

Bogotá D.C., 5 de noviembre de 2019

**HONORABLES CONSEJEROS
HONORABLE CONSEJERO PONENTE
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES
SECCIÓN PRIMERA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONSEJO DE ESTADO
E. S. D.**

2019NOV 5 4:21PM
CONSEJO DE ESTADO
S. SECCION PRIMERA
27 Folios
+6 AM

Expediente Nro: 11001-03-24-000-2018-00387-00 11001-03-24-000-2018-00399-00 (acumulados)
Actor: LUVI KATHERINE MIRANDA PEÑA Y ANDRÉS FELIPE YEPES GUZMÁN
Demandados: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA - MINISTERIO DEL INTERIOR –MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Asunto: Alegatos de conclusión

Nosotros, **EDUAR LIBARDO VERA GUTIÉRREZ**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 79.859.362 de Bogotá, D.C., abogado titulado e inscrito, portador de la tarjeta profesional número 216.911 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación del **MINISTERIO DEL INTERIOR**; **RICARDO DAVID ZAMBRANO ERAZO**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.085.247.536 de Pasto, abogado titulado e inscrito, portador de la tarjeta profesional número 175.598 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación del **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**; **SANDRA MARCELA PARADA ACEROS**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.684.114 de Bogotá, D.C., abogada titulada e inscrita, portadora de la tarjeta profesional número 55.153 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación del **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**; y **MARTHA ALICIA CORSSY MARTÍNEZ**, mayor de

edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.619.609 de Usaquén, abogada titulada e inscrita, portadora de la tarjeta profesional número 97.847 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación del señor **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA** y de la **NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el poder adjunto, por el cual solicito me sea reconocida personería jurídica, con el comedimiento que nos es usual y dentro del término de ley presentamos alegatos de conclusión en el proceso presentado por la ciudadana **LUVI KATHERINE MIRANDA PEÑA**, acumulado con el proceso presentado por el ciudadano **ANDRÉS FELIPE YEPES GUZMÁN** contra el Decreto No. 1844 de 2018 *“Por medio del cual se adiciona el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015: “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”, para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”* en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

Los alegatos de conclusión se presentan dentro del término de ley establecido en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, dado que el Auto de fecha 15 de octubre de 2019 de la audiencia inicial dispuso correr traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio público para que rinda concepto, si a bien lo tiene, término que empezará a correr en día 22 de octubre y hasta el 5 de noviembre de 2019.

IV. FUNDAMENTOS PARA NO DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Nos oponemos a la prosperidad de la solicitud de declaratoria de nulidad del Decreto No. 1844 del 1 de octubre de 2018, porque el acto acusado no vulnera ninguna disposición constitucional o legal.

1. Inexistencia de vulneración del artículo 1 de la Constitución Política

El derecho constitucional a la tenencia, porte y consumo de dosis personales de drogas en el espacio íntimo de la vida privada de la persona, no es un derecho aislado, absoluto ni ilimitado, y debe interpretarse en consonancia con los principios y valores constitucionales.

El ordenamiento constitucional y legal vigente impone al Estado colombiano como un todo tres grandes tipos de obligaciones frente al problema de las drogas ilícitas: (i) una obligación de proscripción y lucha contra el tráfico de drogas, (ii) una obligación de prevención del consumo de drogas, y (iii) una obligación de rehabilitación y acompañamiento de los consumidores de drogas y sus familias. La coexistencia de estas tres obligaciones al mismo nivel jerárquico exige interpretar las normas, derechos y figuras jurídicas pertinentes en forma sistemática y no desde una perspectiva hermenéutica aislada o absoluta. Esto implica, entre diversas otras consecuencias jurídicas, que el derecho constitucional a la tenencia y porte de la dosis personal de drogas se debe interpretar en su alcance y limitaciones en forma armónica y consistente con la obligación estatal coexistente de luchar contra el tráfico de estupefacientes, con el deber de rehabilitación y acompañamiento de los consumidores que pesa sobre las autoridades, y con la obligación general de prevención de la drogadicción en la sociedad; más aún, ese derecho individual se debe interpretar y ejercer en forma respetuosa de los derechos de los demás, especialmente de los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 superior, de los derechos de los adolescentes, de los derechos de las familias y de sus integrantes.

Las autoridades tienen la obligación constitucional y legal de hacer efectivas las limitaciones propias de ese derecho individual al porte, tenencia y consumo de dosis personales de drogas, entre otras mediante las medidas de tipo policivo previstas en las leyes de la República.

Desde la vigencia del Acto Legislativo No. 2 de 2009 el derecho de las personas al porte y consumo de dosis personales de drogas adquirió una connotación

marcadamente distinta a la que tenía desde la sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994¹ -providencia que inicialmente afirmó el derecho al consumo de dosis personales de drogas como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad-. Al consagrarse constitucionalmente en el año 2009 el consumo de drogas como una afectación del derecho a la salud que hace al consumidor un adicto merecedor de un trato de rehabilitación, terapia y acompañamiento, se modificó en forma profunda y radical la connotación que este derecho tuvo anteriormente como mero ejercicio de la libertad personal de sujetos libres y auto-determinados.

Este cambio trascendental en la caracterización constitucional del derecho a la dosis personal, que se reflejó y plasmó especialmente en la sentencia C-491 de 2012, tuvo distintas consecuencias jurídicas; entre ellas, el que no se puede interpretar dicho derecho como una prerrogativa absoluta del individuo, sino como una atribución que, si bien puede ejercerse en el ámbito estrictamente privado y personal, incluso en ese ámbito configura un problema objetivo de salud y una condición patológica frente a la cual el Estado no sólo tiene la potestad sino la obligación constitucional de desplegar medidas terapéuticas, educativas y de acompañamiento. No estamos ante una libertad individual privilegiada frente a la cual el Estado deba abstenerse de intervenir y asumir una actitud puramente de respeto y distancia, de un simple dejar hacer en la órbita de autodeterminación de la personalidad. Por el contrario, la adicción a las drogas es vista por la Constitución Política como una condición problemática de salud individual con repercusiones familiares y sociales, y de orden público, que por su mera existencia activa claros deberes y obligaciones para el Estado. Un Estado que, en forma respetuosa de la persona del consumidor, de su dignidad y de su consentimiento informado, está en el deber de procurar medidas de rehabilitación, pedagógicas, profilácticas y de acompañamiento para que el adicto supere su condición de salud.

¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N. D-429.

Jurisprudencial y constitucionalmente la protección del consumidor/adicto y sus derechos desde la óptica terapéutica y de rehabilitación del Acto Legislativo No. 2 de 2009, coexiste en el ordenamiento jurídico con la prohibición, igualmente constitucional del porte y consumo de drogas, prohibición que las distintas autoridades públicas tienen la obligación de implementar. Fue el propio legislador el que encontró un equilibrio entre ambos bienes constitucionales en aparente conflicto, mediante las disposiciones del Código de Policía y Convivencia que facultan a las autoridades para intervenir, ejerciendo determinadas facultades mediante el cumplimiento ciertos procedimientos, en situaciones en las que esté de por medio el cumplimiento de sus obligaciones frente al orden público y los derechos de terceros, equilibrio que de suyo impide que el acto administrativo acusado vulnere el artículo 1 superior.

