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva".

-

---

<sup>67</sup> En este punto, gran importancia denota el hecho de que, en tratándose del Patrimonio Histórico Español, la ley 16 de 1985 del país ibérico, en su artículo 40, consagre que forman parte de él "los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental..." (Se subraya).

- En este mismo sentido, por vía de ilustración, se encuentra la legislación australiana. Vid: Jesús Carrera Hernández. Protección internacional del patrimonio cultural submarino. Ob. cit., pág. 44, de suerte que no es de recibo proclamar la existencia de un situación única a nivel internacional, habida cuenta de la reseñada tendencia de proteger ampliamente y cada día más el referido patrimonio cultural, incluido el submarino o sumergido.

<sup>68</sup> Tulio Treves. Statu costero e archeologia sottomarina, en Rivista di diritto internazionale, Vo. II, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 698 y ss. Cfme: Giuseppe Vedovato. La tutela del patrimonio archeologico subacqueo, en Rivista di studi politici internazionali, Anno LX, No. 4, 1993, págs. 569 y ss.

3.3. Se sigue de lo anterior, que la tesis defendida en el recurso de casación que se propuso contra el fallo del Tribunal, carece de la rotundidad suficiente para ocasionar su quiebre, como quiera que ella, según las apreciaciones consignadas en precedencia, no corresponde al único entendimiento posible de la cuestión, concretamente en Colombia en donde milita legislación especial, por lo demás declarada exequible, como se anotó, la cual debe ser aplicada y acatada por esta Corte, merced al carácter inmutable de la misma, a lo que se suma la cosa juzgada constitucional emergente del respectivo fallo emanado de la autoridad judicial competente.

-

4. En conclusión, la fuerza que dimana del pronunciamiento de la Corte Constitucional reproducido a espacio en precedencia, aunada a las propias razones aducidas por esta Sala, conducen a un mismo resultado: el cargo examinado no está llamado a abrirse paso.

-

5. En adición a lo expresado, suficiente para el despacho adverso del cargo, debe advertirse que, de todas maneras, la acusación está llamada a caer en el vacío, pues perfilada como fue por la vía directa, quiere ello significar que el recurrente no combate la materia probatoria, para centrarse en la cuestión sustancial propiamente dicha. Al fin y al cabo, en la vía señalada es pacífico el tema de los hechos y de las pruebas; por eso "la violación derecha de la norma sustancial supone ausencia de riñas de abolengo probatorio" (cas. civ. de 20 de septiembre de 2000, Exp. 5705).

-

Así las cosas, militando en autos escrito que sugiere que el 'hallazgo' se halla en el mar territorial colombiano, propio es colegir que resulta vana toda incursión en el tema relacionado con los derechos que, para la fecha del descubrimiento, tenía Colombia en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva.

-

En efecto, el informe de verificación del hallazgo denunciado por la *Glocca Morra Company*, de cuyos derechos es cesionaria la demandante, rendido el 31

de octubre de 1983 al Director General Marítimo y Portuario, por los Inspectores Mayor de IM Lazaro Del Castillo Olaya y el Capitán de Corbeta Roberto Spicker Guzmán, precisa que la "posición definitiva de este blanco", refiriéndose a la embarcación correspondiente, es la siguiente: "10.6 millas de las Islas del Rosario, es decir, **está en el mar territorial de la República de Colombia**. Lat. 10 10 22.5 N; long. 75 58 45 W, a 21.915 metros de la Isla Yeye de las Islas del Rosario y a 52.134 metros del Edificio Nautilus del Laguito en Cartagena" (se resalta; fl. 736, cdno. 1-III).

-

Traduce lo anterior, que-hipotéticamente-de haberse reconocido prosperidad al presente cargo, la Corte, en el fallo sustitutivo, tendría que haber valorado dicho documento, el cual no recibió reproche alguno en casación, y colegir de él, según las circunstancias, que los objetos en cuestión se encuentran en el mar territorial colombiano, deviniendo entonces infructuosa la discusión planteada en esta censura, pues en cualquier supuesto la conclusión sería la misma, es decir, que el tesoro pertinente, excluido todo lo que jurídicamente no forma parte de él (Ley 163 de 1959, art. 14), *in casu*, le pertenece en un 50% a la Nación y en otro 50% a la sociedad demandante, como quiera que se localizaría en un área en la que Colombia tiene pleno dominio, a la par que soberanía, como es el mar territorial (art. 1º, ley 10/78), aspecto en el que concuerda el propio censor.

-

6. A la vista de las consideraciones realizadas, el cargo no prospera.

-

### **SENTENCIA SUSTITUTIVA**

-

1. Delanteramente se impone advertir, que no son objeto del presente fallo de reemplazo los pronunciamientos que el Tribunal otrora efectuó en los numerales primero y segundo de la parte resolutive de su sentencia, por cuanto ellos conciernen a la confirmación de los autos de 6 de julio de 1992 y 12 de octubre de 1994, proferidos por el Juzgado de conocimiento, de donde, al tenor de lo establecido en el inciso 2º del artículo 302 del Código de

Procedimiento Civil, no son, en esencia, determinaciones que integren el proveído apelado, resultando palmario, entonces, que escapan a la competencia adquirida por la Corte, en razón del quiebre en casación de la sentencia del *ad quem*, sin que ello se oponga, de un lado, a las actuaciones que en su oportunidad se promuevan y, del otro, con lo que aquí habrá de decidirse, por cuanto la medida cautelar ordenada recayó, exclusivamente, sobre “los bienes que tengan la calidad de tesoros” (auto de 12 de octubre de 1994), sin comprender, por ende, ningún objeto distinto y, mucho menos, alguno que conforme el patrimonio histórico, cultural o arqueológico, al que ya se hizo mención y sobre el que se volverá más adelante, el que en este asunto no puede ser objeto de ninguna apropiación por parte de los particulares, con todo lo que ello implica.

-

2. Cumple memorar que la sociedad *Sea Search Armada*, en su condición de cesionaria de las compañías *Glocca Morra Company Inc.* y *Glocca Morra Company*, demandó a la Nación para que en la sentencia con la que se dirimiera el litigio, se le declare dueña exclusiva de los bienes “que tengan la calidad de tesoros”, en relación con los cuales la Dirección General Marítima Portuaria, mediante Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, la reconoció como denunciante de su descubrimiento, si ellos se encuentran en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental colombianas, o titular de su dominio en la mitad, si están ubicados en el mar territorial, caso en el cual, el otro 50%, pertenecería a la demandada.

-

Fundada en su condición de denunciante del hallazgo de los bienes disputados, como en precedencia se indicó, adujo adicionalmente los trabajos de exploración que realizó con autorización de la citada Dirección, que le permitieron el descubrimiento, así como que, en definitiva, no se concretó con la demandada la celebración del contrato para la recuperación efectiva de esas riquezas. Reclamó, expresamente, la aplicación de los artículos 700 y 701 del Código Civil, así como de la Leyes 9ª de 1961, por la que se aprobó “la Convención sobre plataforma continental suscrita en Ginebra el 29 de abril de

1958", y 10ª de 1978, "por medio de la cual se dictan normas sobre Mar Territorial, Zona Económica Exclusiva, Plataforma Continental y... otras disposiciones".

-

Tramitado el proceso en primera instancia, fue decidido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia de 6 de julio de 1994, en la que, en lo fundamental, resolvió "Declarar que le pertenecen en común y proindiviso, por partes iguales (50%) a la Nación Colombiana y a la sociedad Sea Search Armada, los bienes de valor económico, histórico, cultural y científico que tengan la calidad de tesoros que se encuentren dentro de las coordenadas y áreas aledañas referidas en el 'REPORTE CONFIDENCIAL SOBRE EXPLORACIÓN SUBMARINA' en el Mar Caribe de Colombia presentado por la sociedad Glocca Morra Company, de fecha 16 de febrero de 1982, el cual hace parte de la resolución número 0354 del 3 de junio de 1982 de la Dirección General Marítima y Portuaria...; ya sea que estas coordenadas y sus áreas aledañas se hallen situadas o correspondan al mar territorial, o la plataforma continental o la zona económica exclusiva de Colombia (según las definiciones establecidas por los artículos 1º, 3º, 4º y 7º de la Ley 10 de 1978 y 1º de la Ley 9 de 1961)".

