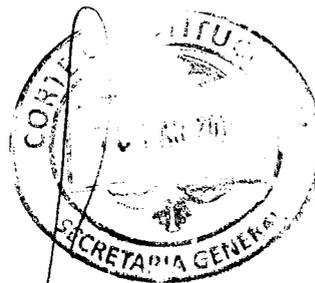


Bogotá D. C, 13 de marzo de 2019

Honorables Magistrados  
**Corte Constitucional**  
Sala Plena  
Ciudad



D-13160  
2:55 pm

**Asunto:** Acción Pública de Inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 15 parciales de la Ley 397 de 1997 *“por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”*

**Mauricio Pava Lugo y Luis Alejandro Ramírez Álvarez**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en nuestra condición de ciudadanos y en ejercicio del derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, elevamos la presente demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 6 y 15 parciales de la Ley 397 de 1997 por resultar contrarios a los artículos 4, 34, 58 y 72 de la Constitución Política.

Para efectos metodológicos se presentarán cuatro cargos separados, pero relacionados entre sí. El primero demostrará que las normas demandadas son contrarias al artículo 72 superior en dos formas. Por un lado, a pesar de que aquel expresamente ordenó al Congreso regular el mecanismo de la *readquisición de los bienes del patrimonio arqueológico cuando estén en manos de particulares*, los artículos 6 y 15 demandados aplicaron la figura del *decomiso administrativo permanente* cuya naturaleza es radicalmente distinta. Y por el otro, porque a pesar de que el mismo artículo constitucional dispuso que dicha función correspondía a la ley, los artículos demandados delegaron esa función en el ejecutivo.

El segundo cargo estará enfocado a mostrar que, además de que el legislador no cumplió el mandato constitucional, la figura del *decomiso administrativo*

JOHN MARCEL BARRIGA  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



*permanente* que creó es contraria a la protección que la Constitución le otorga a la propiedad lícitamente adquirida. Esto en la medida en la que no cumple con ninguno de los requisitos que el ordenamiento ha dispuesto justificados para restringir válidamente ese derecho, como sí ocurre con las figuras de la extinción de dominio o de la expropiación administrativa. En esa línea, contrario a lo que sucede en esos casos, el *decomiso administrativo permanente* de bienes de patrimonio arqueológico impone una restricción irrazonable a la luz de la Constitución al referido derecho a la propiedad.

Finalmente, el tercer cargo estará encaminado a sustentar que, de cualquier forma, al haberse abstenido el Congreso de regular la figura de la *readquisición*, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa en la medida en la que a la fecha no existe procedimiento legal para la readquisición de bienes del patrimonio arqueológico cuando se encuentren en manos de particulares.

### 1. Normas demandadas

Los apartes de las disposiciones que se consideran contrarias a la Constitución se subrayan a continuación:

*“Artículo 6°. Modificado por la Ley 1185 de 2008, artículo 3°. Patrimonio Arqueológico. El patrimonio arqueológico comprende aquellos vestigios producto de la actividad humana y aquellos restos orgánicos e inorgánicos que, mediante los métodos y técnicas propios de la arqueología y otras ciencias afines, permiten reconstruir y dar a conocer los orígenes y las trayectorias socioculturales pasadas y garantizan su conservación y restauración. Para la preservación de los bienes integrantes del patrimonio paleontológico se aplicarán los mismos instrumentos establecidos para el patrimonio arqueológico.*

*De conformidad con los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, los bienes del patrimonio arqueológico pertenecen a la Nación y son inalienables, imprescriptibles e inembargables.*

**JOHN MARCELL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTY CINCO DE BOGOTÁ  
CACARGATO

*El Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH, podrá autorizar a las personas naturales o jurídicas para ejercer la tenencia de los bienes del patrimonio arqueológico, siempre que estas cumplan con las obligaciones de registro, manejo y seguridad de dichos bienes que determine el Instituto.*

*Los particulares tenedores de bienes arqueológicos deben registrarlos. La falta de registro en un término máximo de 5 años a partir de la vigencia de esta ley constituye causal de decomiso de conformidad con el Decreto 833 de 2002, sin perjuicio de las demás causales allí establecidas.*

*El ICANH es la institución competente en el territorio nacional respecto del manejo del patrimonio arqueológico. Este podrá declarar áreas protegidas en las que existan bienes de los descritos en el inciso 1° de este artículo y aprobará el respectivo Plan de Manejo Arqueológico, declaratoria que no afecta la propiedad del suelo.*

*Parágrafo 1°. Quien de manera fortuita encuentre bienes integrantes del patrimonio arqueológico, deberá dar aviso inmediato al Instituto Colombiano de Antropología e Historia o la autoridad civil o policiva más cercana, las cuales tienen como obligación informar del hecho a dicha entidad, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al encuentro.*

*Los encuentros de bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico que se realicen en el curso de excavaciones o exploraciones arqueológicas autorizadas, se informarán al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en la forma prevista en la correspondiente autorización.*

*Recibida la información, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, definirá las medidas aplicables para una adecuada protección de los bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico y coordinará lo pertinente con las autoridades locales. Si fuere necesario suspender en forma inmediata las actividades que dieron lugar al encuentro de esos bienes, podrá acudir a la fuerza pública, la cual prestará su concurso inmediato.*

*Parágrafo 2°. El patrimonio arqueológico se rige con exclusividad por lo previsto en este artículo, por el Decreto 833 de 2002, y por las disposiciones de esta ley que expresamente lo incluyan.*

**JOHN MARCEL BARRIO GANIB**  
**ROLANDO BELEN Y CINCO DE BARRIO**  
**ENCARGADO**

*“Artículo 15. Modificado por la Ley 1185 de 2008, artículo 10. De las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación. Las personas que vulneren el deber constitucional de proteger el patrimonio cultural de la Nación, incurrirán en las siguientes faltas:*

(...)

*Las que constituyen faltas administrativas y/o disciplinarias:*

(...)

6. Los bienes del patrimonio arqueológico son decomisables en forma definitiva por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia y se restituirán a la Nación, ante la realización de cualquier acto de enajenación, prescripción o embargo proscrito por el artículo 72 de la Constitución Política, o ante la ocurrencia de cualquiera de los eventos previstos en el artículo 19 del Decreto 833 de 2002, mediante el procedimiento previsto en el artículo 20 del mismo decreto.

En el caso de los bienes del patrimonio arqueológico decomisados, se dará aplicación a lo previsto en el Decreto 833 de 2002 y demás disposiciones que lo complementen o modifiquen.

**Parágrafo 1º.** *El Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Archivo General de la Nación y las entidades territoriales en lo de su competencia, quedan investidos de funciones policivas para la imposición y ejecución de medidas, multas, decomisos definitivos y demás sanciones establecidas esta la ley, que sean aplicables según el caso.*

**Parágrafo 2º.** *Para decidir sobre la imposición de las sanciones administrativas y/o disciplinarias y de las medidas administrativas previstas en este artículo, deberá adelantarse la actuación administrativa acorde con la Parte Primera y demás pertinentes del Código Contencioso Administrativo.”*

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

## 2. Normas constitucionales infringidas

Las normas constitucionales que se consideran infringidas en el presente caso son las siguientes:

*“Artículo 4. 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.*

*Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”* (negrilla fuera de texto)

*“Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.”* (negrilla fuera de texto)

**3. Primer cargo. Los artículos 6 y 15 de la ley 397 de 1997 son contrarios al artículo 72 constitucional que le ordena al legislador regular la readquisición del patrimonio arqueológico por parte de la Nación y que aquello se haga mediante ley.**

La Constitución es norma de normas. Así lo consagra el artículo 4 de la Carta el cual, además, señala que “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” Esta cláusula consagra el principio de supremacía constitucional del cual se deriva que la Constitución ocupa el máximo lugar jerárquico en el sistema de fuentes y que la validez de las normas de rango inferior se encuentra subordinada a las disposiciones de la Carta. Tal papel se desprende de la Constitución como pacto ordenador del Estado, como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-1290 de 2001:

*La posición de **supremacía** de la Constitución - ha dicho esta Corporación - sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, **atribuye competencias para dictar normas**, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. (negrilla en texto original)*

En ese sentido, la Carta prevé una serie de mandatos dirigidos a las autoridades, en especial las que son de origen constitucional, que se convierten en límites para su actuación. Es decir, en virtud de la supremacía constitucional, los órganos constituidos necesariamente deben dar cumplimiento a las órdenes que le han sido impuestas expresamente por la Carta.

Un escenario típico de lo anterior se da en los casos donde se le atribuye competencias al órgano legislativo para regular determinados temas mediante leyes, figura que se conoce como la *reserva de ley*. Al respecto, la Corte mediante providencia C-570 de 1997 indicó:

*La reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que **protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley.** (negrilla fuera de texto).*

En estos casos, la orden dada por el Constituyente se convierte en un límite a la libertad de configuración del legislador, en la medida en que le señala específicamente qué materia debe regular, en vez de dejarlo a su libre elección. En consecuencia, el órgano legislativo necesariamente deberá acoger los términos dispuestos por la Carta y solo en aquellos puntos en donde esta le dejó margen de configuración proceder a expedir la regulación que, en todo caso, no puede ser contraria a los postulados superiores.