2. Inexistencia de vulneración del artículo 2 de la Constitución Política

El porte y tenencia de la dosis personal de drogas, al no ser derechos absolutos, y tener por definición limitaciones, son figuras jurídicas en relación con las cuales se pueden cometer determinadas infracciones, esto es, violaciones de dichas limitaciones, o excesos en el ejercicio del derecho. Por ejemplo (i) se puede portar una dosis personal de drogas pero para fines de tráfico y distribución, no para fines de consumo, (ii) se puede consumir una dosis personal en forma tal que se trascienda el ámbito puramente privado e individual de la persona, lesionando así los derechos de terceros, o (iii) se puede tener o portar drogas en cantidades significativamente superiores a las prescritas legalmente como dosis personal. Estas infracciones, vale la pena recordar, se cometen en la práctica a diario en nuestro país, y se han convertido en una de las principales modalidades de microtráfico. Por lo tanto, es legítimo, válido y acorde con el régimen jurídico vigente, el que las normas legales y reglamentarias prevean la posibilidad de que las autoridades detecten la comisión de dichas infracciones y excesos en un caso concreto. Si no hubiese normas que previeran estas facultades en cabeza de las autoridades, sería imposible que tales autoridades cumplieran con sus obligaciones en materia de lucha contra el tráfico, prevención e incluso rehabilitación y acompañamiento de los consumidores; y

si frente al derecho al porte y tenencia de la dosis personal las autoridades estatales estuvieran obligadas a asumir una posición de absoluta abstención de cualesquiera intervención o control, y les estaría vedado a las autoridades de policía cumplir con sus cometidos de controlar el tráfico, apoyar y rehabilitar a los adictos, o prevenir el consumo.

La jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que son dos los criterios principales a aplicar cuando se trata de identificar las limitaciones legítimas al derecho constitucional a la tenencia, porte y consumo de drogas: La lesividad, y la antijuridicidad. Las autoridades policiales necesitan contar con herramientas jurídicas aptas e idóneas para detectar instancias de lesividad o de antijuridicidad en el ejercicio de las actividades de tenencia y consumo de drogas, e intervenir como corresponde para proteger los derechos ajenos y el orden público social.

En otras palabras, en forma plenamente consistente con ese derecho constitucional de los consumidores/adictos tal y como se entiende e interpreta desde la promulgación del Acto Legislativo No 2 de 2009, las autoridades policiales pueden desarrollar procedimientos y actuaciones tendientes a controlar los excesos lesivos y antijurídicos en el ejercicio de dicho derecho, y no por ello se puede entender que estén violando un derecho fundamental personal del consumidor.

Es de advertir que la sentencia de sede de constitucionalidad C-491 de 2012, en armonía con la jurisprudencia vigente de la honorable Corte Suprema de Justicia -Sala Penal, permite expresamente que el Estado proscriba el porte y tenencia de dosis mínimas de drogas con fines de comercialización, y no de consumo. De esta proscripción forman parte, por decisión del legislador, las figuras policivas previstas en el Código de Policía y Convivencia reflejadas en el Decreto acusado, que permiten a las autoridades intervenir para limitar el ejercicio abusivo o encubridor del derecho. Así mismo, desde la propia Ley 30 de 1986, cuando se define la noción de dosis personal, se excluye aquella destinada a la venta.

En la práctica real de la cotidianidad colombiana, es un hecho público y notorio que los vendedores y traficantes de droga han abusado de la protección jurídica de la dosis personal, para ampararse bajo esa figura y cobijar con ella actividades de comercio y distribución. Frente a esta realidad, en un Estado Social de Derecho el legislador no puede ser ajeno a ello y por ello el ordenamiento jurídico consagra en el Código de Policía y Convivencia las herramientas para que las autoridades legítimamente puedan controlar estos abusos y distorsiones de instituciones jurídicas que pueden ser vulnerables por una inadecuada utilización.

El cambio de óptica desde el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación del sujeto consumidor hacia la aproximación terapéutica, y rehabilitadora desde la perspectiva del derecho a la salud -individual y pública- frente al farmacodependiente, se dio desde la jurisprudencia constitucional que interpretó el alcance de la nueva disposición del Acto Legislativo No. 2 de 2009. Esta jurisprudencia excluye el tratamiento punitivo del consumidor adicto, y exige su tratamiento terapéutico y pedagógico. El Decreto No. 1844 de 2018, que reglamenta las disposiciones del Código de Policía, es armónico con esa arquitectura jurídica constitucional del Estado colombiano, puesto que las medidas que prevé no afectan personalmente al adicto o consumidor; no constituyen medidas punitivas sobre su persona, sino solamente medidas de policía contra las actuaciones lesivas del ordenamiento jurídico y los derechos de los demás, esencialmente contra el tráfico de narcóticos, objetivos centrados firmemente en la protección de los derechos de los demás y en el cumplimiento de la ley.

En este mismo sentido, tal y como lo expuso la sentencia C-491 de 2012, el derecho individual del consumidor/adicto se debe obligatoriamente armonizar con los derechos de los demás y el orden jurídico, y eso resulta en que frente al adicto no se han de adoptar medidas punitivas sino de tipo administrativo-terapéutico. Lo cual coexiste con las obligaciones concomitantes del Estado en materia de lucha contra el tráfico de drogas, prevención de su consumo y rehabilitación de los consumidores.

El Decreto cuestionado no adopta ninguna medida penal, punitiva ni personal contra el consumidor, ni pone en riesgo su vida, honra, bienes y derechos; no crea medida correctiva alguna ni medio de policía, ni consagra un procedimiento, *contrario sensu* se remite al proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 del Código Nacional de Policía y Convivencia, trámite consagrado en la Ley 1801 de 2016, procedimiento que garantiza los derechos de los consumidores de sustancias psicoactivas. En adición, el Decreto no adopta medidas penales sino de policía y de orden público, que en nada inciden sobre la responsabilidad penal de la persona portadora o consumidora, ni afectan el ámbito de medidas terapéuticas y pedagógicas, sino que lo complementan. Más aún, en las hipótesis previstas en el Código de Policía y Convivencia referidas en el Decreto No. 1844 de 2018, el porte o tenencia de sustancias psicoactivas ilícitas trascienden el ámbito puramente privado y personal, y adquiere relevancia desde el punto de vista del orden público, de los derechos de los demás y de las obligaciones de las autoridades policiales, facultando así su intervención legítima y jurídica.

Es de anotar que el medio de policía material de incautación y la medida correctiva de destrucción de la sustancia previstos en el artículo 1 del Decreto No. 1844 de 2018, en el artículo adicionado 2.2.8.9.4. -titulado "*Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien*" al Decreto 1070 de 2015 "*Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa*", están expresamente consagradas en el numeral 10. -incautación- del artículo 249 del Código Nacional de Policía y Convivencia.