-

El Tribunal Superior de Barranquilla, al desatar las apelaciones que propusieron las partes, decidió "CONFIRMAR, en su totalidad, la sentencia..." de primer grado, para lo cual, en esencia, estableció la satisfacción de los presupuestos procesales, la validez de la tramitación cumplida, la competencia, la legitimidad de las partes, la calidad de tesoro de los bienes denunciados y que, de conformidad con el artículo 701 del Código Civil, independientemente de si el lugar de su ubicación corresponde al mar territorial, a la zona económica exclusiva o a la plataforma continental colombianas, la propiedad de los mismos estaba radicada, en un 50%, en cabeza de la actora, como su descubridora y denunciante, y la mitad restante, en la Nación, por ejercer ella plena soberanía en la totalidad de las zonas marinas mencionadas.

-

3. Tal y como quedó analizado en la primera parte de esta providencia, de las distintas acusaciones que tanto la demandante, como la Nación y la Procuraduría General formularon en contra del fallo del *ad quem*, la Corte encontró próspera aquella propuesta por las dos últimas, a través de la cual denunciaron el quebranto directo de la ley sustancial, en lo que atañe al artículo 14 de la Ley 163 de 1959, por cuanto la confirmación que de la sentencia de primera instancia hizo el Tribunal, implicó que la declaración de dominio en ella efectuada, pese a estar afincada exclusivamente en la institución jurídica del tesoro, comprendió bienes que, por mandato de la referida disposición, estaban expresamente excluidos de la noción del artículo 700 del Código Civil y que, por ende, no podían tener tal calidad-la de tesoro-, ni ser objeto de dicho reconocimiento, con todo lo que ello envuelve en el plano jurídico.

-

No merecieron acogimiento para la Sala, los restantes reproches de los recurrentes en casación, de forma tal que, a su turno, se desestimó el cargo único de la actora, dirigido a combatir el aserto del Tribunal consistente en que la Nación colombiana ejerce, por igual, plena soberanía en el mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental.

-

Asimismo se denegaron las otras acusaciones de la parte demandada, consistentes en:

-

a) La nulidad del proceso, por falta de jurisdicción.

-

b) El quebranto indirecto de la ley sustancial, por haber cometido el *ad quem* error de hecho en la apreciación de las pruebas concernientes con la demostración de las cesiones en que se apoyó la demandante para promover el presente proceso; con la acreditación del descubrimiento por ella efectuado, concretamente del sitio donde se encuentran los bienes materia del mismo; y con la celebración del contrato para su rescate y recuperación.

-

c) La vulneración recta de la ley sustancial, por razón de la calificación jurídica de tesoro que el Tribunal hizo de los bienes descubiertos, reproche que se afincó, según lo precisó la Corte al despachar la censura, en "cuatro motivos fundamentales, a saber: el primero, que se trata de bienes muebles cuyo dueño se conoce; el segundo, que no ha mediado apoderamiento, ni aprehensión física de ellos; el tercero, que no ha habido descubrimiento; y el cuarto, que no se trata de bienes sepultados o escondidos por voluntad del hombre".

-

4. Valoradas en conjunto las apreciaciones consignadas en desarrollo del estudio efectuado por la Sala a propósito de los comentados cuestionamientos de orden casacional, con miras a establecer su incidencia en el fallo sustitutivo de que ahora ella se ocupa, se extraen las siguientes conclusiones:

-

a) No habiendo sido objeto de ataque en el recurso extraordinario, deben tenerse por cumplidos los presupuestos procesales y, por lo mismo, predicarse la aptitud del asunto para recibir sentencia que en el fondo lo resuelva.

-

b) Ante la no prosperidad del cargo de nulidad, se impone admitir la competencia de la jurisdicción ordinaria para desatar el conflicto sometido al escrutinio de la misma.

-

c) Como quiera que el reparo planteado por la parte demandada, atinente a la falta de demostración de las cesiones en que se apoyó la actora para gestionar la presente acción, no se abrió camino, propio es reconocer su legitimidad en la causa por activa.

-

d) La falta de acogimiento de las acusaciones que tanto por vía directa como indirecta se plantearon, en relación con el tópico del descubrimiento por parte de la demandante de los bienes materia de controversia, deja en firme la apreciación que sobre este particular sentó el *ad quem*, consistente, en esencia, en que tal hecho se deduce o confirma del reconocimiento que la

DIMAR efectuó, mediante la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, a la *Morra Glocca Company*, quien, como ya se destacó, cedió sus derechos a la *Sea Search Armada*, de su calidad de denunciante de los mismos, excepción hecha de aquellos que revistan especial interés histórico, cultural, artístico y arqueológico, conforme a lo señalado en diversas ocasiones en esta providencia.

-

e) El despacho desfavorable de los otros aspectos en que se fundó el quebranto recto de la ley sustancial denunciado por la Nación y la Procuraduría, relativos al cuestionamiento de la calificación de los bienes como tesoro, por razón de que ellos tienen dueño conocido; que no se efectuó su apoderamiento físico y que su ocultamiento no es resultado de la voluntad del hombre, permite colegir que dicha calificación se preserva, claro está, sin perjuicio del efecto que en cuanto a ella tiene el acertado reproche que resultó próspero, como pasa a explicarse.

-

5. Fijada la atención de la Corte en el cargo que con respaldo en la causal primera de casación le mereció acogimiento, propio es puntualizar que él, en rigor, consistió en que el Tribunal no hizo actuar el artículo 14 de la Ley 163 de 1959 y que, por ello, tal autoridad, al desatar la presente controversia, no excluyó del régimen del tesoro en que afincó su decisión, los bienes constitutivos de los "monumentos muebles" contemplados en el artículo 7º de dicho ordenamiento jurídico, esto es, según la expresa, directa y autónoma remisión que el propio precepto hizo, los detallados en el artículo 1º del "Tratado celebrado entre las Repúblicas americanas, sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, en la 7ª Conferencia Internacional Americana y a la cual adhirió Colombia por Ley 14 de 1936", que a la letra dice:

-

"Artículo 1º. Para efectos de este Tratado se consideran monumentos muebles:

-

"a) De la época precolombina: las armas de guerra o utensilios de labor, las obras de alfarería, los tejidos, las joyas y amuletos, los grabados, diseños y códices, los equipos, los trajes, los adornos de toda índole, y en general todo objeto mueble que por su naturaleza o su procedencia muestren que provienen de algún inmueble que auténticamente pertenece a aquella época histórica.

-

"b) De la época colonial: las armas de guerra, los utensilios de trabajo, los trajes, las medallas, monedas, amuletos y joyas, los diseños, pinturas, grabados, planos y cartas geográficas, los códices, y todo libro raro por su escasez, forma y contenido, los objetos de orfebrería, de porcelana, marfil, carey, los de encaje, y en general, toda las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico.

-

"c) De la época de la emancipación y la República: los mencionados en el inciso anterior que correspondan a esta época.

-

"d) De todas las épocas: 1) las bibliotecas oficiales y de instituciones, las bibliotecas particulares valiosas tomadas en su conjunto, los archivos nacionales y las colecciones de manuscritos, oficiales y particulares de alta significación histórica; 2) como riqueza mueble natural los especímenes zoológicos de especies bellas y raras que están amenazadas de exterminación o de desaparición natural, y cuya conservación sea necesaria para el estudio de la fauna".

-

Cada uno de esos bienes, conforme el pronunciamiento expreso y anticipado de la ley, corresponde al concepto de "monumentos muebles" y, por consiguiente, otrora quedaron excluidos del régimen jurídico del tesoro, consagrado en el Código Civil, no pudiendo, por ende, ser objeto de ninguna declaración en tal sentido, previsión esta que, sin duda, se erige en la principal medida de protección, salvaguarda y conservación, respecto de dichos monumentos, consagrada en la tantas veces citada Ley 163 de 1959, la cual el *ad quem* desconoció, se itera, por no aplicarla, estando llamado a hacerlo.