Esta consideración parte de la regla jurisprudencial de que *“el margen de apreciación para regular una institución depende en buena medida del mayor o menor grado de detalle con el que la Carta constitucional se haya ocupado*

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*hacerlo directamente”<sup>1</sup>. Así, se reconoce que “la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica”<sup>2</sup>.*

Sumado a lo anterior, la reserva legal de determinados temas y la concesión de cierto margen de discrecionalidad al legislador, se relacionan con la idea de que allí donde el Constituyente quiso que una u otra determinación fuera adoptada por el Congreso, no procede que este a su vez delegue ese mandato en otro órgano o autoridad. Sobre esta idea en sentencia C-823 de 2011 se explicó:

*[C]uando la Constitución ha definido cuál es el ámbito de la ley y cuál es el del reglamento, por haberle atribuido expresamente al Congreso la competencia para regular una materia específica, si bien es cierto que el legislador no está obligado a tratar de manera exhaustiva todos los aspectos de la misma, sí debe adoptar las decisiones mínimas relativas a la definición, los alcances y los fines de las principales instituciones que desarrollan dicha materia. Sin embargo, el margen de configuración del legislador no es tan amplio como para que se abstenga de ejercer su potestad de configuración.*

*En este sentido, la regla según la cual el ámbito del reglamento llega hasta donde se lo permita la ley reglamentada tiene un límite de orden material consistente en que el legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que el Constituyente le ha confiado, ni instrumento a través del cual se reglamenta puede adoptar las decisiones que sean propias del ámbito del Legislador. (negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, es claro que la consagración expresa por parte de la Constitución de que el legislador debe adoptar una u otra decisión, o regular una u otra figura, no resulta ser un mandato menor al momento de delimitar el margen de configuración que aquel tiene. Por el contrario, es su obligación cumplir con la intención clara del Constituyente en los precisos términos en los que le fue ordenado. Un ejemplo claro de ello se da cuando de manera expresa la Carta

<sup>1</sup> Sentencia C-172 de 2014.

<sup>2</sup> Sentencia C-404 de 2001.

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BARRAGAN  
ENCARGADO



crea una figura jurídica y le ordena al Congreso que la desarrolle. En los casos en donde este proceda a no solo no regular esa figura sino otra y además a delegar la función en el ejecutivo, indefectiblemente se exceden las competencias que le fueron asignadas y deviene en inconstitucional la ley que sea expedida.

**3.1. Razones de inconstitucionalidad de las normas demandadas.**

El artículo 72 es una de las normas constitucionales que abordan el tema de la protección al patrimonio cultural de la Nación a cargo del Estado. De manera concreta esta norma dispone que el patrimonio arqueológico pertenece a la Nación, que es inalienable, imprescriptible e inembargable. En este escenario, impone el siguiente mandato claro y concreto al legislador:

*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.*  
(negrilla fuera de texto)

De esta norma pueden extraerse dos elementos claros y concisos respecto de los mecanismos que el Constituyente dispuso para la protección del patrimonio arqueológico: i) éste debe *readquirirse* cuando esté en manos de particulares y ii) es la *Ley* la que debe definir la forma en la que procede esa readquisición.

Teniendo claro ese derrotero, fue expedida la Ley 397 de 1997, “por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”. Frente a su contenido, se tiene que la obligación estatal de proteger el patrimonio cultural se encuentra enunciada en el artículo 1, numeral 5; la pertenencia del patrimonio arqueológico a la Nación fue prevista en el artículo 4, literal C; su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad fue consagrada en el artículo 6, inciso 2; y los derechos de

NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

las comunidades étnicas sobre territorios de riqueza arqueológica fueron regulados en el artículo 13.

### 3.2.1. El Congreso excedió su margen de configuración

En cuanto a la manera en la que el Estado podía hacerse a esos bienes de patrimonio arqueológico que no tuviera en su poder, el legislador optó por la siguiente fórmula en el artículo 6:

*Los particulares tenedores de bienes arqueológicos deben registrarlos. La falta de registro en un término máximo de 5 años a partir de la vigencia de esta ley constituye causal de **decomiso de conformidad con el Decreto 833 de 2002**, sin perjuicio de las demás causales allí establecidas.*

Y más adelante, al regular las faltas contra aquel, usó la siguiente:

*Artículo 15. Modificado por la Ley 1185 de 2008, artículo 10. De las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación. Las personas que vulneren el deber constitucional de proteger el patrimonio cultural de la Nación, incurrirán en las siguientes faltas: (...)*

*Las que constituyen faltas administrativas y/o disciplinarias: (...)*

*6. Los bienes del patrimonio arqueológico **son decomisables en forma definitiva** por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia y se restituirán a la Nación, ante la realización de cualquier acto de enajenación, prescripción o embargo proscrito por el artículo 72 de la Constitución Política, o ante la ocurrencia de **cualquiera de los eventos previstos en el artículo 19 del Decreto 833 de 2002**, mediante el procedimiento previsto en el artículo 20 del mismo decreto.*

*En el caso de los bienes del patrimonio arqueológico decomisados, se dará aplicación a lo previsto en el Decreto 833 de 2002 y demás disposiciones que lo complementen o modifiquen.*

7

**JOHN MARCEL BARRAGÁN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

Sin necesidad de hacer un ejercicio interpretativo riguroso, es claro que allí donde la Carta ordenó *readquisición*, el Congreso reguló *decomiso*; y allí donde el Constituyente ordenó a la *Ley* regular la *readquisición*; el Congreso delegó en el ejecutivo (Decreto 833 de 2002) lo concerniente al *decomiso*.

Ahora, en aras de no caer en la banalidad de un argumento textualista, puede procederse a verificar el significado que tienen los términos aludidos en aras de determinar si, en efecto, existe un desconocimiento del artículo 72 por parte de las normas demandadas.

Sobre este aspecto, la Real Academia Española plantea que la palabra *readquirir* significa "*Volver a adquirir*", mientras que esta última tiene las siguientes acepciones:

1. *tr. Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria.*
2. *tr. comprar (l obtener por un precio).*
3. *tr. Coger, lograr o conseguir.*
4. *tr. Der. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece o que se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.*<sup>3</sup>

Por su parte la palabra *decomiso* tiene los siguientes significados:

1. *m. Cosa decomisada.*
2. *m. Der. Pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta.*
3. *m. Der. En la enfiteusis, derecho del dueño directo para recobrar la finca por falta reiterada de pago de la pensión u otros abusos graves del enfiteuta.*

<sup>3</sup> Consulado en: <https://dle.rae.es/?id=0pezGAd>

**JOHN MARCEL BARRACCA**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

Del tenor literal de las palabras se pueden extraer las siguientes diferencias: i) readquirir implica la obtención de un derecho, en este caso el de dominio, sobre un bien que actualmente radica en otra persona, mientras que el decomiso simplemente priva la tenencia de la cosa de quien en su momento la tiene; ii) la readquisición implica necesariamente la entrega de algo a cambio del derecho que se adquiere, a menos que este se adquiera por prescripción, mientras que el decomiso no contempla retribución alguna ya que este se concibe como un sanción por un comportamiento irregular; iii) aún en el caso de la enfiteusis a la que se refiere la definición, que consiste en una cesión perpetua o por largo tiempo del uso de un bien, este no contempla un traspaso de la propiedad del bien sino una mera recuperación de su tenencia cuando existen abusos en el negocio jurídico.

Sin perjuicio de que estos elementos ya evidencian que entre lo ordenado por la Carta y lo expedido por el Congreso hay diferencias, es necesario ahondar en esta distinción a partir del significado que el ordenamiento jurídico da a las palabras *readquisición* y *decomiso*.

El primer término está esencialmente definido por la normativa civil, en virtud del cual la palabra adquisición se refiere a una manera de obtener derechos. Un primer elemento viene dado por el artículo 673 de la Carta que dispone que “*los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción*”.

A partir de ello se puede apreciar que el término adquisición para el derecho civil viene estrechamente ligado a la forma en la que una persona puede hacerse al dominio de un bien. En efecto, puede verse por ejemplo el artículo 685 que dice que “*por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes o por el derecho internacional*”; los artículos 727 y siguientes que se refieren a la accesión como forma en la que una cosa mueble se adjunta a otra, con la aclaración en el 728 de que en estos casos “*el dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesorias su valor*”; el 740 que define la tradición como “*un modo de adquirir*

11

**JOHN MARCEL BARRAQUER**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



*el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”, con la aclaración en el 741 que se entiende por “adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”; los artículos 782 y siguientes que explican la forma de adquirir la posesión de un bien, definida esta en el artículo 762 como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”; el numeral 4 del 823 que aclara que el derecho de usufructo se puede adquirir por prescripción; el 937 que habla de adquirir la servidumbre de un predio sobre los que le son vecinos; etc.*

En otros términos, en armonía con las definiciones gramaticales a las que se hizo alusión, por regla general la adquisición se refiere a una modalidad de obtención de derechos respecto de cosas, en virtud de las disposiciones civiles que regulan el mercado de bienes.

