Justicia

Al responder cite este número
MJD-DEF24-0000092-DOJ-20300

Bogotá D.C., Colombia, 16 de julio de 2024

Doctora
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera ponente - Sección Primera
Consejo de Estado Sección Primera

ces1secr@consejodeestado.gov.co
Bogotá, D.C.

Contraseña:XlT0a9ilfR

REFERENCIA: **Expediente 11001-03-24-000-2024-00012**

ACCIONANTE: **Wilson Ruíz Orejuela**
ASUNTO: Nulidad Decreto 2114 de 7 de diciembre de 2023 "Por el cual se deroga el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa, adicionado por el Decreto 1844 de 2018"
Contestación solicitud de medida cautelar

Honorable consejera ponente:

OSCAR MAURICIO CEBALLOS MARTÍNEZ, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, bajo lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 18 del Decreto 1427 del 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida, mediante la Resolución 0641 del 2012, contesto la solicitud de medida cautelar formulada en el proceso de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante solicita la suspensión provisional de los efectos del Decreto 2114 de 7 de diciembre de 2023 "Por el cual se deroga el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa, adicionado por el Decreto 1844 de 2018", lo anterior, a voces del actor, por i) infracción de las normas en que debió fundarse el acto y ii) por falsa motivación.

En este orden, se señala que en este proceso, la medida cautelar deprecada, materializa, por así decirlo, el fundamento del derecho a la tutela judicial, el cual encuentra sustento, entre otros, en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política de Colombia, así como

en los artículos 25 y 14 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

Adiciona el demandante, que en el caso en el que nos encontramos, en su consideración, se satisfacen los criterios de suficiencia, necesidad y urgencia, así como que, conforme lo establecido en la Ley 1437 de 2011, *"**basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas**, **contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como violadas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su escrito de demanda para que sea procedente la medida precautelar" (énfasis original).***

Lo anterior, por cuanto, como lo menciona en la demanda, se vulneraron normas constitucionales y legales, tales como Preámbulo de la Constitución Política, así como los artículos 1, 2, 6, 16, 44, 48 ibídem, la Convención sobre los derechos del niño de 1989 ratificado por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y el artículo 2°, artículo 33, numeral 1° del artículo 84 numerales 5 y 6 del artículo 38, numeral 1° del artículo 39, numeral 9 del artículo 59, numerales 8 y 9 del artículo 92 y el numeral 1° del artículo 93 numerales 7 y 8, el artículo 140 numeral 6°, el artículo 146 numeral 4° del artículo 159, artículo 164 artículo 192 y artículo 222.del Código Nacional de Policía y de Convivencia Ciudadan.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Lo primero que se considera en esta oportunidad, es que los fundamentos exhibidos no satisfacen los requisitos para que prospere su pretensión inicial, pues, si bien las medidas cautelares, como fenómeno jurídico, materializan y garantizan el derecho a la tutela judicial, ello no implica, per se, que su simple alusión conlleve indefectiblemente la aplicación de la misma, por cuanto, deben verse, analizarse, pulsarse, en el cumplimiento de los requisitos legales que trae a colación la Ley 1437 de 2011. Adicionalmente, por cuanto, el derecho de tutela judicial, no implica necesariamente que al no proceder la pretensión de cautela elevada, se infrinja dicho derecho, pues ello toca analizarlo, bajo una interpretación sistemática de las disposiciones legales, y no exegéticas.

En este orden de ideas, al abordar el estudio del caso, desde esta Cartera Ministerial no se comparte con los planteamientos aducidos por el demandante en relación con que para que prospere la medida cautelar, *"**basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas**, **contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como violadas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su escrito de demanda para que sea procedente la medida precautelar",*** en tanto, los presupuestos que señala, se limitan a rememorar los fundamentos en que basó la demanda, más se omitió realizar un acucioso y riguroso estudio del por qué y del cómo se causa, si es que así llegare ha suceder, un verdadero perjuicio irremediable a la institucionalidad jurídica, como a la Convenicón Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención sobre los derechos del niño de 1989. Es decir, que la sola enunciación, como en el caso que acá nos convoca, sin confrontación y análisis concreto respecto de los

presuntos perjuicios irremediables a la institucionalidad jurídica, impide que la pretensión prospere, y es que justamente es ello lo que acaece en el presente.