-  
Adicionalmente, es del caso observar que los señalados "monumentos muebles" integran, a la vez, el "patrimonio histórico y artístico nacional", puesto que en el artículo 1° de la Ley se declaró, que dicho patrimonio está integrado por "los monumentos, tumbas prehispánicas y demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las investigaciones paleontológicas, y que se hayan conservado sobre la superficie o el subsuelo nacional" (Se subraya), precepto en torno del cual deben tenerse en cuenta las apreciaciones que en su momento se consignaron-en esta providencia-sobre su genuino sentido y alcance.

-  
6. Así las cosas y teniéndose por establecido, como aflora con meridiana claridad de las propias pretensiones de la demanda-en la medida que ellas están referidas exclusivamente a los bienes "que tengan la calidad de tesoros" (Se subraya)-, que tal figura jurídica-la del tesoro-, fue la única esgrimida por la actora para obtener la declaración de dominio que en este asunto pretende, entendimiento que también se deriva de los fundamentos fácticos y normativos invocados en el libelo, así como de la postura que la actora asumió a lo largo del proceso, cumple memorar que el concepto o la noción primigenia de tesoro, contenida en el artículo 700 del Código Civil, fue objeto de expresa modificación y atenuación, más no de derogación, expulsión o aniquilamiento del ordenamiento jurídico patrio, pues dicho instituto, como tal, se mantuvo vigente, por la restricción que ulteriormente a ella impuso el indicado artículo 14 de la Ley 163 de 1959; y que, por tanto, desde la entrada en vigencia de este cuerpo normativo-confirmado por reiterada legislación posterior-, la aplicación de esa milenaria institución, si bien se conservó, claramente se redujo su espectro y alcance, no pudiendo comprender los precisados objetos, materia de especial tutela legal y, posteriormente, constitucional, con arreglo en una arraigada y extendida tendencia internacional de carácter tuitivo, como se señaló detenidamente.

-

En consecuencia, sin desconocer la evidencia y trascendencia del yerro jurídico cometido por el *ad quem*, huelga subrayar que la omisión en que él incurrió, tiene efectos respecto del reconocimiento que equivocadamente se hizo, al confirmar el fallo del *a quo*-que incluyó en su decisión los bienes "de interés **histórico** [y] **cultural**" (Se destaca)-, de aquella parte especial de los bienes descubiertos que, en los términos del artículo 7° de la Ley 163 de 1959, correspondan a "monumentos muebles" y que integran, por consiguiente, el "patrimonio histórico y artístico nacional", los cuales, de acuerdo con el supraindicado artículo 14 de la mencionada ley, fueron excluidos del régimen del tesoro y sometidos a sus previsiones de índole proteccionista, todo en consonancia con la normatividad posterior pertinente.

-

7. Lo anterior significa, que deben diferenciarse, de un lado, los bienes u objetos que, conforme a las directrices trazadas por las aludidas disposiciones- en concreto, los artículos 700 del Código Civil y 14 de la Ley 163 de 1959 y demás preceptos concordantes-, constituyen tesoro y, de otro, aquellos que el artículo 1° de la Ley 163 de 1959, en su oportunidad, declaró como "patrimonio histórico y artístico nacional", dentro de los cuales se encuentran los "monumentos muebles", establecidos en su artículo 7° y demás normas aplicables.

-

a) Sobre los primeros-tesoros-, cabe acotar que, ciertamente, desde cuando la Dirección General Marítima y Portuaria, mediante Resolución No. 0354 de 3 de junio de 1982, expresamente reconoció a la *Glocca Morra Company* como denunciante de los mismos<sup>69</sup>, quien cedió a la actora sus derechos, al tenor del artículo 701 de la precitada codificación, se corroboró la adquisición de su derecho de dominio, en la mitad, prerrogativa que habrá de reconocerse, pues ante su consolidación previa, no resultó afectada por la

---

<sup>69</sup> Al respecto, cumple recordar que de conformidad con el artículo VIII de la Resolución 0148 de 10 de marzo de 1982, expedida por la DIMAR, "La compañía concesionaria está en la obligación de **denunciar los descubrimientos** de tesoros o antigüedades que efectúe, indicando la posición exacta donde se encuentren los mismos..." (Se subraya y se destaca).

normatividad legal que posteriormente se expidió y que fue analizada en su momento en este proveído, radicándose en la Nación la propiedad del otro 50%, independientemente de si los referidos bienes se encuentran ubicados en el mar territorial, la zona económica exclusiva o la plataforma continental patrias, pues indistintamente el Estado colombiano ejerce plena soberanía en todas y cada una de esas zonas, como también se dejó establecido a raíz del despacho del único cargo formulado en casación por la demandante.

-

b) Los últimos-monumentos muebles-, otrora fueron declarados por el artículo 1° de la Ley 163 de 1959 integrantes del mencionado patrimonio "histórico y artístico nacional", condición o calidad que, invariablemente conservan desde entonces y, en armonía con ello, fueron objeto de la protección que tanto esa ley consagró, especialmente al excluirlos del régimen legal del tesoro (art. 14), como de la fijada en la totalidad de las normas posteriores que se han ocupado de esta temática, muy especialmente de los Decretos 1367 de 1989 y 833 de 2002-mediante los cuales se reafirmó que la descrita tipología de bienes, *in integrum*, está por fuera del ámbito de la figura del tesoro-, desprendiéndose de allí que no pueda reconocerse, en cuanto a ellos, ningún derecho adquirido en cabeza de la demandante y que, por lo contrario, desde la Constitución de 1991, deba considerárseles como de propiedad inequívoca y exclusiva del Estado, con todo lo que de esa condición jurídicamente se desprende, en especial, su carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables, y en tal virtud que están por fuera del comercio (*extra commercium*) y que no son susceptibles de apropiación o adquisición por los particulares, entre otros modos adquisitivos, por el tesoro, "...una especie de invención o hallazgo" (art. 700, C.C.), como se acotó a espacio.

-

En tal orden de ideas, propio es sostener que los bienes de que ahora se trata, en su oportunidad, quedaron comprendidos por el Decreto 1397 de 1989, "por el cual se reglamenta la Ley 163 de 1959", al punto que, de forma clara y categórica, en el artículo 1°, se dispuso que "Los monumentos muebles a que

se refiere la Ley 163 de 1959, no están cobijados por la noción de tesoro prevista en el artículo 700 del Código Civil... En consecuencia, a ellos no se aplican los artículos 701 a 709 y 712 del Código Civil, ni las normas que los subrogan”, revelándose así el real y auténtico sentido y alcance de la comentada exclusión, prevista inicialmente en el artículo 14 de la mencionada ley.

También, que dichos “monumentos muebles” resultaron amparados en desarrollo del sistema proteccionista de más amplio norte prohijado por la Carta Política de 1991, la cual consagró, *expressis verbis*, que “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” (art. 72).

-  
Del mismo modo, ellos fueron objeto de las previsiones de la Ley 397 de 1997, lo que se deduce de su artículo 4º, en la medida en que, por una parte, el párrafo 1º dispuso que “Los bienes declarados monumentos nacionales con anterioridad a la presente ley, así como los bienes integrantes del patrimonio arqueológico, serán considerados como bienes de interés cultural” (Se subraya) y, por la otra, el inciso 2º, estableció que “Las disposiciones de la presente ley y de su futura reglamentación **serán aplicadas a los bienes y categorías de bienes que siendo parte del patrimonio cultural de la nación** pertenecientes a las épocas prehispánicas, de la colonia, la independencia, la república y la contemporánea, **sean declarados como bienes de interés cultural,...**” (Se subraya y resalta), de lo que se sigue que al haber sido considerados “de interés cultural” los bienes que desde antes tenían la calidad de “monumentos nacionales”, entre ellos, obviamente, los “monumentos muebles” de la Ley 163 de 1959, éstos, de plano, quedaron sujetos al régimen legal de la mencionada ley 397, que, en lo cardinal, entre otras, se caracteriza por las siguientes reglas: “Es obligación del Estado y de las personas valorar, proteger y difundir el Patrimonio Cultural de la Nación” (art. 1º, num. 5º); es “objetivo primordial de la política estatal sobre la

materia... la preservación del Patrimonio Cultural de la Nación” (art. 2°); el “Patrimonio Cultural de la Nación, está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”.