Contrario a esto, el decomiso no es una figura que regula la transacción de derechos civiles sobre bienes, sino que es concebida por el derecho penal y el derecho administrativo sancionador como una consecuencia negativa por la realización de una conducta irregular. Así la describió la Corte en sentencia C-459 de 2011:

*El decomiso, en términos generales, puede ser definido como una sanción establecida por el legislador y que **priva de la propiedad del bien a su titular sin indemnización alguna**, por estar vinculado con la infracción objeto de sanción o ser el resultado de su comisión. En ese sentido, el decomiso puede ser penal o administrativo. El decomiso penal se ha definido como una sanción ya sea principal o accesoria, en virtud de la cual el autor o copartícipe de un hecho punible, **pierde en favor del Estado los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito.** (...)*

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*Teniendo en cuenta que esta clase de decomiso hace parte de un proceso penal, sólo los jueces de esta jurisdicción son competentes para decretarlo. Igualmente, se ha admitido el llamado decomiso administrativo, cuyo origen, a diferencia del penal, no está en la infracción del estatuto penal sino en la comisión de una contravención de tipo administrativo, tal como sucede en el derecho aduanero o el derecho policivo. En ese orden, su regulación no está contenida en un solo régimen sino en varios, dependiendo de su finalidad. A diferencia del decomiso penal como lo señala Marienhoff, el fundamento del decomiso administrativo está en "infracción formal" de la norma administrativa.*

Así las cosas, se verifica la diferencia entre el decomiso y la readquisición, puesto que aquel se refiere a una sanción en la que se priva a una persona de los derechos que tiene sobre un bien por haber incurrido en un delito o falta, mientras que la readquisición alude a volver a obtener los derechos que se tienen o tenían sobre un bien, lo cual se tramita por las leyes civiles.

A partir de las diferencias jurídicas que exponen estas definiciones, es claro entonces que la figura del decomiso permanente escogida por el legislador para la protección del patrimonio arqueológico dista de aquella que consignó el Constituyente para ese mismo fin. En efecto, la Carta del 91 quiso que el Estado procediera a *readquirir* los bienes arqueológicos que estuvieran en manos de particulares, esto es, que adquiriera nuevamente los derechos sobre aquellos. A pesar de ello, la manera que contempló la Ley 397 de 1997 fue la de acudir al derecho sancionatorio. Al hacer esto, el Congreso excedió su margen de configuración y con ello violó la Constitución.

### **3.2.2. El Congreso delegó una función que no podía delegar**

La segunda manera en la que el Legislador desconoció el mandato del Constituyente fue reasignando en el ejecutivo una misión que expresamente le fue conferida a la ley. En efecto, se tiene que allí donde el artículo 72 superior dijo "*la ley establecerá los mecanismos*", los textos demandados dijeron: en el artículo 6 que "*la falta de registro en un término máximo de 5 años a partir de la vigencia de esta ley constituye causal de decomiso de conformidad con el*

**JOHN MARCELLANO GAYO**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BUCARADG  
ENCARGADO

*Decreto 833 de 2002, sin perjuicio de las demás causales allí establecidas”; en el párrafo 2 del mismo artículo que “El patrimonio arqueológico se rige con exclusividad por lo previsto en este artículo, por el Decreto 833 de 2002, y por las disposiciones de esta ley que expresamente lo incluyan”; y en el numeral 6 del artículo 15 que son decomisables en forma definitiva “ante la ocurrencia de cualquiera de los eventos previstos en el artículo 19 del Decreto 833 de 2002, mediante el procedimiento previsto en el artículo 20 del mismo decreto”.*

Sobre este aspecto, se dijo que la reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente consideró que debían ser el fruto de una amplia deliberación y participación. También se indicó que cuando la Constitución ha definido cuál es el ámbito de la ley y cuál es el del reglamento, si bien el legislador no está obligado a tratar de manera exhaustiva todos los aspectos, sí debe adoptar las decisiones mínimas relativas a la definición, los alcances y los fines de las principales instituciones que desarrollan la materia.

De hecho, para el caso concreto del decomiso, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en su naturaleza de reserva de ley. Así lo expuso en sentencia C-459 de 2011:

*El principio de legalidad. Sólo el legislador ordinario o extraordinario está llamado a definir los casos en que esta sanción procede, toda vez que, i) estamos en presencia de una decisión que **afecta un derecho constitucional: la propiedad**; ii) es la consecuencia del **poder sancionatorio administrativo** que tiene el Estado y que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, es “un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos”, y cuyo fundamento está en la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, artículo 113 de la Constitución. En ese*

14

**JOHN MARCEL BARRON GONZALEZ**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*orden, corresponde al legislador establecer tanto la infracción como la sanción de carácter administrativo.* (negrilla fuera de texto)

Así, si de alguna manera se llegase a aceptar que el legislador podía acudir a la figura del decomiso para la protección del patrimonio arqueológico, lo cierto es que aquel tenía la carga de regular íntegramente la materia o al menos facultar excepcionalmente al presidente para que lo hiciera. Contrario a ello, usó una figura distinta a la que se le ordenó y además delegó en el Gobierno la función de desarrollarla.

En efecto, el Decreto 833 de 2002 fue expedido por el *“Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política y la Ley 397 de 1997”*. Dicho numeral se refiere a la función del primer mandatario de *“Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”*, y la Ley 397 no consagra facultades extraordinarias.

En perjuicio de ello, es el artículo 19 de dicho decreto reglamentario donde se establecen los elementos que componen la tipicidad de la conducta y las consecuencias sancionatorias de la misma. En efecto, la norma señala que *“el decomiso de bienes integrantes del patrimonio arqueológico consiste en el acto en virtud del cual quedarán en poder de la Nación tales bienes, ante la ocurrencia de uno cualquiera de los siguientes hechos (...)”* y procede a describir las conductas sancionables.

Sobre este aspecto podría decirse que en virtud de que el artículo 15 demandado fue modificado por la Ley 1185 de 2008, que es posterior al Decreto 833 de 2002, entonces el legislador convalidó que los elementos del decreto reglamentario fueran los que deberían componer las disposiciones sancionatorias y con ello se tendría por salvada la crítica que aquí se hace. No obstante, una visión como aquella desconoce que con la expedición de la ley en nada se afecta la potestad reglamentaria del presidente. Así, bien podría el

**JOHN MARCEL BARRACANS**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



mandatario continuar expidiendo reglamentaciones en las cuales se ajustara el régimen sancionatorio de protección al patrimonio arqueológico y considerar que existe una convalidación perpetua por parte de la Ley para ello. Nada más ajeno a la validez de dicha prerrogativa presidencial. La posibilidad de que el jefe de Estado expida normas de rango de ley está expresamente limitada por el numeral 10 del artículo 150 superior que dice que le corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer, entre otras, la siguiente función:

*10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.*

*El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.*  
(negrilla fuera de texto)

Es claro que nada de lo que dice la norma se cumple en el presente caso, por lo que esa visión no salva el cargo que se plantea.

**3.2.3. Síntesis del primer cargo.**

La primera forma en la que los apartes demandados de los artículos 6 y 15 de la Ley 397 de 1997 son contrarios a la constitución consiste en que: i) el artículo 72 de la Carta le ordenó regular la *readquisición* de los bienes del patrimonio arqueológico como una figura en la que el Estado se hace al dominio de aquellos cuando estén en manos de particulares, y el Congreso acudió a la figura del decomiso permanente que es de naturaleza penal o sancionatoria; y ii) el mismo artículo superior dispuso que dicha regulación debía ser adoptada por la Ley, y el legislador procedió a remitir su desarrollo al ejecutivo, con el agravante de que el derecho sancionatorio es expresamente reconocido como de reserva legal.

**JOHN MARCEL BARRAGÁN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

Nótese que hasta ahora nada se ha dicho acerca de si el contenido de la figura del decomiso para la protección del patrimonio arqueológico es o no constitucional. Lo que hasta este punto se muestra es que, de manera objetiva, existe una diferencia entre lo que ordenó el artículo 72 superior y lo que hicieron los artículos 5 y 16 de la Ley 397 de 1997. El hecho de que, además, la figura creada impone una restricción irrazonable a otros derechos y principios es tema del cargo segundo, que se expone a continuación.

**4. Segundo cargo. Inconstitucionalidad de los apartes demandados de los artículos 6 y 15 de la Ley 397 de 1997 por desconocimiento del régimen constitucional de protección a la propiedad privada.**

En el presente cargo se expondrá que la fórmula escogida por el Congreso para regular la protección al patrimonio arqueológico, además de ser distinta a la que se le ordenó, también impone una restricción irrazonable al derecho a la propiedad adquirida a través de las leyes civiles, consagrada en los artículos 2, 34 y 58 superiores. Para ello se hará una exposición de la protección constitucional a ese derecho, se explicará el cambio de modelo de protección frente a esos bienes a partir de la Constitución del 91 y, finalmente, se explicarán las razones de inconstitucionalidad.