El Decreto cuestionado desarrolla la obligación constitucional que ordena al presidente de la República mantener el orden público y asegurar el fin esencial del Estado de la convivencia. El artículo 2 de la Constitución Política señala que "(...) *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;*

defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo numeral 4 del 189 superior, corresponde al presidente de la república como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa “(...) *Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado*”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional definió el orden público en la sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002,² así:

“(…)

*A pesar de la multiplicidad de enfoques de que puede ser susceptible el concepto de orden público, lo cierto es que él remite a unas condiciones necesarias para el desenvolvimiento armónico y pacífico de las relaciones sociales y, en consecuencia, para la realización de los derechos y el cumplimiento de los deberes correlativos. **El orden público es un supuesto de la pacífica convivencia, es el escenario de desenvolvimiento normal de las relaciones entre el poder y la libertad.** De allí que el concepto de orden público se ligue siempre a las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad requeridas para el despliegue de la vida en comunidad y para la afirmación de sus miembros como seres libres y responsables.*

Como espacio de reconocimiento de derechos y deberes, el orden público implica una referencia al sistema político y jurídico establecido pues éste es el resultado de la decisión de un pueblo de darse una organización determinada y constituye el desarrollo específico de aquella forma de organización por la que ha optado. De acuerdo con ello, el orden público, como conjunto de condiciones requeridas para la pacífica convivencia, implica el reconocimiento del sistema jurídico como ámbito legítimo de regulación de la vida en comunidad. De allí que el orden público constituya el espacio de reconocimiento y afirmación de las libertades bajo la cobertura racionalizadora del derecho establecido.

(…)

En ese contexto, ya que el orden público suministra el escenario requerido para el desenvolvimiento de la vida en comunidad, es comprensible que sea el Presidente de la República el encargado de conservarlo en todo el territorio y de restablecerlo cuando fuere turbado. (La subraya y la negrilla fuera del texto original)

En ese sentido el Decreto No. 1844 de 2018 se expide no solo como una medida reglamentaria de una norma superior que se presume legal, la Ley 1801 del 2016

² Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad C-802 del 2 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Expediente R.E. 116.

“Por la cual se expide el Código de Policía y Convivencia”, sino que se fundamenta en imperativos constitucionales que el presidente de la República debe cumplir. De manera que se toman medidas que buscan el equilibrio social, la convivencia y el orden justo, en aras de lograr la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, con los bienes, y con el ambiente, bajo el entendido de que toda persona cuenta con el pleno de ejercicio de su libertad y de su autorregulación, comportándose de manera favorable a la convivencia, más aún si se tiene en cuenta que todo entorno alrededor de los niños debe ser protector y toda la sociedad tiene el deber de garantizar su desarrollo lejos de las drogas y sus efectos nocivos.

De otra parte, el honorable Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2014, al estudiar las reglas de comportamiento preventivo frente a personas que en algunos momentos pueden constituirse en riesgo para otras expuso:³

“(…)

Como bien lo expresó el a quo, la Ordenanza acusada responde a la necesidad de mantener el orden justo dentro de la sociedad, y no a una restricción de la libertad. Establece reglas de comportamiento de carácter preventivo, que resultan lógicas frente a personas que en determinado momento pueden constituirse en riesgo para otras, al encontrarse bajo la influencia de sustancias que alteran el sistema nervioso y la conciencia.

A juicio de la Sala, prohibir el consumo de sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques no resulta desproporcionado. Se trata de medidas preventivas que contribuyen al bienestar y seguridad general, al orden público, la salud y a la protección de los derechos y libertades de las personas.

Si bien es cierto que la despenalización de consumir o portar dosis personal de drogas fue inspirada en el respeto por el libre desarrollo de la personalidad, este derecho también lo tienen las demás personas no consumidoras que buscan los parques para recrearse y respirar aire puro y las vías públicas para transitar con un mínimo de tranquilidad.

Y tan cierto es que resulta lógica la medida controvertida en los parques y vías públicas, que la Corte Constitucional en sentencia de 28 de junio de 2012 (Expediente núm. D-8842), salvaguarda las medidas penales para garantizar la SEGURIDAD CIUDADANA al precisar la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética aún en la categoría de dosis personal no destinada al propio consumo, sino a la comercialización, tráfico y distribución gratuita y, precisamente, el consumo en parques y vías públicas facilita la comercialización y el

³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 13 de febrero de 2014, Consejera Ponente María Elizabeth García González, Expediente 2012-00122-01.

tráfico, y tiene la potencialidad de afectar la seguridad ciudadana.” (La subraya y la negrilla fuera del texto original)

En este orden, (i) las disposiciones contenidas en el Decreto No. 1844 de 2018 no tienen de manera alguna el carácter represivo o restrictivo de las libertades, por el contrario desarrolla principios constitucionales superiores a toda individualidad, (ii) el Decreto reglamenta Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*”, y (iii) el Decreto propende por mantener el orden social y la convivencia pacífica, que no es otra cosa diferente que lograr que toda persona en ejercicio de sus derechos cumpla con el deber de regular sus comportamientos a fin de respetar a los demás y su entorno; en consecuencia no se presenta vulneración del artículo 2 superior.

El Decreto No. 1844 del 1 de octubre de 2018 es una reglamentación en favor de la niñez y la superioridad de sus derechos en el Estado Social de Derecho, lo cual se advierte en sus considerandos, en estricto cumplimiento del bloque de constitucionalidad y de la Constitución Política que exigen que toda determinación de las autoridades administrativas, legislativas o judiciales deben tener consideración primordial en el interés superior del niño.

La especial protección de la niñez obedece a su situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad que obliga al Estado a garantizar un desarrollo armónico e integral de los niños, como reiteradamente lo ha dicho la Corte Constitucional, que al respecto ha sostenido que “*(...) Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos*

*grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales”.*⁴

3. Inexistencia de vulneración del artículo 13 de la Constitución Política

Considera la actora que se vulnera el artículo 13 superior porque en el Decreto cuestionado⁵ “(...) *no se designa a una institución idónea para la garantía de los derechos constitucionales* de una población que se encuentra en *circunstancias de debilidad manifiesta, (...)*”⁶ designación que no se exige en el artículo precitado, por lo cual el cargo expuesto en la demanda carece de fundamento jurídico.

4. Inexistencia de vulneración del artículo 49 de la Constitución Política

La demanda expresa que “*Por último, se vulnera el artículo 49 Constitucional por que las medidas sancionadas no apuntan a los fines preventivos y rehabilitadores que debe contener las disposiciones sobre el consumo de sustancias prohibidas, ni se establecen medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias, vulnerando los derechos de los consumidores de sustancias prohibidas.*”, cargo que no está llamado a prosperar por la potísima pero sencilla razón que el Decreto No. 1844 de 1 de octubre de 2018 no es una normativa sobre consumo de sustancias estupefacientes, y el título del Decreto pluricitado indica claramente que se refiere a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas.

De otra parte, es preciso resaltar el pronunciamiento del honorable Consejero Ponente, mediante Auto del 15 de octubre de 2019, por el cual resolvió “**DENEGAR** la suspensión provisional de los efectos jurídicos de **Decreto 1844 de 1 de octubre de 2018**, expedido por el Presidente de la República, por la Ministra del

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión Tutela, Sentencia T-260 de 29 de marzo de 2012, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente T-3.273.762.