-

Además, claro está, no hay duda que los indicados “monumentos muebles”, quedaron igualmente cobijados por las disposiciones del Decreto 833 de 2002, reglamentario de la precitada ley, en el que se reiteró que “El encuentro de bienes integrantes del patrimonio arqueológico no tiene para ningún efecto el carácter civil de invención, hallazgo o descubrimiento de tesoros”, norma que explicitó, de manera rotunda, la imposibilidad de que todo objeto que denote especial interés histórico, cultural o arqueológico sea susceptible de tales formas de adquisición del dominio, ratificando así la exclusión íntegra de dichos bienes del régimen que, en relación con los tesoros, consagra el Código Civil.

-

8. Ese entendimiento de la cuestión, conduce a la Corte, actuando en sede de segunda instancia, a dispensar plena e inequívoca protección al mencionado “patrimonio histórico y artístico nacional”, al que originariamente se refirió la Ley 163 de 1959, o al “patrimonio cultural de la nación”, como se denomina por parte del artículo 4° de la Ley 397 de 1997-y demás nombres, calificaciones o rótulos similares que expresen la misma idea y análoga tutela-, para lo cual excluirá del pronunciamiento contenido en la sentencia de primera instancia todos los “monumentos muebles” especificados en la primera de esas leyes-inaplicada por los dos juzgadores de instancia-, como quiera que ellos, al tenor de su artículo 1°, *ab initio*, pasaron a conformar el referido patrimonio, conforme ya se indicó, siendo, en consecuencia, objeto de las especiales

medidas de protección allí consagradas, así como de las constitucionales y legales ulteriormente proferidas, relacionadas en precedencia, íntimamente enlazadas por un mismo y simétrico propósito, razón por la cual cabe afirmar, en cuanto a ellos que, en la actualidad, son de propiedad exclusiva del Estado- con todo lo que ello implica- y ostentan el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin que de tal disposición se derive la vulneración de ningún derecho adquirido, y menos de la demandante, pues, se insiste, en relación con esos bienes ("monumentos muebles" integrantes del patrimonio histórico, cultural y artístico nacional), por las advertidas características de su dominio por parte del Estado, no puede constituirse derecho con linaje de tal, en cabeza de los particulares, concretamente en el asunto sometido al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, incluido el de la Corte Suprema. Al respecto, cabe memorar que al igual que en tratándose de las "simples expectativas", tales situaciones "pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador" (Corte Constitucional, sentencia C-168 de 20 de abril de 1995).

-

9. Ahora bien, teniéndose en cuenta que aún no se ha verificado la extracción o exhumación del conjunto de bienes denunciados inmersos en las profundidades del mar, sobre los que versa el presente debate, y que, por consiguiente, a plenitud no se conocen las características, rasgos o particularidades individuales de ellos, así como que el derrumbamiento o quiebre de la sentencia del Tribunal se derivó de la violación, por falta de aplicación, de la Ley 163 de 1959, específicamente de su artículo 14, tórnase indefectible precisar que de los objetos denunciados por la demandante, sólo aquellos que no califiquen o que, *in casu*, no puedan calificarse como "monumentos muebles" o, en general, que por no ser de especial interés cultural, histórico, artístico o arqueológico, no integren el "patrimonio cultural nacional", estarán correlativamente comprendidos por la declaración de dominio efectuada en la sentencia de primera instancia, pronunciamiento éste que, por tanto, recae única y exclusivamente sobre los bienes que, conforme a

la noción o concepto limitado que en la actualidad le corresponde al tesoro, merced a su evolución y cambios registrados, puedan estimarse como tal.

-

Expresado de otro modo, la referida declaración de dominio, *in eventum*, tiene cabida sólo y privativamente en torno a los objetos que no revistan especial *interés cultural*, en cuyo caso, si reúnen las calidades jurídicas del tesoro, podrá hacerse efectivo el señalado derecho de dominio. De allí que, *ad cautelam*, deberá procederse al aludido escrutinio, siempre velando porque no se conculque, pretermita o vulnere el "...Patrimonio Cultural de la Nación", en un todo de acuerdo con el ordinal 6º del artículo 1º de la Ley 397 de 1997, el que perentoriamente reza que "Es obligación del Estado y de las personas valorar, proteger y difundir..." el patrimonio en cuestión.

-

Por consiguiente, en orden a evitar equívocos en el presente juzgamiento, nada que revista o pueda revestir *interés cultural*-en los términos ya señalados-podrá formar parte del dominio de la sociedad demandante, como quiera que, por las razones expresadas en precedencia, que tienen que ver con la prevalencia o primacía de los derechos del Estado en esta materia de índole histórico-cultural, ninguno de esos bienes puede ser objeto de apropiación privada, lo que explica que no puedan, *stricto sensu*, catalogarse de tesoro (art. 700, C.C.) y por lo tanto, traducirse en un modo particular de adquisición de la propiedad.

-

10. Empero, como tanto en el artículo 1º del "Tratado celebrado entre las Repúblicas americanas, sobre defensa y conservación del patrimonio histórico", como en el artículo 1º de la Ley 163 de 1959-en la que expresamente se remitió en su art. 7º a dicho tratado-, se incluyeron alusiones generales (*numerus apertus*) para completar los conceptos pertinentes, en su orden, de "monumentos muebles" y de "patrimonio histórico y artístico nacional", es menester evaluar la incidencia de esa circunstancia, frente al presente proceso.

-

En efecto, la primera norma atrás invocada, en tratándose de bienes pertenecientes a la época precolombina, incluyó "todo objeto mueble que por su naturaleza o su procedencia muestren que provienen de algún inmueble que auténticamente pertenece a aquella época..."; y respecto de la fase colonial, de la emancipación y la República, menciona "todas las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico".

-

A su turno, el artículo 1º de la Ley 163 de 1959 declaró como "patrimonio histórico y artístico nacional", a los "demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las investigaciones paleontológicas".

-

Tal generalización, en lo que concierne al litigio *sub examine*, máxime cuando, como anteriormente se apuntó, por imposibilidad material, aún no se conocen todas las características o rasgos específicos de los bienes denunciados por la actora, impide a la Corte hacer una cabal y responsable calificación *a priori* para tenerlos, en su totalidad, como integrantes del patrimonio cultural, histórico, artístico o arqueológico nacional, sin que, como en el cuerpo de esta providencia se manifestó, revistan aquí algún papel los relatos históricos o literarios que en torno a este caso existan, por más serios y fundados que sean, por cuanto cualquier valoración que al respecto se hiciera, quedaría necesariamente en el campo de la suposición, conjetura o de la mera especulación, actitud que, bien se sabe, no está en estricta consonancia con la actividad judicial, por cuanto, como también se acotó, las decisiones de los jueces sólo pueden estar basadas en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (art. 177, C. de P.C.).

-

En este punto, conveniente es advertir que no militan en autos pruebas que acrediten que la denuncia efectuada ante la DIMAR por la *Glocca Morra Company*, cuyos derechos luego cedió a la demandante, y a que se concreta la presente controversia, en realidad corresponda a una específica o precisa

embarcación náufraga y, mucho menos, que ella inexorable o indefectiblemente sea el "Galeón San José", para, con ese entendimiento, recurrir al antecedente histórico sobre su mítico hundimiento y, por esta vía, deducir que la totalidad de los bienes denunciados, con sujeción a esa puntual razón, revisten importancia histórica e integran, necesaria y correlativamente, el "patrimonio cultural de la nación"<sup>70</sup>.

-  
Recuérdase que, como da cuenta de ello la propia demanda en su hecho quince, el 18 de marzo de 1982 "la compañía Glocca Morra Company denunció el hallazgo de tesoros correspondientes a naufragios de naves", sin circunscribirse tal manifestación a un navío en concreto, cuestión corroborada en los informes de verificación de la Armada Nacional a que ya se hizo mención, en los cuales se aludió a "que se ha localizado en el fondo del mar unas configuraciones coralinas que han determinado la posibilidad de encontrarse allí los restos de un viejo Galeón. El posible naufragio se ha llamado blanco principal para todos los efectos, pues no se tiene la seguridad de su nombre..." (fl. 733, cd. 1-III) y a que con el equipo de que se dispuso y la información con que se contaba "se logró la ubicación de los restos de un naufragio" (fl. 701, cd. 1-III).