**4.1. La protección a la propiedad privada en la Constitución de 1991**

La Constitución de 1991 consagra diferentes disposiciones relativas al acceso, finalidad y limitaciones de la propiedad privada, las cuales conforman el régimen constitucional de su protección. Como primera medida, el artículo 2° establece dentro de los fines del Estado el de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales y señala que es fin de las autoridades proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus bienes y derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 58 garantiza como regla general la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles y establece las causales por las que aquella puede limitarse. En concreto la norma señala:

**JOHN MARCEL BARRACAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*Artículo 58. Modificado Acto Legislativo 01 de 1999, artículo 1°. Se garantizan 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. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (negrilla fuera de texto)*

La norma también instituye la figura de la expropiación judicial o administrativa por motivos de utilidad pública o de interés social, escenarios en los cuales debe otorgarse una indemnización de manera previa.

Sobre la modificación que surgió en este artículo mediante el Acto Legislativo 01 de 1999, debe decirse que el acceso a la propiedad con arreglo a las leyes civiles y su prohibición de ser desconocida mediante leyes posteriores se mantiene incólume desde la propia expedición de la Carta. Por el contrario, lo que desapareció con la reforma fueron los dos incisos finales que establecían que “el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara” y agregaba que aquellos no podían ser controvertibles judicialmente. Con la derogatoria de estos incisos se reafirma la protección de la propiedad adquirida conforme a las leyes civiles y la prohibición de que haya expropiación por parte del Estado sin una indemnización previa.

Como excepción constitucionalmente válida a la necesidad de indemnizar de forma previa, el artículo 59 siguiente estableció que “[e]n caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización”. No obstante, dice la norma que “en el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos” y agrega que “el Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”.

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

En concordancia con lo anterior, el artículo 34 prohíbe expresamente la confiscación, definida por la Corte Constitucional como *“una pena, que afecta el patrimonio de la persona que ha sido condenada como responsable de un delito, pues implica la pérdida de sus bienes a favor del Estado”*<sup>4</sup>. Al margen de ello, consagra la extinción de dominio como límite del derecho a la propiedad, condicionándola a que sea decretada por sentencia judicial y que recaiga sobre bienes adquiridos *“mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”*.

Por último, el artículo 60 impone al Estado un deber de promover el acceso a la propiedad privada, por lo cual debe abstenerse de llevar a cabo actos que lo desincentiven.

Las previsiones constitucionales se encuentran en consonancia con el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece en su numeral primero que *“[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”* y reconoce la autonomía de los Estados para subordinar esta garantía al interés social mediante ley. Seguidamente, el numeral segundo prescribe que *“[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”*

En el ámbito legal, la propiedad privada ha sido definida por el Código Civil en su artículo 669 como *“el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*. A partir de ello, su ejercicio implica la posibilidad de realizar actos materiales y jurídicos que permitan el aprovechamiento del bien, a través del uso, el fruto y la disposición. En ese orden de ideas, esta facultad ha sido catalogada por la Corte Constitucional como *“el prototipo de los derechos patrimoniales y, junto con la libertad de contratación, la expresión más notable de la libertad económica*

<sup>4</sup> C-133 de 2009.

**JOHN MARCEL BARRACANA**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*del individuo en el Estado liberal o democrático, que permite a aquel obtener los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades<sup>5</sup>”.*

No obstante, el derecho a la propiedad privada no constituye una garantía absoluta, razón por la cual la misma Constitución ha señalado los casos en que puede limitarse. Al respecto, en sentencia C-189 de 2006 la Corte Constitucional expresó:

*“En concordancia con lo anterior, la Constitución prescribe que a la propiedad le corresponde cumplir funciones sociales y ecológicas que además de ser inherentes al reconocimiento del citado derecho conducen a la imposición de obligaciones que legitiman su ejercicio. En desarrollo de estas máximas, el Constituyente le otorgó al Estado la posibilidad de **decretar expropiaciones por motivos de utilidad pública o de interés social** previamente definidos por el legislador, por vía administrativa o mediante sentencia judicial, siempre que se reconozca el **pago de una indemnización** a la persona privada de su derecho con arreglo a la ley (C.P. art. 58). Igualmente, la Carta Política reconoce que se podrá declarar **extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social** (C.P. art. 34).*

*La propiedad privada cede también frente al interés público **en caso de guerra** y únicamente para atender los requerimientos propios del enfrentamiento armado, lo cual incluye la posibilidad de que la **propiedad inmueble sea ocupada temporalmente** de acuerdo con las necesidades del conflicto (C.P. art. 59, Ley 137 de 1994. art. 26). Del mismo modo, en reconocimiento de la función social que le confiere la Constitución, la propiedad privada también **puede ser gravada por el Estado** de acuerdo con los criterios de justicia y equidad (C.P. arts. 95-9 y 338), tal y como ocurre con la potestad de los municipios de imponer tributos a la propiedad inmueble prevista en el artículo 317 Superior.”*  
(negrilla fuera de texto)

Según lo expuesto, la Constitución de 1991 integra un especial régimen de protección del derecho a la propiedad privada, estableciendo su

<sup>5</sup> C-864 de 2004.

JOHN MARCEL BARRERA  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

garantía y la prohibición general de desconocerla por leyes posteriores. De igual manera, es la misma Carta la que señala los casos y figuras a través de los cuales se puede limitar este derecho, como son la extinción de dominio, cuando los bienes no son adquiridos conforme a las leyes civiles o su propiedad se ejerce de forma contraria a su función social y ecológica, o la expropiación judicial o administrativa por motivos de utilidad pública o de interés social, en el cual deberá estar precedida de indemnización. El único escenario en que se admite la ocupación sin indemnización es en el caso de guerra y con la finalidad de solventar la crisis. Esta consagración implica que en los casos en los que el legislador desarrolle las causales de limitación que han sido señaladas, no puede desconocer los límites que el régimen de protección constitucional a la propiedad consagra.

Teniendo esto en mente, el Congreso ha consagrado la figura del decomiso como una limitación a la propiedad en escenarios penales y propios del derecho administrado sancionador. Como fue explicado en el numeral anterior, esta figura ha sido definida como *“una sanción establecida por el legislador y que priva de la propiedad del bien a su titular sin indemnización alguna, por estar vinculado con la infracción objeto de sanción o ser el resultado de su comisión”*<sup>6</sup>. Esta figura puede presentarse en materia penal, como pena principal o accesoria a la comisión de un delito, o administrativo, cuando se origina en una falta de naturaleza administrativa.

Ahora, la aplicación de esta institución en diferentes tipos de procesos administrativos no ha sido un aspecto pacífico en la jurisprudencia constitucional. Como primera medida, la Corte ha distinguido entre el decomiso transitorio o temporal, que ha encontrado ajustado a la Constitución, y el definitivo o permanente que tiene ciertos riesgos. Respecto de este último, en algunos casos ha sido considerado legítimo, como por ejemplo, el decomiso aduanero de mercancías de contrabando<sup>7</sup>,

<sup>6</sup> C-459 de 2011.

<sup>7</sup> C-194 de 1998.

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



o de equipos utilizados para la operación clandestina de redes de telecomunicaciones<sup>8</sup>, o de fauna silvestre por parte de la policía ambiental<sup>9</sup>. Por el contrario, en otros eventos el Alto Tribunal ha rechazado el decomiso permanente al concluir que, en la práctica, constituye una forma de extinción de dominio que sólo puede ser decretada por los jueces en los casos previstos en la ley. Esta última postura fue sostenida, por ejemplo, en sentencia C-674 de 1999, en la que se analizó la constitucionalidad de decomisar mercancías a quienes compraran sin factura o documento equivalente, la cual se cita en extenso por su pertinencia:

*Ahora bien, para esta Corte es claro que la Carta ha querido proteger el derecho de propiedad, de tal manera que ha consagrado una reserva judicial para que a una persona se la pueda privar del dominio de un bien, sin compensación, y como consecuencia de la violación de una norma del ordenamiento, pues el artículo 34 superior es perentorio en señalar que esa medida de “extinción de dominio” debe ser judicial. En efecto, no tiene mucho sentido admitir que el artículo 34 de la Carta ordena que la extinción de dominio, esto es, la privación de la propiedad de una persona, deba ser decretada por los jueces, pero que el Legislador pueda eludir ese mandato simplemente estableciendo que la sanción de despojar de la propiedad un bien no constituye una extinción de dominio sino un “decomiso permanente” decretado por una autoridad administrativa. Por ende, y si bien las figuras del decomiso y la extinción del dominio mantienen las diferencias señaladas anteriormente, la Corte concluye que las sanciones que impliquen la privación de la propiedad de un bien de una persona sólo pueden ser declaradas por los jueces, no sólo por expreso mandato constitucional sino, porque llegan a desconocer el contenido esencial de un derecho constitucional, como la propiedad (CP art. 58). Otra cosa diferente es que las autoridades administrativas puedan aprehender u ocupar temporalmente bienes, o declarar su abandono por los propietarios, pues en estos casos no se está imponiendo una sanción sino tomando*

<sup>8</sup> C-329 de 2000.  
<sup>9</sup> T-760 de 2007.