⁵ Cuaderno Principal, Folio 12.

⁶ La subraya y la negrilla fuera del texto original.

Interior, por la Ministra de Justicia y por el Ministro de Defensa Nacional, de conformidad con las razones expuestas en este proveído”; medida cautelar solicitada por el actor Andrés Felipe Yepes, lo que aunque no constituye prejuzgamiento, sí permite concluir que la decisión de seguramente será favorable a la legalidad del Decreto demandado. Así lo explicó el Honorable Consejero Ponente:

“I.4. El caso concreto

En el asunto *sub examine*, el señor **Andrés Felipe Yepes Guzmán** sostiene que el Decreto 1844 de 2018 desconoce, en concreto, los artículos 1^{o7}, 2^{o8}, 5^{o9}, 6^{o10}, 12¹¹, 16¹², 28¹³, 29¹⁴ y 150¹⁵ de la Constitución Política, el artículo 2^o (literal j) de la Ley 30 de 1986¹⁶ y la Ley 1801 de 1986.

En lo atinente a la transgresión de los artículos 6^o, 28, 29 y 150 de la Constitución Política, del artículo 2^o (literal j) de la Ley 30 de 1986 y de la Ley 1801 de 1986, consideró que “con el Decreto 1844 se está creando una

⁷ Artículo 1^o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁸ Artículo 2^o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares

⁹ Artículo 5^o. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

¹⁰ Artículo 6^o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

¹¹ Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

¹² Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

¹³ Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

¹⁴ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

¹⁵ ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

¹⁶ ARTÍCULO 2^o. Para efectos de la presente Ley se adoptarán las siguientes definiciones: j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.

infracción, sanción y procedimiento policivo administrativo que no se encuentra contemplada en la Ley 1801 de 2016. Contrario a esto el Gobierno Nacional se excede en su competencia”.

Respecto de la presunta vulneración de los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 12 y 16 de la Constitución Política y del artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986, afirmó que, con el acto administrativo cuestionado “*el Gobierno Nacional creó un tipo sancionatorio de carácter administrativo que sanciona el porte y tenencia de la dosis personal y de aprovisionamiento con su incautación y destrucción, cuando se trata de una cantidad de estupefacientes lícita que la persona porta o conserva para su consumo propio, sin invadir la esfera de lo público y que únicamente le atañe a esta”.*

Finalmente, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, actuando como coadyuvante de los actores, puso de presente que la Corte Constitucional, en sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, declaró la inexecutable las expresiones ‘*alcohólicas, psicoactivas o*’ contenidas en el artículo 33 (literal c, numeral 2) del Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016) y las expresiones ‘*bebidas alcohólicas*’ y ‘*psicoactivas o*’ contenidas en el artículo 140 (numeral 7) del Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016).

Por su parte, las entidades demandadas, de manera conjunta, señalaron las razones jurídicas y fácticas en virtud de las cuales consideran que el acto acusado no incurre en el vicio de falta de competencia y tampoco desconoce las consideraciones jurisprudenciales efectuadas por las altas Cortes en materia de dosis mínima.

En ese orden de ideas, el Despacho procede a analizar los cargos propuestos como fundamento de la solicitud de suspensión provisional del Decreto 1844 de 2018, a saber:

II.4.1.- Falta de competencia por la transgresión de los artículos 6º, 28, 29, 150 y 189 numeral 11 de la Constitución Política, del artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986 y de la Ley 1801 de 1986.

La parte actora sostiene, en concreto, que mediante el Decreto 1844 de 2018 “*el Gobierno excede su competencia de carácter estrictamente reglamentario conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, para abrogarse funciones exclusivas del Legislador, creando de esta manera un tipo sancionatorio administrativo, una sanción y un procedimiento administrativo, función que por principio de reserva de ley*”¹⁷.

Para resolver, sea lo primero precisar que el Acto Legislativo 02 de 2009, modificadorio del artículo 49 de la Constitución Política, dispone que le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de universalidad y solidaridad. Asimismo, señala que se debe establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares a su cargo, en tanto que “*el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica*”.

¹⁷ Folio 6 del Cuaderno de Medida Cautelar.

De igual manera, el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, señala la prohibición de **"llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas"** (negrillas fuera de texto).

Por su parte, la Ley 1801 del 29 de julio de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, estableció las condiciones para la convivencia en el territorio nacional, además propendió por el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, y también determinó las regla para el ejercicio del poder, de la función y de la actividad de Policía.

Concretamente, los numerales 7° y 8° del artículo 140 del Código Nacional de Policía y Convivencia, vigentes al momento de la expedición del acto acusado, señalaban que no estaba permitido consumir bebidas alcohólicas, sustancias psicoactivas o prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público.

Por su parte, el artículo 2° *ibidem*, entre otros aspectos, reguló los comportamientos que favorecen la convivencia en el espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, por lo que definió comportamientos, medidas, medios y procedimientos de Policía para lograr dicho fin, así como un procedimiento respetuoso del debido proceso, idóneo, inmediato, expedito y eficaz para la atención oportuna de dichos comportamientos.

Cabe poner de relieve que el artículo 33 también señala los comportamientos orientados a preservar la tranquilidad, y las relaciones respetuosas de las personas, y proscribire el consumo de sustancias alcohólicas, psicoactivas o prohibidas, no autorizadas para su consumo.

Es así como el artículo 34 *ejusdem* prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas, drogas o sustancias prohibidas dentro de la institución o centro educativo, y los artículos 38 y 39 señalan como comportamientos que afectan la integridad de los niños, niñas y adolescentes, entre otros, los siguientes: **"permitir, auspiciar, tolerar, inducir o constreñir el ingreso de los niños, niñas y adolescentes a los lugares donde se realicen actividades de diversión destinadas al consumo de bebidas alcohólicas y consumo de cigarrillo, tabaco y sus derivados y sustancias psicoactivas"; "facilitar, distribuir, ofrecer, comercializar, prestar bebidas alcohólicas, cigarrillo, tabaco y sus derivados, sustancias psicoactivas o cualquier sustancia que afecte su salud" y; "comercializar, distribuir, tener, almacenar, portar o consumir sustancias psicoactivas o tóxicas, alcohólicas o demás sustancias estimulantes que puedan afectar su salud o que produzcan dependencia, que estén restringidas para menores de edad"**.

Debe anotarse, igualmente, que como quedó plasmado en el acto acusado, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en su artículo 33 que prescribe que los **"Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los**

niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias" (negritas fuera de texto).

Por otra parte, los artículos 59 y 92 de la misma disposición previenen comportamientos relacionados con la seguridad y tranquilidad que afectan la actividad económica, o comportamientos que ponen en riesgo la vida e integridad de las personas en las actividades que involucran aglomeraciones de público no complejas.

Así pues, en esta etapa procesal, el Despacho no encuentra la falta de competencia del Gobierno Nacional para reglamentar y sancionar el porte y tenencia de la dosis mínima, al encontrarse que, al momento de su expedición, se contaba con sustento normativo habilitante para dictar del acto acusado.