-  
En armonía con ello, la Dirección General Marítima y Portuaria, mediante la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, reconoció a la peticionaria como "denunciante de tesoros o antigüedades náufragas", sin referirse tampoco a una determinada embarcación.

---

<sup>70</sup> Obsérvese que, de conformidad con lo señalado por la UNESCO, "Se calcula que en los fondos oceánicos se hallan diseminados más de 3 millones de navíos naufragados sin localizar. En el 'Dictionary of Disasters at Sea' se enumeran por ejemplo los naufragios de 12.542 buques mercantes, de pasajeros y de guerra, ocurridos en 1824 y 1962". Carpeta de información, Convención de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, 2001, CLT/CH/INS/06/12, pág. 3, a lo que se agrega que, de acuerdo con cálculos sobre el particular, cerca de mil embarcaciones reposan sumergidas en aguas colombianas, lo que dificulta aún más cualquier referencia alrededor de esta temática, en el evento de que pretendiera hacerse.

Se sigue de lo expuesto en precedencia, que mal podría la Corte, apoyada en una inferencia o suposición de esa naturaleza, de suyo periférica, recurrir a los datos y remembranzas del pasado, por más fundamentadas que aparezcan-se insiste-, para atribuir el carácter inconcuso de bienes históricos a la totalidad de los objetos inmersos en el pecio o embarcación respectiva, según el caso, así se intuya o se pueda intuir un resultado cualquiera, o, incluso, ese fuera su pálpito o entendimiento *in pectore*, a partir del llamado conocimiento privado del juez, en todo caso no habilitado para fallar en derecho, con plena observancia de la totalidad de las garantías constitucionales y legales, entre otras, el aquilatado debido proceso. Cualquier calificación veraz, cauta y prudente al respecto, dependerá entonces de la efectiva recuperación de los bienes y de su auscultación específica, en contraste con los ya indicados derroteros fijados por la Ley 163 de 1959 y demás normas concordantes que resulten aplicables.

-

Debe agregarse, por su valía, que la tendencia legislativa sobre el particular, ha sido la de reservar la estimación de si un bien es de especial interés histórico o cultural, así como la determinación de su valor pecuniario, según sean las circunstancias, inicialmente en personas especializadas con suficientes conocimientos técnicos que, de ordinario, no posee el juez, menos en punto tocante con la tipología de bienes denunciados. No en vano, igualmente como se mencionó en su oportunidad, en la actualidad este tipo de operaciones se le confían a personas altamente calificadas, conocedoras de la apellidada *arqueología submarina*, tal y como lo consagra, en lo pertinente, el artículo 9º de la Ley 397 de 1997, parágrafo 2º, prueba de que en estos menesteres no es el juez el llamado a efectuar ninguna calificación, precisamente por el tecnicismo que rodea dicho laborío, a lo que se agrega que no está ni siquiera en condiciones de conocer, *in concreto*, qué hay en efecto en el fondo del mar, específicamente en la embarcación denunciada. Al fin y al cabo, a más de que no es un perito o técnico en la señalada disciplina-o en las aledañas a ella-, no es un zahorí y, por contera, está desprovisto de cualquier facultad adivinatoria

para aseverar que todo, esto es, el ciento por ciento, reviste especial 'interés cultural', a pretexto de que lo antiguo, siempre interesa a la cultura<sup>71</sup>.

-

Con carácter meramente ilustrativo, cabe reseñar que esa especial actividad, la Ley 163 de 1959 la asignó al Ministerio de Educación Nacional (art. 13); que el Decreto 655 de 1968, a su turno, la radicó en peritos designados, uno por la Dirección Marítima Mercante Colombiana, otro por la persona contratada para su recuperación y el tercero, por los así nombrados (art. 7º), disposición que, como se sabe, fue reproducida por el artículo 117 del Decreto Ley 2349 de 1971; que igualmente el Decreto 12 de 1984, en relación con las antigüedades náufragas, aludió a la figura de peritos en el literal a) del párrafo del artículo 4º, como a su vez lo hizo el Decreto 2324 de 1984, en el literal a) del párrafo del artículo 191; y que la Ley 26 de 1986, estableció que el Consejo integrado por el Ministro de Hacienda, el Ministro de Defensa, el Ministro de Educación, el Secretario General de la Presidencia de la República y el Gerente General del Banco de la República (art. 6º), "evaluará las antigüedades y los valores náufragos recuperados" (art. 8º).

-

Por su parte, la Ley 397 de 1997 consagró en su artículo 8º que "El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Cultura y previo concepto del Consejo de Monumentos Nacionales-creado en el artículo 7º, aclara la Corte-, es el responsable de la declaratoria y del manejo de los monumentos nacionales y de los bienes de interés cultural de carácter nacional" (Se subraya).

-

Adicionalmente, al desarrollar la temática relativa al "patrimonio cultural sumergido", la mencionada Ley señaló en el artículo 9º, que "Pertenece al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación, por su valor histórico o

---

<sup>71</sup> Si así fuera, ni el derecho colombiano, ni en ningún derecho en el que la antigüedad-o *vetus*-importe a la noción de *thesaurus*-ora directa, ora indirectamente-, podría hablarse de la institución del tesoro y sabido es que ella subsiste, como se reseñó, aún después de la floración de las leyes protectoras del patrimonio histórico y cultural, así sea en forma más restringida, recortada o limitada. No en balde, como también se reseñó, en las codificaciones civiles más recientes, incluso del siglo XXI, se sigue legislando acerca del tesoro

arqueológico, que deberá ser **determinado** por el Ministerio de Cultura...” (Se subraya y destaca) los bienes que allí se determinan, entre ellos, las “especies náufragas” que consideró conformadas “por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva...” (Se subraya).

-

En este punto, por su singular relevancia en el presente asunto, hay que manifestar que la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del precitado artículo 9º, precisó que “...**no todo bien sumergido entra a formar parte del patrimonio nacional**, ya que es necesario que éste tenga un valor histórico o arqueológico, que justifique su incorporación a dicho patrimonio. Conforme a este artículo, **corresponde al Ministerio de la Cultura realizar la correspondiente evaluación del valor arqueológico o histórico del correspondiente bien**, con el fin de determinar si éste se incorpora o no al patrimonio arqueológico y cultural de la Nación” (Sentencia C-474 de 10 de junio de 2003; se subraya y destaca), fallo en relación con el cual, por ser de constitucionalidad, caben las mismas apreciaciones que la Sala consignó al resolver el cargo de casación propuesto por la actora y que aquí, por ende, se dan por reproducidas.

-

De igual modo, también por su pertinencia, cumple observar que en la esfera jurídica internacional la determinación o calificación en comentario, no es automática o totalizadora-*a priori*-, toda vez que para ello, *a posteriori*, deberá realizarse la correspondiente evaluación, caracterizada por traducirse en una arquetípica *quaestio facti*, sujeta y condicionada, como tal, por cada caso en particular, no siendo entonces de recibo la generalización-así luego, hipotéticamente, llegase a confirmarse el palpito, creencia o deducción correspondientes-<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Como bien lo advierte el profesor Giovanni Rotondi, es menester “...que los objetos descubiertos sean examinados por los conocedores en aquellas condiciones de tiempo y

Por consiguiente, a la vista de las consideraciones precedentes, en cuanto se haga o resulte necesaria la evaluación técnica de los bienes descubiertos, la que sólo será pertinente respecto de los que no aparecen enlistados expresamente como "monumentos muebles" o como integrantes del "patrimonio histórico o artístico nacional" en la ley, es del caso observar que ella, de un lado, deberá sujetarse a los criterios que fijó el artículo 1° de la Ley

---

lugar que permitan una mejor interpretación". I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro. Op. cit., pág 343.