**JOHN MARCELL BARRASAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



*una medida cautelar temporal (aprehensión), o constatando una situación fáctica (abandono), que supone un desconocimiento de la función social de la propiedad.* (negrilla fuera de texto)

Esas consideraciones fueron retomadas por ese Alto Tribunal en la citada sentencia C-459 de 2011, en donde se dijo que el decomiso permanente como sanción administrativa, originado en la inobservancia de una infracción de carácter administrativo, se ajusta a la Constitución, siempre y cuando cumpla los estrictos requisitos enlistados en el fallo, los cuales pueden sintetizarse así:

- i) Principio de legalidad, en la medida en la que *“solo el legislador ordinario o extraordinario está llamado a definir los casos en que esta sanción procede”*, justamente porque se trata de una restricción a un derecho fundamental y porque es la expresión del poder sancionador del Estado.
- ii) Principio de tipicidad, en el sentido en el que *“el legislador debe i) hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y ii) determinar expresamente la sanción”*.
- iii) Debido proceso, toda vez que *“se requiere el señalamiento de un procedimiento, así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, así como la designación expresa de la autoridad competente para el efecto”*.
- iv) Proporcionalidad de la medida. Al respecto el tribunal señaló:

*La sanción de decomiso debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar. Por su naturaleza, el decomiso de carácter administrativo debe ser excepcional. Así, el bien a decomisar debe tener una relación directa con la infracción administrativa, de modo que la privación del derecho de propiedad se justifique bien por razones de seguridad personal o económica o que por su lesividad se requiere retirarlos de circulación para prevenir o evitar que se siga causando un daño, como en el*

**JOHN MARCEL BARRIGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DEL COLOMBIANO  
ENCARGADO

100 20135 36/11



*caso del contrabando o de medicamentos adulterados o vencidos, por señalar sólo algunos ejemplos”.*

- v) Debe ser independiente de la sanción penal que pueda provenir por los mismos hechos.

Ahora, al margen de las diferentes posturas de la Corte, lo cierto es que en todo caso la figura del decomiso es de orden legal y no constitucional, por lo que aquella no puede exceder los límites que la Carta ha impuesto para la protección a la propiedad privada. En efecto, como se explicó en el capítulo anterior, la Constitución se caracteriza por su supremacía en el ordenamiento jurídico, lo que implica que la validez de las normas infra constitucionales está supeditada a su sujeción a las reglas superiores. En ese sentido, si la Constitución ha establecido un preciso régimen de protección a la propiedad privada según el cual esta no puede ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores y estará amparada siempre que se adquiera con arreglo a las normas civiles y se ejerza conforme a su función social y ecológica, o mientras no concurren motivos de utilidad pública o interés social que hagan necesario expropiar con previa indemnización, una figura de rango legal como el decomiso no puede ir en contra o más allá de dicho marco. Una forma en la que esos elementos pueden ser verificados en un caso concreto puede ser la revisión de los límites que fueron impuestos por la sentencia C-459 de 2011, ejercicio que se desarrollará en el caso concreto de este capítulo.

**4.2. La comercialización legal de bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico por particulares antes y después de la Constitución de 1991. Configuración de derechos legítimos en cabeza de particulares.**

La ley 163 de 1959 tenía por objeto dictar medidas *“sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la Nación”*. Esta norma, además de declarar algunos objetos como patrimonio artístico y cultural de la Nación y de regular temas relacionados con la

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



protección de monumentos, consagró tres disposiciones a través de las cuales se reconoció el derecho a los particulares de adquirir y enajenar bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico y la posibilidad del Estado de comprarlos o expropiarlos según lo establecido en las leyes.

El primero de ellos, el artículo 8, autorizó a los particulares a emprender por su cuenta exploraciones y excavaciones de carácter arqueológico y al entonces Consejo de Monumentos Nacionales para comprar los hallazgos de interés o para expropiarlos según las normas vigentes, reconociendo así de forma tácita que los bienes encontrados en las labores de exploración y excavación pertenecían a las personas privadas. Sumado a este, el artículo 9 estableció que las *“Las personas que en su poder tuvieren cosas de las comprendidas en el artículo 1 [10], no podrán sacarlas del país sin el permiso previo del Consejo de Monumentos Nacionales”* Narración que, nuevamente, parte de la base de que las personas podían tener en su poder bienes arqueológicos. Finalmente, el artículo 10 expresamente señala:

*Artículo 10.- Los inmuebles y muebles comprendidos en esta Ley que pertenecen a particulares, podrán ser adquiridos por la Nación mediante compra. Caso de que esto no sea posible, podrán ser expropiados mediante los trámites legales. (negrilla fuera de texto)*

En el contexto creado por estas normas se presentó un auge del coleccionismo privado y de la comercialización de bienes del patrimonio arqueológico que ha sido narrado por la academia en los siguientes términos:

*“Esta legislación reconocía la propiedad privada del patrimonio arqueológico y se basaba en legislaciones y pactos precedentes, por lo que desde mucho antes de 1959 y hasta la década de 1990, en especial con aquiescencia de la mencionada Ley 163, se generó en el país un floreciente mercado de cerámicas*

<sup>10</sup> Artículo 1.- Declárense patrimonio histórico y artístico nacional 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 en el subsuelo nacional. // Los Gobernadores de los Departamentos velarán por el estricto cumplimiento de esta Ley.

**JOHN MARCEL DARRIGANA**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*y orfebrería precolombina con la consecuente actividad del coleccionismo privado, entonces más desarrollado que el coleccionismo de arte colonial o moderno. Además de las excavaciones, la principal fuente de enriquecimiento del Museo del Oro durante este período fue la compra de objetos y colecciones completas de alto valor estético, simbólico y técnico, pertenecientes a particulares”*<sup>11</sup> (negrilla fuera de texto)

A partir de este fenómeno, vale la pena hacer una explicación histórica del desarrollo legal que tuvo este contexto y que explica el énfasis en la palabra *señala* utilizada al momento de anunciar el artículo 10 de la Ley de 1959 un par de párrafos más arriba. Lo primero es que en la Constitución de 1886 no fue incluida una referencia concreta a la protección del patrimonio arqueológico, por lo que la salvaguarda durante su vigencia se dio esencialmente conforme a la Ley, en especial la que ha venido siendo citada. Sin embargo, con la expedición de la Constitución de 1991, y específicamente con los artículos 63 y 72, el paradigma de propiedad de estos bienes cambió radicalmente con la consagración expresa en este último de que *“El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles”* y con el mandato para el legislador de señalar los medios para *“readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares”*.

Esta nueva consagración entraña varios debates constitucionalmente relevantes: i) teniendo en cuenta que la propiedad privada sobre bienes arqueológicos estaba jurídicamente habilitada en el ordenamiento preconstitucional, ¿existe una contradicción entre la protección a la propiedad privada de los artículos 2, 34 y 58 y la defensa del patrimonio arqueológico del artículo 72?; ii) ¿la inclusión de la cláusula de propiedad de la Nación de los bienes arqueológicos constituye una *extinción de dominio*, una *expropiación* o una *confiscación* por mandato constitucional que opera de pleno derecho sobre aquellos?; iii) ¿contiene la Carta del 91 una antinomia de rango constitucional

<sup>11</sup> Badawi, Halim. Políticas del coleccionismo: Mercado del arte y programas de adquisiciones del banco de la República y ministerio de cultura. Disponible en <https://premionalcritica.uniandes.edu.co/?p=96>

**JOHN MARCEL BARRAGAN P.**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



cuando dice en su artículo 58 que “se garantizan 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”, pero al mismo tiempo dispone en el 72 que “el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación”, teniendo en cuenta que el ordenamiento preconstitucional permitía la propiedad privada de esta clase de bienes?; iv) ¿con la Constitución de 1991 ocurrió una derogatoria tácita de todas aquellas normas que consagraban derechos de dominio en cabeza de particulares respecto de bienes arqueológicos?