Si bien el demandante indica la norma demandada y las que presuntamente son infringidas, respecto al concepto de la violación planteada, el mismo resulta ser amplio, genérico y soportado principalmente en supuestos individuales, alegando una desregularización y existencia de un vacío de indeterminación sobre el quehacer de las autoridades de Policía, pero ello no es suficiente en términos de la demostración, pues, no puede confundirse la motivación y fundamentos de la demanda, con los de la medida cautelar, por cuanto ello conllevaría a que en todos los casos en los cuales se plantee la nulidad de un determinado decreto, de manera inmediata tendría que operar una medida cautelar, desnaturalizándose la cautela, en tanto sería tomar, por así decirlo, una decisión preliminar con vocación de sentencia sin el agotamiento estricto de las etapas procesales y la facultad de contradicción.

En línea con lo expuesto, se considera necesario analizar lo que el H. Consejo de Estado ha señalado respecto a la verificación de los requisitos de procedencia de la suspensión provisional, al respecto, se tiene:

2.1. Verificación de requisitos de procedencia de la suspensión provisional

Conviene ahora abordar los presupuestos contemplados en el artículo 231 de la Ley 1437 del 2011[i] y el alcance dado a este por el Consejo de Estado[ii], en el sentido que la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de actos administrativos exige al juez verificar la concurrencia de tres elementos: la apariencia de buen derecho, el perjuicio de la mora y la ponderación de intereses.

Según el alto tribunal, la apariencia de buen derecho se configura, cuando luego de una apreciación provisional, basada en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, se evidencia la posible existencia de un derecho. Entretanto, el perjuicio de la mora se refiere a la demostración de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho[iii], en otras palabras, la necesidad de urgencia de la medida cautelar o el peligro derivado de su no adopción. Adicionalmente, el juzgador debe realizar un estudio de ponderación, que incluya el análisis, en estricto sentido, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, explica[iv].

En ese sentido, el Consejo ha sostenido que el análisis o valoración inicial de legalidad del acto acusado comprende:

> "[…] una confrontación de legalidad de aquel con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una apreciación sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final […]"[v].

Por añadidura, la corporación ha aseverado que la prosperidad de la suspensión provisional exige precisar concretamente las disposiciones que se consideran infringidas y

el concepto de su violación "*sin que sea suficiente solicitar simplemente el decreto de la medida […], sin explicar a profundidad en que consiste el reproche normativo en que fundamenta su solicitud"*[vi]. Al respecto añade:

> "[…] Es importante tener en cuenta que la sustentación de las pretensiones propuestas en la demanda no subsume, automáticamente, el concepto de violación de la medida cautelar, pues el **legislador expresamente exige en ambos escenarios desarrollar la respectiva carga argumentativa para garantizar con ello el derecho a la contradicción y al debido proceso de los sujetos en contienda**."[vii] (Negrilla fuera de texto).

Descendiendo al caso concreto, se reitera y de ello da cuenta el libelo de la demanda que el accionante no presentó argumentos específicos para fundamentar la solicitud de suspensión provisional, en tanto se limitó a indicar el por qué considera nula la disposición demandada, desde su particular apreciación, sin que haya logrado desvirtuar la presunción de constitucionalidad y de legalidad de la que goza la primera. Adicionalmente, se cuenta con que la fundamentación con la que propone el demandante la procedencia de la suspensión provisional, es la misma con la que soporta la demanda, desconociendo la carga propia de sustento para ésta última que le correspondía.