De igual modo, como se ha puesto de presente en la doctrina internacional, es necesaria la auscultación individual en referencia, toda vez que no se puede partir de la idea de que en estos supuestos, de por sí, todo interesa a la cultura o a la historia, así ello pueda tener lugar en numerosos y reiterados casos, como lo reconoce la doctrina. Vid. Mario Bessone, Istituzioni di diritto privato, Giapichelli, Torino, 2003, pág. 400, y Gianpiero P. Cirillo, voz 'Tesoro', Op. cit., pág. 398. Por ello, el doctrinante Pietro Perlingieri, con buen criterio, señala que "Si la cosa no reviste un particular interés histórico y artístico, se aplicarán las reglas previstas para el tesoro", lo que evidencia, de una parte, que la descrita generalización no es de aceptación, pues puede haber casos en que lo hallado no posea un especial 'interés cultural' y, de la otra, que el instituto del tesoro tendrá aplicación y cabida en ese puntual supuesto. Istituzioni di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pág. 113.

En esta misma orientación, el profesor Jesús Carrera precisa que "Es evidente que hay restos que no presentan ningún tipo de interés histórico, cultural ni arqueológico...". Es más, es enteramente posible que un encuentro cualquiera, una vez exhumado, pueda revelar que existan objetos que, en estrictez, no interesen a la historia y a la cultura, y que tampoco puedan ser considerados preciosos y, por tanto, como constitutivos de tesoro, tal y como lo corrobora el profesor A. Agudo Ruiz cuando reconoce que hay casos en que "...el descubrimiento no despierta interés alguno (arqueológico o económico) ni surge el concepto de tesoro...". Régimen jurídico del tesoro. Op. cit., pág. 64.

Al fin y al cabo, como lo recuerda Andrea Tabet y Enzo Ottolenghi "No basta que se trate de cosas que tengan cualquier relación con el arte, la historia, la etnografía, etc., pues es necesaria una vinculación calificada que denote un particular interés". La proprietà, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, pág. 742, interés que, en el ámbito colombiano, igualmente ha calificado el legislador, por vía de ejemplo, en el artículo 1° de la Ley 163 de 1959, alusiva a la defensa y conservación del patrimonio histórico y artístico, al indicar que se declaran "patrimonio histórico y artístico nacional los monumentos, tumbas prehistóricas y demás objetos... que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas...", anotación que guarda consonancia con la remisión que hace el artículo 7° de la ley 163 de 1959 (art. 1, letra d), en concreto cuando se refiere, en lo aplicable, a ciertos objetos que tengan "alta significación histórica". Lo propio, a su turno, hace el artículo 4° de la ley 397 de 1997, a cuyo tenor "el patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales...que posean un especial interés histórico" (Se subraya).

-

163 de 1959, como el artículo 1º del "Tratado celebrado entre las Repúblicas americanas, sobre defensa y conservación del patrimonio histórico"-por expresa remisión normativa-, pautas atendibles para establecer si los objetos encontrados pertenecen a dicho patrimonio y, de otro, que tal examen deberá efectuarse por la autoridad que corresponda, al momento de su realización, según el régimen imperante o que para el efecto impere.

-

11. En definitiva, en el presente asunto procederá la Corte a brindar plena e inequívoca protección al patrimonio cultural, histórico, artístico y arqueológico, incluido el sumergido, y, con ese confesado propósito, como corresponde en estricto derecho, en concreto por lo reglado por la normatividad pertinente, excluirá todos y cada uno de los bienes que lo conforman-o conformen-, en particular, los "monumentos muebles" consagrados en la Ley 163 de 1959, de la declaración de dominio contenida en el fallo de primer grado y, con arreglo a la mencionada modificación sustancial, lo confirmará sólo en lo pertinente, en el entendido que la propiedad allí reconocida, por partes iguales, para la Nación y la sociedad demandante, está referida única y exclusivamente a los bienes que, por sus características y rasgos propios, según el caso, sean susceptibles de calificarse como tesoro, en el campo jurídico, teniendo en cuenta que su configuración, concepto y alcance, definitivamente, no es el mismo que otrora tenía, en atención a la tutela y salvaguarda conferidos prevalente y preferentemente al mencionado patrimonio, hoy una constante a nivel internacional. De allí que convergen y, de paso, primen intereses superiores de indiscutido carácter social y cultural, lo cuales el juez y demás autoridades deben proteger, según se advirtió.

-

Respecto de esos bienes, en relación con los cuales limitadamente cabe la declaración de dominio efectuada por el *a quo*, conforme se deja señalado, también es necesario precisar que corresponden solamente a aquellos a que alude la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, expedida por la Dirección General Marítima y Portuaria, es decir, a los que se encuentren en "las coordenadas referidas en el 'Reporte Confidencial sobre Exploración Submarina efectuada por la Compañía GLOCCA MORRA en el Mar Caribe, Colombia

Febrero 26 de 1982' Página 13 No. 49195 Berlitz Translation Service", sin incluir, por tanto, zonas, espacios o áreas distintas.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República, teniendo en cuenta y en consideración el denunciado y manifiesto error jurídico en que incurrió el *ad quem*, consistente en no haber aplicado al presente asunto el artículo 14 de la Ley 163 de 1959, omisión con la que transgredió claramente el régimen de protección especial previsto en favor del patrimonio cultural, histórico, artístico, incluido el sumergido, y arqueológico, **CASA** la sentencia de 7 de marzo de 1997, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en este proceso ordinario de la referencia y, en sede de segunda instancia, **RESUELVE:**

**PRIMERO:** **DISPENSAR** plena e inequívoca protección al patrimonio cultural, histórico, artístico y arqueológico nacional, incluido el sumergido, razón por la cual se excluye expresamente de la declaración de dominio contenida en el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, dictada en el presente juicio por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de la mencionada ciudad el 6 de julio de 1994, todos y cada uno de los bienes que correspondan o correspondieren a "monumentos muebles", según la descripción y referencia consagrada en el artículo 7° de la Ley 163 de 1959, los cuales están sometidos y gobernados por el régimen proteccionista allí contemplado, así como por las normas constitucionales y legales que, con ese mismo y específico propósito, se han proferido posteriormente, caracterizadas por la amplitud y generalidad de la tutela conferida.

**SEGUNDO:** Con observancia de la resolución anterior, se **MODIFICA** el aludido punto segundo del fallo de primera instancia, en el entendido que la propiedad allí reconocida, por partes iguales, para la Nación y la demandante, está referida única y exclusivamente a los bienes que, de un lado, por sus características y rasgos propios, conforme a las circunstancias y a las

directrices señaladas en esta providencia, sean aún susceptibles de calificarse jurídicamente como tesoro, en los términos del artículo 700 del Código Civil y de la restricción o limitación que a él le impuso el artículo 14 de la Ley 163 de 1959, entre otras disposiciones legales aplicables y, de otro, a que alude la Resolución 0354 de 3 de junio de 1982, expedida por la Dirección General Marítima y Portuaria, es decir, a los que se encuentren en "las coordenadas referidas en el 'Reporte Confidencial sobre Exploración Submarina efectuada por la Compañía GLOCCA MORRA en el Mar Caribe, Colombia Febrero 26 de 1982' Página 13 No. 49195 Berlitz Translation Service", sin incluir, por lo tanto, espacios, zonas o áreas diversas.

- **TERCERO:** Sin perjuicio de las determinaciones adoptadas en los dos puntos anteriores, **CONFIRMAR** en lo restante y pertinente, la mencionada sentencia de primera instancia.

- **CUARTO:** Condenar en costas a la demandante *Sea Search Armada*, como quiera que el recurso de casación por ella interpuesto, no prosperó. Tásense en oportunidad. Sin costas para la Nación y la Procuraduría General de la Nación, por el éxito de sus recursos extraordinarios formulados.

- Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

-  
**RUTH MARINA DIAZ RUEDA**

-  
**MANUEL ISIDRO ARDILA VELASQUEZ**  
-  
-  
-

-  
**CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**

-  
-  
-  
**PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA**

-  
-  
**CESAR JULIO VALENCIA COPETE**

-  
-  
-  
-  
**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**

-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-  
-

**SALVAMENTO DE VOTO**

-

**Exp. 08001-3103-010-1989-09134-01**

-

Con todo respeto me permito disidir del fallo que puso término al recurso de casación.