En efecto, el Despacho, en una visión preliminar de la controversia, encuentra que los principios de legalidad, tipicidad, debido proceso y reserva de la ley, no se encuentran transgredidos, toda vez que previo a la expedición del acto acusado el legislador había definido los elementos de la conducta prohibida regulada en el Decreto 1844 y, por ende, el ejecutivo se encontraba facultado para reglamentar la materia.

En este mismo sentido y en relación con las características de la potestad reglamentaria, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“La potestad reglamentaria es “...la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo”¹⁸ (negritas fuera de texto).

El Despacho resalta que una de las características del acto administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano es que a través del mismo se ejecuta, concreta y materializa la ley, lo que se cumple en el caso concreto, en tanto que el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 1844 de 2018, desarrolló preceptos constitucionales y legales, sin que se pueda afirmar que se desconoció el principio de reserva de ley.

¹⁸ Al respecto ver sentencia de la Corte Constitucional C-805-01.

Por ende, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en relación con la **tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas**, tales como (i) marihuana, cocaína o sustancias derivadas de la cocaína, heroína o derivados de la amapola, drogas sintéticas; (ii) o cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas que figuran en la listas I y II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su Protocolo de Modificación¹⁹, el Presidente de la República contaba con la competencia para reglamentar la ley con miras a darle contenido material y hacer posible su ejecución.

Ahora bien, en cuanto atañe al planteamiento esbozado por el Colectivo de Abogados coadyuvante de la parte actora, el Despacho no desconoce que la Corte Constitucional, en sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, declaró la inexecutable de las expresiones “*alcohólicas*” y “*psicoactivas*”, contenidas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia. No obstante, lo cierto es que al momento de la expedición del acto acusado dichas disposiciones estaban vigentes y, por ende, se encontraban ajustadas al ordenamiento superior.

En este sentido, el hecho sobreviniente consistente en la declaratoria de inexecutable antes referida, por sí mismo, no tiene la virtualidad de afectar la validez del acto acusado.

Debe recordarse que es reiterada y pacífica la jurisprudencia de esta Corporación que sostiene que el juicio de legalidad que le corresponde realizar a la autoridad judicial se debe hacer a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición. Al respecto esta Sección ha sostenido:

*“Además, se tiene que el decaimiento del acto administrativo tiene efectos ex nunc y que por lo mismo no afecta la presunción de legalidad de éste, por lo cual aun después de su decaimiento es susceptible de control de legalidad por esta jurisdicción, **toda vez que dicha legalidad se determina a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición,** y en el caso del decaimiento, es sabido que corresponde a situaciones o circunstancias ex post o sobrevivientes, incluso con posterioridad a la firmeza del acto administrativo. La nulidad y el decaimiento del acto administrativo son dos situaciones distintas, para las cuales la primera tiene acciones contenciosas administrativas, mientras que la segunda no tiene una acción en este ámbito, sino la excepción anotada [...]”²⁰*
(negrillas y subrayado fuera de texto).

Nótese, en este mismo sentido, que el decreto acusado no solo se apoyó en los dos preceptos que fueron declarados inexecutable sino que también se sustentó en 16 disposiciones (constitucionales y legales), aún vigentes, específicamente, en el Acto Legislativo 02 del 21 de diciembre de 2009, en el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y en los artículos 2º, 3º (inciso 4º), 21, 34 (numeral

¹⁹ Celebrada en Ginebra el 25 de marzo de 1972.

²⁰ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 27 de mayo de 2010. Rad.: 2005 – 01869; Consejero Ponente: doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

1º), 38 (numerales 1º, 5º y 6º), 39 (numeral 1º), 59 (numeral 9º), 92 (numerales 8º y 9º), 93 (numeral 1º), 146 (numeral 6º), 159 (numeral 4º), 164, 192 y 222 de Ley 1801 del 29 de julio de 2016.

Sumado a lo anterior, también es cierto que el máximo Tribunal constitucional en el mencionado precedente, al declarar la inexecutable de las expresiones “*alcohólicas, psicoactivas o*”, **no cuestionó la facultad del Estado de limitar los derechos de los consumidores de sustancias psicoactivas para garantizar el goce efectivo de los derechos de otras personas**, sino que encontró desproporcionada la prohibición relacionadas con el verbo rector “*consumir*” contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia²¹, luego de considerar que nuestro sistema jurídico contempla otros mecanismos policivos y penales para garantizar el control de los comportamientos nocivos a terceros derivados del acto de consumo²².

Ahora bien, de la lectura de la lista de medidas adecuadas de carácter policivo y penal a las que se refirió en esa oportunidad la Corte Constitucional, de forma enunciativa, para demostrar que las autoridades policivas contaban y cuentan con instrumentos de control idóneos para evitar la afectación de terceros, el Despacho advierte que la mayoría coincide con las consagradas en las demás disposiciones que fueron reglamentadas por el Decreto 1844, entre las cuales se resaltó la normatividad penal tendiente al control del narcotráfico y los instrumentos policivos referentes “*a los derechos de los niños y las niñas, los casos referentes a instituciones educativas, así como las disposiciones generales referentes a personas que se encuentren en un grado de afectación o alteración que implique medidas de control o medidas de protección*”²³.

²¹ Al respecto, la Corte Constitucional señaló que: *es claro que Legislador puede establecer prohibiciones generales y amplias de un determinado comportamiento, sin fijar condiciones de modo, tiempo y lugar. Esto ocurre justamente con diversas formulaciones de delitos y normas de carácter penal o sancionatorio. No obstante, en tales casos, existen razones para hacer un juicio de constitucionalidad estricto, que asegure la razonabilidad y ponderación de tales medidas. Este juicio estricto de constitucionalidad se requiere especialmente en casos como el que se analiza, en los que el comportamiento que es objeto de prohibición amplia y general es de aquellos que, en principio, no está excluido del ámbito de protección del libre desarrollo de la personalidad. Es decir, una cosa es analizar la constitucionalidad de una norma que prohíbe sin condiciones de modo, tiempo y lugar realizar un acto que en principio es contrario a derecho, por afectar derechos básicos de las demás personas, como es el caso del homicidio o la violación. Nadie tiene derecho constitucional a matar a los demás, ni nadie tiene derecho constitucional a violar a otras personas; son actos que no están amparados por el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Otra cosa es analizar una norma que se refiere a un acto que las personas sí tienen, en principio, la libertad de realizar, como lo es consumir bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas. Estas no son conductas que se encuentren excluidas en principio del orden constitucional vigente y sí hacen parte de los ámbitos de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, cuando una regla legal invierte el principio de libertad, convirtiéndolo en una excepción, existen buenos motivos para que el juez constitucional haga un juicio de razonabilidad estricto, un juicio que asegure que tal tipo de medida tan radical es razonable bajo el orden constitucional vigente”.*

²² Es así como la Corte, luego de efectuar un juicio estricto de proporcionalidad de esas normas, advirtió que el legislador incumplió el criterio de necesidad pues “muchos de los peligros y afectaciones que puede sufrir la tranquilidad y las relaciones respetuosas relacionados con el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas, pueden ser enfrentados por medio de otras normas de policía que permiten enfrentar esos eventos”.