Ahora bien, frente al abordaje de los criterios de suficiencia, necesidad y urgencia de la medida, se considera que ellos no resultan ser suficientes para que proceda la suspensión provisional, y es que, por un lado, el Decreto que se demanda, está en íntima consonancia con los pronunciamientos que desde la Corte Constitucional se han emitido, tales como la sentencia C-221 de 1994, C-574 de 2011, C-253 de 2019 y, más recientemente, la decisión C-127 de 2023; por otro lado, en lo que atañe a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debe indicarse que no se puede entender dicho derecho a la simple imposición o no de un comparendo por el consumo de sustancias psicoactivas, sino al emprendimiento de políticas públicas que garanticen y materialicen los derechos que les asiste, tales como la Política Nacional de Infancia y Adolescencia 2018-2030 .

Por último, respecto a la necesidad y urgencia para que proceda la medida, y los presuntos daños irreparables a la vida, salud, integridad y recreación de los niños, niñas y adolescentes, soporte con el que solicita el demandante prospere su pretensión, se considera desde esta cartera Ministerial, que dicha sustentación adolece de demostración, comprobación y quedó exclusivamente en una afirmación indefinida, resultando insuficiente para que prospere su petición.

3. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Atendiendo al parágrafo 1° del artículo 175 de la Ley 1437 del 2011, se informa que no reposan en el Ministerio de Justicia los antecedentes administrativos del decreto estudiado, de acuerdo con lo informado por la Secretaría General de la entidad.

4. PETICIÓN

Justicia

Por lo expuesto, se solicita respetuosamente al Consejo de Estado **NEGAR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos del Decreto 2114 de 7 de diciembre de 2023 “Por el cual se deroga el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa, adicionado por el Decreto 1844 de 2018”.

5. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 del 2017, cuyo numeral 6° del artículo 18 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

- Copia de la Resolución N° 0641 del 4 de octubre del 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la representación judicial de la entidad, para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

- Copia de la Resolución 0315 del 2024, por la cual se nombra al suscrito en el cargo de Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

- Copia del Acta de Posesión 0011 del 2024 del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

6. NOTIFICACIONES

Las recibiré en el buzón de correo electrónico del Ministerio: notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Cordialmente,

Oscar Mauricio Ceballos M.

OSCAR MAURICIO CEBALLOS MARTÍNEZ

Justicia

Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico

OSCAR MAURICIO CEBALLOS MARTÍNEZ

Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico
C. C. 1.094.890.577
T. P. 196.431 del C. S. de la J.

Copia: usuarios@mindefensa.gov.co
notificacionesjudiciales@mininterior.gov.co
notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co
notificacionesjudiciales@defensajuridica.gov.co

Anexos: Lo anunciado.
Elaboró: Nabil Eduardo Quijano Guevara
Revisó: Oscar Hernán Rincón A.
Aprobó: Oscar Mauricio Ceballos Martínez, Director.
Radicado de entrada: MJD-EXT24-0037858
MJD-EXT24-0037831
MJD-EXT24-0037829

[i] "Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del a demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicit Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al me sumariamente la existencia de los mismos.
En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:
1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios."
[ii] Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 11001032400020140044700 y 11001032400020130065000, abr. 24/19, y, A 11001032400020200034200, ago. 13/21, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.
[iii] Consejo de Estado, Sala Plena. Auto 11001031500020140379900, mar. 17/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
[iv] Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 11001032600020150002200 (53057), mayo. 13/15, C. P. Jaime Orlando Santofir Gamboa. Este fallo indica que, en la determinación de una medida cautelar, el juez debe tener en cuenta valoraciones fácticas referente los medios de acción a ser seleccionados, lo que implica analizar que aquella sea adecuada para afrontar la amenaza al derecho afecta (idoneidad), y sea la menos lesiva de la competencia propia de la administración pública (necesidad), además, de determinar, de man doble, el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (ponderación).
[v] Consejo de Estado. Auto 11001031500020140379900. *Op. Cit*.
[vi] Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 11001032400020200034200, ago. 13/21, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.
[vii] Ibídem.