-

Sea lo primero decir que la divergencia viene de considerar que la Ley 163 de 1959 es la expresión más genuina de una política soberana de defensa del patrimonio cultural e histórico de la Nación, y que con ella se rompió de manera radical con el pasado y se inició un nuevo paradigma anticipatorio de lo que después sería el artículo 72 de la Carta Política de 1991, según el cual "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". Así, entre la Ley 163 de 1959 y la Constitución de 1991 hay una continuidad que no permite fisura alguna en esa defensa de los bienes culturales. Entonces, el legislador Colombiano no es el mismo que recibió la influencia del derecho romano, pues en 1959 se produjo una verdadera ruptura a partir de la Séptima Conferencia Internacional América venero de la Ley 163 de 1959, que a no dudarlo constituyó *ex novo* el universo jurídico de los bienes culturales, nítidamente separable y excluyente de las reglas del tesoro. Con el concepto de "*bien cultural*" se inauguró una categoría jurídica distinta, y a partir de allí la noción de tesoro subsiste melancólicamente como un rezago anacrónico de épocas y realidades distintas.

-

La sentencia exalta de modo generoso la defensa de los bienes culturales, pero en el cierre, en cuanto deja subsistentes las reglas del tesoro para una parte del litigio, resigna en ese propósito de protección tan refinada y exquisitamente explicitado en un comienzo.

-

En una Roma guerrera e imperial, la fuerza de sus ejércitos también estaba en la codicia de sus soldados. El botín, paga de la victoria, se ponía a buen seguro, tanto, que de él se perdía memoria hasta que, reaparecido por el descubrimiento debía ser repartido por mitades entre el denunciante y el dueño del predio. Esta noción de tesoro de estirpe puramente privatista, como reconoce con exuberancia argumentativa la sentencia, fue concebida para zanjar disputas entre particulares, y nada tiene que ver con la idea de bienes culturales como patrimonio y memoria histórica de una nación entera.

-

En las antípodas de la institución privatista del tesoro, hállase la potestad pública del Estado ejercida para la defensa de los bienes culturales, idea extraña al derecho romano. Entonces, por los objetos materiales sobre los cuales recae, por los sujetos protagonistas de la disputa, y por el recipiente o *loci* que abriga las cosas, nada hay que permita la coexistencia simultánea de las dos instituciones. Así, ya no se trata de dos particulares en medio de una disputa, ahora es el Estado en representación de la nación entera a quien se reconoce la titularidad de los derechos como nítidamente enseña el artículo 1º de la Ley 163 de 1959. Tampoco la consideración recae sobre cualquier objeto valioso por su estimación pecuniaria, por el contrario el asunto concierne a los valores culturales "*inalienables, inembargables e imprescriptibles*" que por lo mismo no pueden pasar al poder de los particulares, así su valor sea más simbólico que crematístico. Tampoco los bienes reposan en inmuebles privados, pues yacen en este caso en el lecho marino o en los dominios de "*los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica*" como refiere el artículo 72 de la Constitución. Así las cosas, la semejanza entre el concepto de "*tesoro*" y el de "*bien cultural*" es manifiesta, y de esa distinción da cabal cuenta la Ley 163 de 1959, cuando lapidariamente establece en el artículo 14 que "*no se consideran en el artículo 700 del Código Civil, los hallazgos o invenciones consistentes en monumentos históricos o arqueológicos, los cuales estarán sometidos a las disposiciones de la presente ley*". En suma, desde este momento legislativo, quedó proscrita la idea de tesoro para todo lo que tenga que ver con el patrimonio cultural de la nación.

-

La sentencia de la cual me separo vertebrada dos eruditas construcciones teóricas sobre el patrimonio cultural y las reglas propias del tesoro, pero cae en el error de hacer una simbiosis de dos categorías jurídicas que a juicio del propio legislador son incompatibles. La regla trazada por el legislador de 1959

es una e irreatible: no se aplican las leyes sobre el tesoro que establece el Código civil, cuando se trata de los bienes que constituyen el patrimonio cultural e histórico de la nación. De todo ello emerge la imposibilidad de hibridar nociones inconciliables y recíprocamente excluyentes, incompatibilidad que viene de los rasgos esenciales de cada una de ellas.

-

Mantener abierta la conexión conceptual con la institución del tesoro, que desde la Ley 163 de 1959 estaba clausurada, es lo que permite afirmar, entre otras cosas, la existencia de derechos adquiridos a partir de la simple denuncia del tesoro, y por lo mismo excluir para ese caso la vigencia del artículo 72 de la Constitución y de la Ley 397 de 1997 que establece reglas muy diferentes en cuanto a la retribución que ha de asignarse a quien hizo el descubrimiento. La sentencia excluyó la aplicación de la Constitución bajo el entendido de la existencia de unos derechos adquiridos con la sola denuncia. No obstante, los derechos adquiridos por la denuncia, lo serían hipotéticamente si se aplicasen las reglas del tesoro, pero excluidas estas, como manda la Ley 163 de 1959, ya la afirmación de los derechos adquiridos entraría en crisis y por lo mismo el caso llamaría la aplicación de la constitución de 1991 y la Ley 397 de 1997 y no el código civil, con un resultado notoriamente diferente al que fue deducido en la sentencia acogida por la mayoría.

-

Me separo entonces de la afirmación según la cual "la demandante consolidó su derecho al tesoro, en los términos del artículo 701 del Código Civil con anterioridad a la promulgación de aquellas, la Constitución de 1991 y la Ley 397 de 1997" (Pág. 181), pues la Ley 163 de 1959 ya había excluido las reglas del tesoro para gobernar este caso y todos los semejantes. No hay manera de hablar entonces de un derecho "que ha entrado al patrimonio de

una persona" (Pág. 179), ni "de situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley..."-o-de "situaciones jurídicas creadas y consolidadas". Creo que la denuncia contingente sobre el lugar de un naufragio, es algo muy parecido a un "castillo en el aire", con mayor razón si en la sentencia no se asume compromiso sobre que se trata del Galeón San José, portador de especies naufragas valiosas, según los recuentos históricos, de ningún mérito según la sentencia (Pág. 226).

-

Reconoce el fallo que "por imposibilidad material, aún no se conocen todas las características o rasgos específicos de los bienes denunciados por la actora"-realmente nada se sabe-(folio 225), de lo cual se desprende que, no hay manera de decir que se trata de un verdadero tesoro y menos que la parte demandante tiene un derecho adquirido a la mitad. Frágil es entonces lo hallado hasta ahora, insuficiente por sí para, anticipatoriamente, comprometerse con la idea de un tesoro ignoto que por la denuncia creó derechos.

-

Pero si nos colocamos en la perspectiva del tesoro, no es verdad que se ignore quien es el dueño, pues no pueden carecer de dueño las cosas que son del Estado por mandato normativo antes la Ley 163 de 1959, ahora, la Constitución.

-

Así las cosas, no comparto la idea que se expresa en la sentencia sobre cierta complementariedad entre las reglas del tesoro y las del patrimonio cultural, creo por el contrario que, como manda la Ley 163 de 1959, a la usanza del código civil Italiano citado en el fallo, son excluyentes las mencionadas instituciones. En suma, la Ley 163 de 1959 no restringió las reglas del tesoro, sencillamente creó otra institución: la de Patrimonio Cultural,

incompatible de suyo con aquella. En consecuencia, la aparición del concepto de patrimonio cultural e histórico no es, como argumenta la sentencia-folio 91- , una evolución de concepto de tesoro, pues esas figuras constituyen dos universos disociados y excluyentes.