²³ La Corte resaltó que el ordenamiento jurídico ya contemplaba otras medidas policivas, penales y disciplinarias orientadas a controlar acciones relacionadas con el consumo de bebidas y sustancias que sean contrarias a los derechos de los demás y de la sociedad, así: “6.1.4. Ahora bien, es importante que la Corte advierta que estas reglas se refieren a personas mayores de 18 años. Para los niños y las niñas, esto es, toda aquella persona menor de 18 años, las reglas aplicables son diferentes. Como se dijo antes,

Como puede observarse, la Corte Constitucional reconoció que al Legislador le es dable establecer prohibiciones policivas a las libertades individuales, siempre que exista una clara relación fáctica entre el medio –lo que comporta una afectación al libre desarrollo de la personalidad- y el fin buscado; situación que, en el caso concreto, debe analizarse a la luz del deber de la autoridad policiva de controlar la distribución y comercialización de drogas, a que se refieren los artículos 49 de la Constitución Política, 376 de la ley 599 de 2000 y 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de la Ley 1801 de 2016.

En suma, en esta etapa inicial de la actuación procesal, el Despacho no observa que el plurimencionado decreto se encuentre viciado por falta de competencia para su expedición, esto es, respecto del tipo sancionatorio así como del procedimiento “*verbal*”, dado que al momento de su expedición se fundamentó y desarrolló diferentes disposiciones que se encontraban vigentes, por lo que no se puede afirmar que se desconoció el principio de reserva de ley y, muchos menos, que se estableció un tipo sancionatorio administrativo, una sanción y un procedimiento administrativo diferente al consagrado en las normas superiores.

Por último, se resalta que lo expuesto de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sala, este tipo de pronunciamiento “*en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”²⁴.

el primer Capítulo del Título V, dedicado a las relaciones respetuosas con grupos específicos de la sociedad, se ocupa precisamente de las niñas, los niños y las adolescentes. El Artículo 38 del Código Nacional de Policía y Convivencia, por ejemplo, incluye dentro de los comportamientos que afectan la integridad de los niños, niñas y adolescentes y que, por lo tanto “no deben realizarse”: (numeral 5°): “Facilitar, distribuir, ofrecer, comercializar, prestar o alquilar, cualquiera de los siguientes elementos, sustancias o bebidas, a niños, niñas o adolescentes:” (literal b): “Bebidas alcohólicas, cigarrillo, tabaco y sus derivados, sustancias psicoactivas o cualquier sustancia que afecte su salud”. La norma precisa, que su incumplimiento da lugar a medidas correctivas, pero sin perjuicio de lo establecido por la normatividad vigente sobre la materia y de la responsabilidad penal a que haya lugar. A esto se suman otra medida de Policía que se ocupa de proteger el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas en entornos educativos. Esta posición legislativa con relación a los niños y las niñas coincide con las Guías Internacionales sobre Derechos Humanos y Políticas de Droga, que también invocan un tratamiento diferenciado a grupos especialmente protegidos, haciendo referencia expresa a niñas y niños; mujeres; personas privadas de la libertad y pueblos indígenas (y grupos étnicos). No obstante, cualquier persona cuya conciencia esté en estado de ‘grave alteración’ por consumir bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas, por su protección y la de los terceros, podrá ser ‘trasladada’ (Artículo 155). En este evento, no obstante, el Código advierte que si un traslado se da por alteración del estado de conciencia, porque la persona se encuentra bajo el efecto del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas “no podrá ser trasladada por el simple hecho de estar consumiendo sino que deben existir motivos fundados y el agente de Policía con fundamento en el principio de proporcionalidad determinará si existen las razones objetivas previstas en este Código.” El Código contempla medidas de policía especiales para el consumo de alcohol o sustancias psicoactivas en lugares habilitados para aglomeraciones (Artículo 49) y en actividades que involucran aglomeraciones de público no complejas (Artículo 59) o aglomeraciones de público complejas (Artículo 74). También existen disposiciones que se ocupan de regular competencias especiales de los gobernadores y los alcaldes, ante situaciones de emergencia o calamidad, dentro de las cuales se contempla ‘restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas alcohólicas’ (Artículo 202). En otras palabras, aparte de las medidas de policía estudiadas en el presente proceso, existen otras medidas, también de Policía, orientadas a lidiar con el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas. Además, hay medidas penales y disciplinarias que funcionan con sus lógicas y reglas propias, también orientadas a controlar acciones relacionadas con el consumo de bebidas y sustancias que sean contrarias a los derechos de los demás y de la sociedad. La regla legal acusada que se estudia en el presente proceso, por tanto, no es la única norma que regula la cuestión, no es la que se ocupa de regular los casos de personas menores de edad ni de lugares tales como los entornos educativos”.

²⁴ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los

II.4.2.- Vulneración de los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 12 y 16 de la Constitución Política y del artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986, por cuanto se sanciona el hecho de portar, tener y aprovisionarse de sustancias psicoactivas en una dosis personal, a pesar de que dicha conducta es lícita.

La parte actora señala que el Decreto 1844 de 2018 “*pone en evidente peligro el orden constitucional y legal, los derechos fundamentales de los individuos que portan y tienen su dosis personal y de aprovisionamiento, pues a pesar de la declaratoria de constitucionalidad de la dosis personal del literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 en la sentencia C-221/94 por la Corte Constitucional y de la sentencia SP 2940-2016 de fecha 9 de marzo de 2016 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Ejecutivo decidió prohibir su porte y tenencia, con la consecuente sanción de la incautación y destrucción del bien, lo que no es otra cosa que hacer nugatorio el derecho a la dignidad humana, la inalienabilidad y garantía de sus derechos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad*”.

Para resolver, el Despacho pone de presente que el artículo 2º de la Ley 30 de 1986 “*Estatuto Nacional de Estupefacientes*”, en su literal j) definió que se considera “dosis” para uso personal, para cual dispuso que se trata de “*la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo*”.

En tal sentido, señaló como “*dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona que no exceda de dos (2) gramos*”; y, estableció, en la misma disposición, que: “*no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad*”.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, declaró inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, normas que fijaban sanciones penales para quienes portaran la dosis mínima permitida, por cuanto el consumo de drogas es una actividad que atañe a la esfera individual de la persona, precisando que tal conducta no puede ser objeto de sanción en el evento en que el acto de consumo **no implique la trasgresión de los derechos de otros terceros**.

temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”.(Negrillas fuera del texto).

El alto Tribunal, en la citada providencia, diferenció la dosis para consumo personal, la cual **“implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor: uso recreativo, terapéutico u ocasional), con la conducta ilícita asociada al “narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables”**”.