En el marco de estos cuestionamientos, en el año 97 fue expedida la Ley 397 a la que pertenecen las normas demandadas. No obstante, en el texto original de la norma no fue incluida la figura del decomiso permanente en el articulado. Por el contrario, el artículo 15 se refirió a las faltas contra el patrimonio cultural de la Nación y enlistó las siguientes:

1. Si la falta constituye **hecho punible** por la destrucción o daño de los bienes de interés cultural, o por su explotación ilegal, de conformidad con lo establecido en los artículos 242, 246, 349, 370, 371 y 372 del Código Penal, es obligación colocar la respectiva denuncia penal y, si hubiere flagrancia, colocar inmediatamente al retenido a órdenes de la autoridad de policía más cercana, sin perjuicio de imponer las sanciones patrimoniales aquí previstas.
2. Si la falta consiste en la **construcción, ampliación, modificación, reparación o demolición** de un bien de interés cultural, sin la respectiva licencia, se impondrán las sanciones previstas en el artículo 66 de la Ley 9ª de 1989, aumentadas en un ciento por ciento (100%).
3. Si la falta consiste en la **movilización de un bien mueble** de interés cultural sin autorización de la autoridad que lo declaró como tal, se impondrá una multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Si la falta consistiere en **adelantar exploraciones o excavaciones no autorizadas** de bienes arqueológicos, se impondrá multa de doscientos (200) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**JOHN MARCEL BARRO GARCIA**  
NOTARIO SESENTAY CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

5. Si la falta contra un bien de interés cultural fuere **realizada por un servidor público**, ella será **tenida por falta gravísima**, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 200 de 1995. (negrilla fuera de texto)

Como se aprecia, ninguna de ellas encaminada a desarrollar la figura de la **readquisición**. Posteriormente fue expedido el Decreto 833 de 2002, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 397 de 1997 en materia de Patrimonio Arqueológico Nacional y se dictan otras disposiciones”. Fue allí en donde en su artículo 19 se consagró por primera vez la figura del **decomiso permanente** en esta materia entendido este como “el acto en virtud del cual quedarán en poder de la Nación tales bienes, ante la ocurrencia de uno cualquiera de los siguientes hechos (...), y tipificó las conductas que conllevaban a la aplicación de la medida que, para ese momento, ya era entendida como una medida sancionatoria que debía ser regulada solo por la ley.

De otro lado, la ley 397 en su artículo 83 no derogó expresamente la Ley 163 de 1959, sino que dispuso que “rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”. No obstante, luego fue expedida la Ley 1185 de 2008 en la que se consignó en norma de rango legal la figura del **decomiso permanente** al modificar los artículos 6 y 15 de la ley 397 de 1997 que son demandados en esta acción. Esta norma procedió a adicionar y modificar diferentes disposiciones y en su artículo de vigencias y derogatorias consagró la siguiente fórmula:

*Artículo 26. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, deroga los artículos 3°, 6°, 8°, 9°, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34 de la Ley 163 de 1959; modifica los artículos 151 a 159 del Decreto ley 1355 de 1970; modifica los artículos 1° a 9° del Decreto ley 2055 de 1970; modifica el Título II de la Ley 397 de 1997, salvo los artículos 9°, 12 y 13, y modifica y adiciona los artículos 40, 49, 56, 60 y 62 de la Ley 397 de 1997. (subraya fuera de texto)*

Nótese en los apartes subrayados dos cosas. En primero lugar, es claro que para el momento de la expedición de la ley, esto es el 2008, el legislador entendía

**JOHN MARCEL BARRAGAN P.**  
NOTARIO SESENTAY CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

que la ley 163 de 1959 se encontraba plenamente vigente y por ello considero necesario derogar expresamente algunas de sus disposiciones. Es decir que con la fórmula de derogatoria general que en su momento fue usada por la Ley 397 de 1997 no fueron expulsados del ordenamiento los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 163 de 1959 que habilitaban a los particulares para tener derechos de propiedad sobre bienes arqueológicos. Y segundo, al enlistar los artículos que fueron derogados no fue incluido el número 10 de la ley 163, por lo que el postulado de que *“los inmuebles y muebles comprendidos en esta Ley que pertenecen a particulares, podrán ser adquiridos por la Nación mediante compra”* y solo en *“caso de que esto no sea posible, podrán ser expropiados mediante los trámites legales”*, se encuentra aún vigente en el ordenamiento colombiano, al menos de manera formal. Esta consideración no se basa de una interpretación del actor de esta demanda, sino del Congreso de la República mediante la Ley 1185 de 2008 que fue donde se convalidó la vigencia de la Ley 163 de 1959 hasta ese momento y la continuidad del artículo 10 hacia futuro.

Ahora, si se hace una lectura actual de este artículo 10, lo cierto es que esta no resulta contraria al artículo 72 superior. En efecto, si bien este señala que los bienes arqueológicos pertenecen a la Nación, también dice que *“La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares”*. Es decir que una lectura constitucionalmente válida del artículo 10 de la Ley 163 de 1959 es que con la Carta del 91 se dio el mandato de que estos bienes pasaran a manos del Estado, pero teniendo en cuenta que los particulares tenían derechos legítimos sobre aquellos. Así que el hecho de que el artículo 10 de la Ley 163 de 1959 diga que para cumplir lo anterior aquellos bienes *“podrán ser adquiridos por la Nación mediante compra”* y solo cuando no sea posible se proceda a expropiarlos, parece más admisible que una ley expedida solo hasta el 2008 (17 años después de la Constitución) que: i) no reguló la *readquisición*; ii) incluyó una figura propia del derecho sancionatorio distinta a la que contempla la Constitución como lo es el *decomiso permanente*; y iii) delegó en el ejecutivo la regulación de la tipicidad de la conducta y de las sanciones aplicables, a pesar de que aquellos son temas de reserva de ley.

#### 4.3. Razones de inconstitucionalidad

En honor a la caracterización realizada por la sentencia C-459 de 2011 respecto de los requisitos que debe cumplir la figura del decomiso en un caso concreto para entenderse ajustada a la Constitución, en la presente demanda se abordarán esos mismos a partir de la metodología de *test* que ha sido usada por la jurisprudencia constitucional. Lo anterior para concluir que los apartes demandados de los artículos 6 y 15 de la Ley 397 de 1997, modificados por la Ley 1185 de 2008, no superan un examen de esta naturaleza, incluido el de un juicio de proporcionalidad.

**4.3.1. Principio de legalidad.** Como se dijo en este escrito, el derecho sancionatorio en Colombia es de rango legal. Es decir que la tipificación de las conductas, sus sanciones y el procedimiento solo pueden ser establecidos mediante norma con fuerza de ley. En este caso las normas demandadas acuden a una fórmula que habilita a que el ejecutivo regule la figura del decomiso compuesta por las siguientes cláusulas: i) *“la falta de registro en un término máximo de 5 años a partir de la vigencia de esta ley constituye causal de decomiso de conformidad con el Decreto 833 de 2002, sin perjuicio de las demás causales allí establecidas”*; *“El patrimonio arqueológico se rige con exclusividad por lo previsto en este artículo, por el Decreto 833 de 2002, y por las disposiciones de esta ley que expresamente lo incluyan”*; y *“ante la ocurrencia de cualquiera de los eventos previstos en el artículo 19 del Decreto 833 de 2002, mediante el procedimiento previsto en el artículo 20 del mismo decreto”*. Con esta remisión lo que hizo el congreso fue, además de obviar la orden de readquisición, delegar en una norma reglamentaria la consagración de causales de decomiso, de las sanciones que considerara procedentes y del procedimiento aplicable.

**4.3.2. Principio de tipicidad.** Según este el legislador debe: i) hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; y ii) determinar expresamente la sanción. Si bien es cierto que los artículos consagran la falta de registro o la realización de cualquier acto de enajenación, prescripción o embargo proscrito por el artículo 72 como

JOHN MARCEL BARRACANO  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



conductas sancionables con decomiso permanente, también lo es que aquellas propician una ampliación indefinida de los casos que pueden dar lugar a esta, al permitir que ello también ocurra en *“cualquiera de los eventos previstos en el artículo 19 del Decreto 833 de 2002”*. Con ello se viola el principio de tipicidad de la ley sancionatoria, en la medida en que las causales por las que procede el decomiso podrán ser ampliadas de forma discrecional a través de normas de rango reglamentario.

**4.3.3. Respeto del debido proceso.** Según este, para que la ley sea respetuosa de este derecho es necesario que señale el procedimiento aplicable para la imposición de la sanción, que garantice el derecho de defensa y que designe la autoridad competente. Como se ha dicho, el numeral 6 del artículo 15 demandado dispone que la imposición del decomiso operará *“mediante el procedimiento previsto en el artículo 20 del mismo decreto”*. Esta remisión claramente descarta que la ley regule el procedimiento aplicable y, de contera, que allí se diga cómo se garantiza el derecho de defensa.