-

Por otra parte, el artículo 7º de la Ley 163 de 1959 establece que "se consideran monumentos muebles... a) de la época precolombina las armas de guerra o utensilios de labor, las obras de alfarería, los tejidos, las joyas y amuletos, los gravados, diseños y códices, los equipos, los trajes, los adornos de toda índole y en general todo objeto mueble que por su naturaleza o su procedencia muestren que provienen de algún inmueble que auténticamente pertenecen a aquella época histórica...b) de la época Colonial: las armas de guerra, los utensilios de trabajo, los trajes, las medallas, monedas, amuletos y joyas, los diseños, punturas, gravados, planos y cartas geográficas, los códices, y todo libro raro por su escasez forma y contenido, los objetos de orfebrería, de porcelana, marfil, carey, los de encaje, y en general, todas las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico...". Como se aprecia, en dos ocasiones se emplea en el artículo 7º la expresión "en general", para comprender todo objeto mueble que proviene de la época precolombina, y "todas las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico". Síguese de ello que la enunciación del artículo 7º es indicativa, de modo que, se inscribe como patrimonio cultural e histórico "en general" todo lo que proviene de la época precolombina, y "en general, todas las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico". Nuestra lectura de este precepto incluye todo vestigio, así, todo lo que sea un símbolo recordatorio de episodios históricos, estaría incluido en la nomenclatura empleada por la Ley 163 de 1959. La razón dicta que todas las cosas halladas en un naufragio ocurrido hace mas de trescientos años, como informa el expediente, son "piezas

recordatorias” con indudable valor histórico y por lo mismo ajenas al concepto de tesoro, lo cual no implica negar los derechos del denunciante sino ajustarlos a los actuales procedimientos para estimar su remuneración y no tomando prestadas las normas del tesoro como se hace parcialmente en la sentencia de la cual me separo, no sin reconocer el significativo avance que se hace en la defensa del patrimonio cultural de la nación, que por la forma en que se materializó la parte resolutive se quedó a mitad de camino.

-

Fecha *ut supra*,

-

-

-

-

-

**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**

**Magistrado**  
**Salvedad de voto**

Expediente 08001-31003-010-1989-009134-01

-

-

Con todo comedimiento me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, por dos razones básicas: una de tipo procesal y otra ya de fondo.

-

Lo primero porque estimo que el asunto no es de la jurisdicción ordinaria. Lo dice, a voz de pregón por demás, la etiología del camino recorrido por las partes. Conscientes todos de que la cuestión hay que echarla a andar por senderos jurídicos singulares, señaladamente por los de las distintas reglamentaciones que de la materia se han dado de un tiempo a esta parte (en particular desde 1959 con la ley 163), se sometieron a ellas, y cumplieron entonces un buen trecho de la actuación que allí se consagra. Hasta que afloró

la discordia. Inquieta la parte actora porque no se le cumpliera con sus expectativas económicas, decidió, por sí y ante sí, virar bruscamente la dirección hasta entonces observada, y enrutar hacia el código civil, confiada de que así se ponía a salvo de cualquier mengua de sus intereses. Allí encontraría refugio seguro, exactamente en la reglamentación secular de lo que se entiende por tesoro.

-

Así lo manifestó en la demanda que entonces formuló. Y, claro, eso mismo ponía en evidencia que no era la jurisdicción ordinaria la encargada de definir el asunto, como de hecho hubo pronunciamientos en ese sentido. Ahora pienso que no tanto por las razones que entonces adujeron los juzgadores, como por el hecho incontestable de que un cuadro fáctico así pone al descubierto que el demandante estaba doliéndose porque el Estado no quería ya mantener la palabra empeñada para entrar a celebrar el negocio jurídico correspondiente, muy a pesar de que había despertado en aquél la expectativa y lo había llevado al adelantamiento de actividades dispendiosas; en una palabra, que andando el tiempo no quiso ya el Estado concretar el negocio. Dicha demanda afirmó, en efecto, ad literal, lo que sigue: “[e]/ *acuerdo jamás se perfeccionó*”, pues en vez de responderse “*la aceptación*” por parte de Sea Search Armada, “*el gobierno suspendió toda comunicación o gestión con la demandante, y parece dirigirse a desconocer, en definitiva su privilegio o derecho de preferencia para contratar el rescate o recuperación de los tesoros que denunció, al adelantar conversaciones o gestiones con terceros con ese fin*”, y en perfecta asonancia con ello pidió en la quinta pretensión que se declarara que la actora “*tiene privilegio o derecho de preferencia para contratar con la demandada*” la recuperación o rescate de los bienes. Un cuadro fáctico así, digo, no es otra cosa que un típico caso de responsabilidad, en la variante de precontractual. Y si a quien se convoca a responder por ello es al Estado, sin ningún género de duda es otra la jurisdicción que deba encargarse de zanjar el pleito. El caso es que hasta allí, de cara a la demanda así confeccionada, nadie dudó que la civil no era la jurisdicción llamada para tales efectos, y así se lo hicieron saber a la parte

actora, mediante inadmisión de la demanda, si bien restringiendo el análisis nada más que a la susodicha pretensión quinta.

-

¿Qué acertó a suceder, pues, para que no obstante ello este pleito se hubiera mantenido bajo la égida de la jurisdicción civil? ¿Qué cosa de tanto poderío pudo acaecer para que, después de todo, el asunto continuara y permaneciera en la jurisdicción ordinaria? Quién lo creyera, el mero voluntarismo de la actora. ¡Como en los mejores tiempos de rancio corte privatístico! Sí, como se oye. En efecto, capitalizando la mirada recortada que al asunto dio el juzgador, a la demandante le bastó sacar de sus entresijos una tijera de buen filo y mutilar felizmente el pedazo de demanda que con tan mal suceso aparecía en ella. Y asunto concluido. La jurisdicción civil respiró con notable desenfado procesal; quiso creer que, como por ensalmo, ya la demanda, depurada de tan perniciosa parte, era otra. No es sino contar con una mano diestra que esculpa la obra, y el éxito está asegurado.

-

Cómo fuera de bueno que los mismos procesalistas, y con ellos la Corte, revisaran tan particular modo de ver las cosas. Una simple mutilación de una demanda no puede contar con el poder de hacer que la esencia de las cosas desaparezca. Me resisto a creer que por encima de la esencialidad esté la habilidad, que el adjetivo supere al sustantivo. Bien poco aleccionador es el mensaje de que los demandantes se cuiden de dar acabada relación de los hechos reales y verdaderos, e inmediatamente notarán lo provechoso que les resulta; no es sino callar, ocultar, disfrazar, disimular y envolver celosamente la cuestión para que no se deleve tal como es. Bobalicón el que no pueda dominar su lengua y no se guarde nada.

-

La Corte considera hoy que no hay nulidad, porque el disfraz quedó muy bien hecho. Fue, en sus palabras, una verdadera obra la que se realizó mediante la corrección (o incorrección mejor) de la demanda. En su

parecer, el Derecho que edifica y encomia es así; depende en un todo de la forma como se digan las cosas, aunque se digan a medias.

-

Total, para mí no es la retórica la que cambia la real fisonomía de los pleitos. Estos son lo que ontológicamente son, y no lo que la palabra lista quiere que sean. La esencia de este pleito fue, es y será una sola, invariable. Es posible que con la "corrección" de la demanda el instrumento haya variado, pero la tonalidad es la misma. Por eso, desde siempre hubo carencia de jurisdicción y la nulidad no se hacía esperar.

-

Es mi otro inconformismo, según lo adelantaba, ya de fondo. Aquella puerilidad procesal empujó a la Corte mar adentro y las aguas procelosas hicieron de las suyas. En puerto equivocado terminó, por cuenta de la bitácora que a sus anchas y muy a su sabor confeccionó la actora. Le pareció en verdad que lo mejor era arriar las velas y anclar en el código civil, trasladando allí indebidamente lo que regulación y normatividad específica tiene desde la ley 163 de 1959. Desde luego, que el asunto no podía hallar acomodo en disposiciones que fueron ideadas para cosas muy distintas a las especies náufragas. Y, por supuesto, fue a dar todo en el absurdo de que se reconozcan tesoros virtuales. Algo absolutamente antinómico, porque jurídicamente el tesoro, como especie que es del hallazgo regulado en el código civil, por necesidad debe referirse a cosas que ya fueron halladas, y nunca las que pudieran hallarse o encontrarse. Nadie puede pretender que pase por tesoro lo que aún se desconoce si existe, y sin embargo de lo cual la Corte ha dispuesto en la sentencia de que discrepo que si hubieren tesoros, se repartan como lo manda la legislación civil. El tesoro de futuro no existe jurídicamente.

-

Por lo demás, me parece acertada la disensión que de fondo se plasmó en el otro salvamento de voto de esta sentencia, a las cuales

argumentaciones, por parecerme enteramente válidas y para no caer en repeticiones vanas, adhiero.

-  
19 de julio de 2007.

-  
-  
-  
-  
-

Manuel Isidro Ardila Velásquez

-