En este contexto y atendiendo lo dispuesto en el artículo 49 superior, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de universalidad y solidaridad; y al Gobierno Nacional, le atañe proponder por la lucha antidrogas, prevenir su consumo y abogar por su tratamiento, así como armonizar esa actividad con los derechos de los consumidores que portan sustancias prohibidas para fines recreativos, terapéuticos u ocasionales.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, mediante C-491 del 28 de junio de 2012, al decidir la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 11 (parcial) de la Ley 1453 de 2011 y precisar la interpretación admisible de esa disposición penal a la luz del derecho a la tenencia, porte y consumo de la dosis personal de drogas y del artículo 49 de la Constitución Política, precisó:

*“La jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia sobre el tratamiento al porte de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal, ha establecido las siguientes reglas: (i) El concepto de dosis personal y su regulación prevista en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 continúan vigentes; (ii) en casos de porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación es preciso analizar si la conducta reviste relevancia penal por concurrir la exigencia de antijuridicidad material (Art. 11 C.P. lesividad), es decir si reviste idoneidad para afectar el bien jurídico de la salud pública, o si se trata de un acto que solo concierne al fuero individual del portador; (iii) **cuando se trata del porte, tráfico o fabricación de estupefacientes en cantidades comprendidas dentro del rango de dosis personal, destinadas no al consumo sino a su comercialización e incluso a su distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege**; (iv) cuando la sustancia, atendiendo cantidades insignificantes o no desproporcionadas, concepto que incluye la dosis personal, **está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problema de narcodependencia, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad en tanto no se afectan los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger**; (v) A pesar de la prohibición introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009 (Art. 49 C.P.), y de la modificación al artículo 376 del Código Penal efectuada por el artículo 11 de la Ley 1153 de 2011, es posible tener por impune el consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, previa valoración del criterio de lesividad o antijuridicidad material”* (negrillas y subrayado fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior, en la misma sentencia la Corte sostuvo lo siguiente:

“De modo que el concepto de dosis personal, corresponde a una categoría jurídica que se encuentra vigente y regulada en el orden jurídico colombiano, respecto de la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha efectuado notables desarrollos en los que ha declarado la no punibilidad del porte de sustancias estupefacientes en cantidades de baja significación. Para el efecto, ha relacionado los principios constitucionales de dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, con categorías penales como la ausencia de lesividad material de estas conductas, toda vez que se trata de comportamientos que carecen de relevancia para la afectación de los bienes jurídicos que protege el tipo penal del artículo 376, que trascienden la salud pública, alcanzando otros valores como la seguridad pública y el orden económico y social.

Es preciso aclarar que la dosis personal es un concepto objetivo que hace referencia a la cantidad de sustancia estupefaciente que, de conformidad con una presunción legal, es la que resulta compatible con el consumo personal, y por ende no está destinada a la comercialización o distribución. En consecuencia, no forma parte de este concepto la condición personal de quien la “porta o conserva” en dosis mínima; es decir que resulta irrelevante para la configuración del concepto de dosis personal, la condición de adicto, consumidor habitual, o consumidor ocasional. En este sentido la Corte prohíja el planteamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que: “(...) cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger” (negritas y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, tampoco es cierta la afirmación sostenida por el accionante según la cual el Decreto 1844 desconoce el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia SP 2940 de 9 de marzo de 2016, pues, como se observó, el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria ha sido enfático respecto del deber de la autoridad judicial de efectuar un análisis de antijuricidad material del porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación; criterio prohibido por la Corte Constitucional mediante sentencia C-491 de 2012.

Por lo anterior, el Despacho comparte las consideraciones esbozadas por las carteras ministeriales demandadas y por la Presidencia de la República, a través del memorial conjunto de contestación de la primera solicitud cautelar²⁵, según las cuales el “*cambio trascendental en la caracterización constitucional del derecho a la dosis personal, que se reflejó y plasmó especialmente en la sentencia C-491 de 2012, tuvo distintas consecuencias jurídicas; entre ellas, el que no se puede interpretar dicho derecho como una prerrogativa absoluta del individuo, sino como una atribución que, si bien puede ejercerse en el ámbito estrictamente privado y personal, incluso en ese ámbito configura un problema objetivo de salud y una condición patológica frente a la cual el Estado no sólo tiene la potestad sino la obligación constitucional de desplegar medidas terapéuticas, educativas y de acompañamiento*”.

En este orden de ideas, lo cierto es que el alcance del concepto de “*dosis personal*”, implica, *per se*, la imposibilidad del uso de la sustancia psicoactiva para fines de distribución y comercialización; motivo por el cual la presunción prevista en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, está acompañada de un procedimiento policivo de verificación previsto por la misma norma, en el cual se tiene como premisa que: “*no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad*”.

Nótese, entonces, que el Decreto 1844 de 2018 busca desarrollar tales previsiones constitucionales y legales y, en especial, acatar lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 28 de junio de 2012, en cuanto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas.

De manera que de la revisión en detalle del acto acusado, emerge la conclusión consistente en que el mismo dispone que cuando la autoridad advierta **la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas**, ha venido analizando, se aplicará el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016.

En tal sentido, el Despacho encuentra que el procedimiento de verificación policivo contenido en el Decreto 1844 de 2018 permite diferenciar los escenarios lícitos de aquellos ilícitos, según lo estipulado en su artículo 1º, a través del cual se adiciona el Capítulo 9 del Título 8 de la parte 2ª del Libro 2º del Decreto 1070 de 2015 “*Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa*”.

En efecto, según los artículos 2.2.8.9.1 y 2.2.8.9.2 del Decreto 1070, cuando en el marco del Proceso Único de Policía, la autoridad advierta que, con ocasión de la tenencia o porte de sustancias psicoactivas²⁶, se puede haber incurrido en alguna de las infracciones previstas en los artículos 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de

²⁵ Folios 16 a 49 del cuaderno de medida cautelar expediente 2018-00399.

²⁶ tales (i) como marihuana, cocaína o sustancias derivadas de la cocaína, heroína o derivados de la amapola, drogas sintéticas; (ii) cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas que figuran en las listas I y II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su Protocolo de Modificación, celebrada en Ginebra el 25 de marzo de 1972, aprobada por medio de la Ley 13 del 29 de noviembre de 1974; (iii) que se encuentren incorporadas en las listas I, II, III y IV del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas, aprobado por medio de la Ley 43 del 29 de diciembre de 1980; o (iv) así como cualquier otra sustancia que se encuentre legalmente prohibida

la Ley 1801 de 2016, resulta necesario aplicar el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016, "por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia".

Como se observa, se trata un procedimiento policivo que cobija a todas las personas que porten, posean y tengan ese tipo de sustancias y que, en el marco del debido proceso, permite establecer y determinar quiénes son consumidores y quiénes no lo son, de conformidad con la siguiente regulación:

"1. Se podrá iniciar de oficio o a petición de quien tenga interés directo o acuda en defensa de las normas de convivencia.

2. Una vez identificado el presunto infractor, la autoridad de Policía lo abordará en el sitio donde ocurran los hechos, si ello fuera posible o, en aquel donde lo encuentren, y le informará que su acción u omisión configura un comportamiento contrario a la convivencia.

3. El presunto infractor deberá ser oído en descargos.

4. La autoridad de Policía hará una primera ponderación de los hechos y procurará una mediación policial entre las partes en conflicto. De no lograr la mediación, impondrá la medida correctiva a través de la orden de Policía" (negritas fuera de texto).

Así, del análisis previo se desprende que el objeto del citado procedimiento no es otro que el de asegurar "la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, con los bienes, y con el ambiente, en el marco del ordenamiento jurídico"²⁷.