**4.3.4. Proporcionalidad de la medida.** Se dijo que para ello debe tenerse en cuenta que el decomiso debe ser excepcional, que debe tener una relación directa con la infracción y que se justifique por razones de seguridad personal o económica, o que por su lesividad se requiere retirar los bienes de circulación para prevenir o evitar que se siga causando un daño. Frente a la excepcionalidad de la medida, de entrada debe decirse que el decomiso permanente es la única figura consagrada en la Ley 397 de 1997 de la pudiera decirse que puede terminar generando la readquisición del Estado de los bienes que se encuentran en manos de particulares, si es que ello en efecto es así. Luego, desde el principio se descarta que esta opera de forma excepcional pues no existe una figura previa a su aplicación. En cuanto a la relación directa con la infracción, puede aceptarse que al tratarse de una consecuencia a la falta de registro de los bienes, el decomiso se relaciona directamente con aquellos. En cuanto a que se justifique la figura por razones de seguridad personal o económica, no se evidencia como aquello se satisface en el caso de decomiso de bienes arqueológicos, en la medida en que la norma no evidencia ningún peligro en ese sentido. Y, finalmente, en cuanto a que la lesividad de los bienes haga que

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

sea necesario retirarlos de circulación para prevenir un daño, se encuentra que dicha exigencia no se satisface. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en casos como el decomiso de bienes de contrabando o de medicamentos adulterados o vencidos, no se aprecia cómo los bienes arqueológicos podrían generar un daño por el solo hecho de ser tales. En esas condiciones, la proporcionalidad de la medida tampoco se satisface en este caso.

**4.3.5. Independencia de la sanción penal.** La norma no condiciona el decomiso a una decisión en materia penal, por lo que este requisito se encuentra cumplido.

Como se desprende de lo anterior, es claro que las normas demandadas al consagrar la figura del decomiso para *readquirir* los bienes arqueológicos cuando estos no son registrados no supera el *test* de constitucionalidad que ha aplicado la Corte en escenarios en escenarios donde se dispone esta sanción.

Sumado a lo anterior, es posible argumentar que las normas demandadas desconocen de forma general el régimen de protección constitucional a la propiedad privada. Como ultima metodología para mostrar la inconstitucionalidad de los apartes demandados por ser contrarios al régimen de propiedad, puede proponerse un ejercicio de juicio de proporcionalidad aplicable para verificar si la limitación a cierto derecho por parte de una autoridad, en este caso el Congreso, resulta razonable a la luz de la Constitución. Para ello se trae a colación la sentencia C-720 de 2007 que explica este método, así:

*“Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista*

JOHN MARCEL BARRIGANA  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.*” (Negrilla fuera de texto)

Frente a la vulneración de una garantía constitucional específica, se tiene que la Constitución protege la propiedad lícitamente adquirida y prohíbe desconocerla o vulnerarla mediante leyes posteriores. Como se reseñó, el régimen establecido en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 163 de 1959 habilitaba la adquisición de patrimonio arqueológico, es decir que esto ocurría de forma legítima. Incluso, como se ha explicado en este capítulo, el cambio de paradigma instaurado con la Constitución de 1991 en realidad no desconoció esos derechos anteriores, sino que dispuso que aquellos debían ser *readquiridos* por el Estado. Esto quedó claro con el hecho de que el legislador mediante Ley 1158 de 2008 ratificó la vigencia de la ley 163 de 1959 hasta ese momento y mantuvo la del artículo 10 hacia el futuro, por lo que en la actualidad se encuentra vigente la cláusula que habilita a que esos bienes puedan ser adquiridos por la Nación mediante compra y solo en caso de que ello no sea posible expropiarlos mediante indemnización.

En contravía a ese reconocimiento constitucional de que los derechos legítimos sobre bienes “*no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores*”, el legislador dispuso que sobre los arqueológicos procedía el decomiso permanente cuando no fueran registrados, lo cual en la práctica es: i) una forma de extinción de dominio sin sentencia judicial respecto de bienes lícitamente adquiridos; ii) una expropiación sin indemnización y sin motivos de utilidad pública o interés social; o iii) una confiscación. Todas ellas figuras proscritas en el ordenamiento colombiano. Como se viene diciendo, lo procedente en este caso era la *readquisición* por parte del Estado y no alguna de las modalidades descritas.

En cuanto a la segunda parte del juicio de proporcionalidad propuesto por la sentencia C-720 de 2007, se tiene que, primero, el decomiso de bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico de la Nación busca materializar la protección estatal al patrimonio arqueológico, el cual es un fin constitucionalmente legítimo. Frente a la pregunta de si el decomiso definitivo logra garantizar ese fin constitucionalmente legítimo, debe considerarse que

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

ello sería así si se acreditara que el Estado tiene la capacidad para resguardar y proteger en condiciones técnicas adecuadas esos bienes. Si bien aquello no es claro, no corresponde en este punto dudar sobre la capacidad operativa de las entidades involucradas en la protección del patrimonio, por lo que por no entorpecer el ejercicio puede partirse de que si el legislador consagró la figura es porque hizo esa revisión previa.

Ahora, en cuanto a la existencia de medios menos lesivos para lograr la protección del patrimonio arqueológico, es posible señalar que, sin lugar a dudas, existen otras sanciones menos gravosas para corregir faltas administrativas relacionadas con el registro que no solo sacrifican en menor medida los derechos de los particulares sobre estos bienes, sino que además pueden garantizar mejor la protección de los bienes arqueológicos. En efecto, previo a proceder al decomiso podría iniciarse un procedimiento de compra de los bienes como lo habilita el artículo 10 de la Ley 163 de 1959. De la misma forma, puede considerarse que el decomiso masivo de bienes arqueológicos puede contribuir en realidad a su destrucción ante la imposibilidad de conservarlos en mejores condiciones que lo que lo haría el particular que los tiene. Sobre este punto, debe recordarse que la finalidad última del régimen de protección del patrimonio arqueológico es justamente evitar su detrimento, luego cualquier medida que lo termine poniendo en riesgo es contraria a la necesidad de su implementación.

Sin embargo, si aun en gracia de discusión se aceptara que la medida resulta necesaria, lo cierto es que indefectiblemente ésta termina por sacrificar bienes de mayor peso constitucional de manera desproporcionada como lo es el derecho a la propiedad privada. Como se explicó, el decomiso administrativo permanente en este caso excede los presupuestos que la Constitución exige para que sea constitucionalmente válido. En efecto, desconoce los principios de legalidad, tipicidad, debido proceso y proporcionalidad al imponer una restricción al derecho a la propiedad a través de una figura distinta a las habilitadas por el constituyente y remitiendo a normas reglamentarias su desarrollo. Sumado a ello, el decomiso permanente en este caso tampoco cumple con los presupuestos que habilitan la limitación a este derecho como

**JOHN MARCEL BARRAGAN B**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

ocurre en la extinción de dominio o de la expropiación, como lo son que este sea decretada por el origen lícito o por el ejercicio contrario al interés general y mediante sentencia judicial, en el caso de la primera, o por razones de utilidad pública o interés social y mediante indemnización previa, en el caso de la segunda. Con ello, termina sacrificando de manera excesiva derechos y principios de mayor rango y por ende fracasa en la superación del juicio de proporcionalidad.

Sumados los elementos descritos en este numeral, tornan inconstitucional la figura demandada.

**5. Tercer cargo. Inconstitucionalidad de los artículos 6 y 15 de la ley 397 de 1997 por omisión legislativa relativa respecto del régimen constitucional del patrimonio arqueológico en cuanto a su readquisición por el Estado cuando estén en manos de particulares.**

El legislador puede desconocer la Constitución por omisión legislativa, lo que ocurre cuando incumple un deber específicamente impuesto por la Carta consistente en regular determinada materia. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que este proceder *“está ligado, cuando se configura, a una obligación de hacer”, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta<sup>12</sup>”*. En ese sentido, excepcionalmente el silencio legislativo puede ser controlado jurisdiccionalmente a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

Para determinar en qué casos es posible controlar las abstenciones del aparato legislativo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las omisiones absolutas y relativas. En cuanto a las primeras, ha dicho que se presentan cuando *“existe una falta de desarrollo total de un determinado precepto constitucional<sup>13</sup>”*. En estos casos no será posible efectuar el juicio de constitucionalidad, pues al darse una ausencia total de regulación no existe

<sup>12</sup> C-188 de 1996.

<sup>13</sup> T-381 de 2018.

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

norma alguna para cotejar con el texto constitucional, en los términos del artículo 241 numeral 4 superior que faculta a la Corte Constitucional para “*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes*”.

En lo referente a las omisiones relativas, el Alto Tribunal ha señalado que se presentan cuando pese a que existe una disposición legal, esta es incompleta en la medida en que se excluyó “*un ingrediente, consecuencia o condición que (...) resultaba esencial para armonizar el texto legal con los mandatos previstos en la Carta Política*”<sup>14</sup>. Solo esta clase de omisiones es susceptible de ser controlada vía acción pública de inconstitucionalidad, como reconoció la Corte en sentencia C-041 de 2002 en los siguientes términos:

*“Una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales–, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente. De lo anterior se deduce, entonces, que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional.”* (negrilla fuera de texto)

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional sobre omisión legislativa relativa se presentó en casos en los que se alegaba vulneración del principio de igualdad, por no cobijar todos aquellos supuestos equivalentes a los regulados. Sin embargo, con posterioridad la Corte estableció que este tipo de omisiones también se podía configurar cuando la disposición demandada no prevé un elemento que según la Constitución debería formar parte de la materia normada. Al respecto, expresó:

*[B]asta con acreditar que, en relación con la materia objeto de regulación, era imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se considera omitido, sin que para ello sea preciso establecer, ni una identidad en las situaciones fácticas, ni la exigencia de una identidad en la regulación legal*

<sup>14</sup> Ibid.