Sumado a lo anterior y al tenor del párrafo 1º del citado artículo 222, es claro que en contra de la orden de Policía o de la medida correctiva, procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, en virtud de lo cual la actuación deberá ser remitida al Inspector de Policía, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, para que resuelva la impugnación en el término de tres (3) días.

Como puede observarse, luego de identificar al presunto transgresor, la autoridad de policía abordará a la persona en el sitio donde ocurran los hechos y le informará que su acción configura un acto contrario a la convivencia, para lo cual debe, en primera instancia, efectuar una ponderación de los hechos tendiente a mediar y resolver el conflicto. Tal momento inicial es entendido por la Corte Constitucional como "un canal de comunicación para que los interesados resuelvan directamente sobre sus desacuerdos de forma armónica"²⁸.

Ahora bien, con plenas garantías del derecho fundamental al debido proceso, desde los componentes de defensa, y la contradicción, y en el escenario en que no se llegue a un acuerdo, se deberá oír en descargos al presunto infractor y solo posteriormente se podrá imponer la medida correctiva, en su contra, a través de

²⁷ CNPC, art. 5.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-282 de 2017.

una orden de policía frente a la cual procede el recurso de apelación; y resaltando que, en todo caso, se debe aplicar el “*Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien*” (artículo 2.2.8.9.4 del acto acusado).

Cabe mencionar que, en tratándose de esta tipología de infracciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2.8.9.3, una vez agotado el citado trámite, procede la “*medida correctiva de destrucción del bien, sin perjuicio de las demás a las que hubiere lugar*”; consecuencia que también se ajusta a los criterios fijados por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-221 de 1994, en materia de prevención y manejo de las adicciones, dado que tal providencia proscribía las medidas de penalización de carácter sancionatorio, mientras que el acto de decomiso no constituye en sí mismo una sanción, según lo dispone el parágrafo 1º del artículo 172 del CNPC, sino que constituye un mecanismo preventivo sujeto a un procedimiento previo, tendiente a equilibrar el deber del Estado de respetar los derechos fundamentales de los consumidores, para así evitar la utilización de la figura de la dosis mínima como fachada del micro tráfico de estupefacientes.

Así pues, del análisis preliminar de la norma, la misma guarda coherencia con las disposiciones legales antes citadas y resulta armónica con la interpretación que ha venido realizado la Corte Constitucional sobre dicha temática, en tanto se refiere al porte y tenencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas prohibidas cuando tenga como fin su distribución o comercialización, cualquiera que sea su cantidad.

De manera que, en esta etapa inicial de la controversia, el Despacho observa que el procedimiento policivo acusado guarda coherencia con la finalidad de la medida, en tanto procede frente a todas las personas que porten y tengan sustancias estupefacientes o sicotrópica prohibidas y, en tanto, a través del mismo, en el marco de los derechos de defensa y contradicción, se busca corroborar la situación descrita en el artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986 y en la sentencia C-491 de 28 de diciembre de 2009, proferida por la Corte Constitucional.

Cabe resaltar, igualmente que, de conformidad con el epígrafe del acto acusado, dicha disposición se expidió para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas, y no se refirió, expresamente, al consumo de las mismas, ya sea para fines recreativos, terapéuticos u ocasionales.

De manera que como acertadamente lo puso de presente el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, es claro que el decreto acusado no tiene relación alguna con conductas de los adictos ni consumidores sino con el control del microtráfico de estupefacientes.

Por lo último, el Despacho reitera que el concepto de dosis personal previsto en el literal j), no contiene una presunción de derecho *iuris et de iure* que no admita prueba en contrario. Por el contrario, la presunción de cantidades de drogas a las que alude aquella definición requieren de la demostración, a través del proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 del CNPC, de otros hechos indicadores, asociados: (i) a la afectación de los derechos de terceros

prevista en los artículos 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de la Ley 1801 de 2016 y; (ii) a la valoración de la acreditación de la condición de consumidor (ocasional, terapéutico o recreativo).

Es por ello que la autoridad policiva no debe olvidar que, en tratándose del porte de sustancias psicoactivas en cantidades de baja significación, el mencionado proceso policivo contempla una etapa inicial de mediación tendiente a garantizar el derecho de los sujetos consumidores que portan cantidades permitidas de estas sustancias para su uso personal.

Por todo lo anterior, *prima facie*, la prohibición contenida en el acto acusado no desconoce los principios que rigen el Estado Social de Derecho, en tanto el Decreto 1844 de 2018 contempla un escenario de verificación en cuyo marco la autoridad policiva debe evaluar las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodean los actos de “porte”, “tenencia”, “entrega”, “distribución” o “comercialización”, para garantizar con ello el control del micro tráfico de drogas, sin afectar a los sujetos que acrediten su calidad de consumidores (ocasionales, recreativos y terapéuticos) de este tipo de sustancias.

Lo anterior permite concluir que los derechos fundamentales incoados por el solicitante, en principio, no se encuentran conculcados, especialmente, el relacionado con el libre desarrollo de la personalidad.

En conclusión, no resulta procedente acceder en este momento a la suspensión provisional de los actos demandados y será en la sentencia que ponga fin al proceso en donde se establezca el alcance y legalidad de la norma acusada, una vez se analicen los argumentos de todos sujetos procesales.” -Negritas y subrayas originales-

V. PETICIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, solicitamos respetuosamente a la Sección Primera del honorable Consejo de Estado no declarar la nulidad del Decreto No. 1844 del 1 de octubre de 2018, puesto que no fue expedido con infracción de norma alguna del ordenamiento jurídico en general.

VI. ANEXOS

1. Poder original otorgado por Clara María González Zabala, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, a Martha Alicia Corssy Martínez, en un (1) folio.
2. Copia del Decreto 245 del 19 de febrero de 2019 “*por el cual se hace una delegación*”, en un (1) folio.

3. Copia auténtica de la Resolución No.0353 del 26 de mayo de 2016 "*Por la cual se delegan unas funciones*" del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en un (1) folio.
4. Copia simple del Decreto 1605 del 21 de agosto de 2018 "*Por medio del cual se realiza un nombramiento ordinario*", en un (1) folio.
5. Copia simple del acta de posesión No. 054 del 21 de agosto de 2018, por medio del cual la Doctora Clara María González Zabala toma posesión del empleo de Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en un (1) folio.

Del honorable Consejero de Estado ponente, y de las demás honorables Consejeras y Consejeros de Estado integrantes de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con el debido respeto,

EDUAR LIBARDO VERA GUTIÉRREZ
C.C. 79.859.362

Tarjeta profesional No. 216.911 del Consejo Superior de la Judicatura
Ministerio del Interior

RICARDO DAVID ZAMBRANO ERAZO
C.C. 1.085.247.536

Tarjeta profesional No. 175.598 del Consejo Superior de la Judicatura
Ministerio de Justicia y del Derecho

SANDRA MARCELA PARADA ACEROS
C.C. 51.684.114

Tarjeta profesional No. 55.153 del Consejo Superior de la Judicatura
Ministerio de Defensa Nacional

MARTHA ALICIA CORSSY MARTÍNEZ
CC. 52.619.609

Tarjeta profesional No. 47133 del Consejo Superior de la Judicatura
Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Presidente
de la República