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

*que les resulte aplicable. Señaló la Corte que en tales hipótesis, bastaría con acreditar que, en relación con la materia objeto de regulación, era imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se considera omitido, evento en el cual, "(...) también sería posible señalar que el producto de la actividad legislativa resulta incompleto, por no incorporar una previsión cuya inclusión resultaba imperativa a la luz de la Constitución, y que por consiguiente existe una inconstitucionalidad que proviene de dicha omisión.<sup>15</sup>"* (negrilla fuera de texto)

Bajo esa línea, la Corte Constitucional ha determinado las condiciones que se deben cumplir para configurar una omisión legislativa relativa, así:

*"(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador."* (negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto, el legislador puede incurrir en omisiones en ejercicio de su actividad, lo cual podrá ser objeto de control de constitucionalidad. Esto último solo ocurrirá en aquellos casos en que la omisión del legislador sea relativa, esto es, cuando al emitir determinada regulación normativa excluya un elemento necesario para que la disposición se encuentre en armonía con la Constitución.

### 5.1. Razones de inconstitucionalidad.

<sup>15</sup> C-728 de 2009.

JOHN MARCEL BARRIO CANO  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE GOIA D.C.  
ENCARGADO

Según se ha expuesto a lo largo de este escrito, el legislador se apartó del mandato constitucional previsto en el artículo 72 superior consistente en establecer los mecanismos para *readquirir* los bienes del patrimonio arqueológico cuando se encuentren en manos de particulares. Obrando al margen de su obligación superior, al regular lo relativo a estos bienes en los artículos 6 y 15 se dedicó a establecer una figura diferente como es el decomiso para los casos en que aquellos se encontraran en manos de particulares que cometieran una infracción administrativa y el cual, según lo dispuesto en el Decreto 833 de 2000, no es una forma de readquisición.

A partir de ello, se evidencia que el legislador omitió incluir dentro de la ley que buscaba reglamentar de forma integral el artículo 72 superior, el mecanismo de readquisición de los bienes del patrimonio arqueológico, ingrediente constitucionalmente necesario para que el desarrollo legal de la norma se encuentre en armonía con la Carta. Así las cosas, el producto de la actividad legislativa resulta incompleto, imperfecto, pues no incluyó un precepto que resultaba necesario a la luz del texto de la Constitución, incurriendo así en una omisión legislativa relativa que produce una situación de inconstitucionalidad.

La anterior constatación se refuerza al verificar los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para este tipo de omisiones. En primer lugar, las disposiciones normativas respecto de las cuales se predica el cargo son los artículos 6 y 15 parciales de la ley 397 de 1997, en los cuales se reguló el decomiso de los bienes. No obstante, en cuanto a la forma cómo el Estado *readquirirá* este tipo de bienes cuando se encuentren en manos de particulares no se realizó ninguna estipulación.

Segundo, las normas demandadas regularon la posibilidad de decomisar bienes del patrimonio arqueológico cuando sus tenedores cometieran faltas de carácter administrativo, pese a que este no es un mandato previsto por el artículo 72 superior, como sí lo es el deber legislativo de reglamentar la readquisición de estas propiedades cuando se encuentren en manos de particulares. Esto último no se cumplió y con ello se omitió un ingrediente necesario para armonizar la norma con los postulados expresamente dispuestos por la Constitución.

**JOHN MARCEL BARRON**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

Tercero, la exclusión carece de un principio de razón suficiente, pues al regular de manera integral el patrimonio arqueológico no existe una justificación para evadir el cumplimiento de un deber impuesto por el Constituyente al legislador en la materia. Es decir, no se verifican razones que sugieran que resultaba de mayor prioridad para el Congreso establecer las facultades para hacer decomisos que reglamentar la readquisición de bienes del patrimonio arqueológico, o las circunstancias por las cuales resultaba necesario postergar la expedición de esta regulación o que hicieran imposible su inclusión en el articulado.

Cuarto, el mandato constitucional de regular la readquisición de los bienes del patrimonio arqueológico cuando estuvieran en manos de particulares constituye una herramienta para armonizar la protección que la Carta otorga a la propiedad privada en el artículo 58 con la atribución de la propiedad de tales bienes en cabeza de la Nación. En ese sentido, la omisión en reglamentar el mecanismo a través del cual se podrán readquirir genera una desigualdad negativa para las personas privadas que adquirieron este tipo de bienes de forma previa a la promulgación de la Constitución de 1991, bajo el amparo de la ley 163 de 1959, pues ellas no cuentan con un instrumento concreto que les permita materializar la especial protección debida a la propiedad lícitamente adquirida.

Finalmente, como se explicó ampliamente en el primer capítulo, la omisión constituye un desconocimiento del mandato expresamente previsto por el Constituyente en el artículo 72 superior, que limitó la libertad de configuración del legislador para imponerle regular la readquisición de bienes del patrimonio arqueológico, en vez de dejarlo a su libre opción.

Tal omisión se ve agravada si se considera que, según lo dispuesto por el parágrafo 2 de la norma, el patrimonio arqueológico *“se rige con exclusividad por lo previsto en este artículo, por el Decreto 833 de 2002, y por las disposiciones de esta ley que expresamente lo incluyan.”* Así las cosas, el legislador deja claro que lo que no esté previsto por esas normas, por ejemplo la forma cómo el Estado realizará la readquisición de esos bienes cuando estén

**JOHN MARCEL BARRAGAN**  
NOTARIO SESENTAY CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO

en posesión de los particulares, no existe en el mundo jurídico, pese al deber específicamente impuesto en el artículo 72 constitucional.

En ese orden de ideas, las normas demandadas configuran una omisión legislativa relativa, en la medida que en la regulación del patrimonio arqueológico de la Nación excluyeron reglamentar la forma como el Estado readquirirá este tipo de bienes cuando estén en poder de particulares. En efecto, la única previsión que realizan los artículos demandados trata de aquellos casos en que los bienes se encuentran en manos de particulares y estos no los registran, incurriendo en causal de decomiso. En consecuencia, el legislador se apartó del deber normativo que le fue impuesto en el artículo 72 superior de establecer el mecanismo a través del cual el Estado adquirirá nuevamente la propiedad del patrimonio arqueológico.

#### **6. Conclusiones y solicitud.**

Como se explicó, los apartes demandados de los artículos 6 y 15 de la ley 397 de 1997 son inconstitucionales por tres vías: i) son contrarios al artículo 72 de la Carta en la medida en la que este ordenó regular la figura de la requisición a través de ley, y el Congreso consagró la figura del decomiso permanente y delegó su desarrollo en el ejecutivo; ii) vulneran el régimen de protección constitucional a la propiedad lícitamente adquirida, en la medida en la que no satisfacen las exigencias jurisprudenciales que debe cumplir la figura del decomiso permanente para ser constitucional e imponen una restricción irrazonable a ese derecho; y iii) incurren en una omisión legislativa relativa que es inconstitucional debido a que sin justificación válida dejaron de regular una figura expresamente ordenada por el constituyente.

A partir de lo anterior, de manera respetuosa solicito que los apartes de las normas demandadas sean retiradas del ordenamiento jurídico mediante una sentencia que declare su inexecutable a la luz de la Constitución. De manera subsidiaria, solicito que disponga su executable condicionada en el sentido en el que en los casos allí regulados sea aplicable el artículo 10 de la Ley 163 de 1959.

**JOHN MARCELO BARRERA GONZALEZ**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE MIL CINCO CIENTO CINCUENTA Y CINCO  
ENCARGADO

7. **Notificaciones**

Recibiremos notificaciones en la Carrera 5 # 66-29 de Bogotá.

De los Honorables Magistrados,



**Mauricio Pava Lugo**  
C.C. 75.074.185  
T.P. 95.785



**Luis Alejandro Ramirez Alvarez**  
C.C. 81.717.376  
T.P. 185.084

**JOSÉ MARCELO BARRAGAN P.**  
NOTARIO SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADO



### DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL



40227

Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019), en la Notaría Sesenta y Cinco (65) del Círculo de Bogotá D.C., compareció:

LUIS ALEJANDRO RAMIREZ ALVAREZ, identificado con Cédula de Ciudadanía/NUIP #0081717376 y la T.P. 185084 CSI, presentó el documento dirigido a HONORABLES MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.

----- Firma autógrafa -----



3e60djry9d7i  
13/03/2019 - 12:25:10:244



Conforme al Artículo 18 del Decreto-Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

13 MAR 2019



JOHN MARCEL BARRAGAN PINZON  
Notario sesenta y cinco (65) del Círculo de Bogotá D.C. - Encargado

Consulte este documento en [www.notariasegura.com.co](http://www.notariasegura.com.co)  
Número Único de Transacción: 3e60djry9d7i

