

ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL – Reglamentos / REGLAMENTACIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL DEL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / PORTE, TENENCIA Y POSESIÓN DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – La aplicación del Decreto 1844 de 2018 debe darse cuando tales comportamientos traspasen la esfera íntima del consumidor por la comercialización y distribución o porque se afecten los derechos de terceros o de la colectividad / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Procede para verificar que la dosis personal está siendo utilizada para fines distintos al consumo de quien la tiene en su poder y ante la existencia de evidencia de que se está atentando contra los derechos de terceros o de la colectividad / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – El procedimiento policivo debe evaluar las circunstancias de modo, tiempo, espacio y lugar, en virtud de las cuales el acto de consumo afecta el orden público para adoptar alguna medida correctiva / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD - Modulación respecto a la aplicación del Decreto 1844 de 2018

[L]a Sala estima necesario determinar el alcance que se debe tener en cuenta para la aplicación del decreto 1844, de conformidad con las consideraciones plasmadas en esta providencia y con las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional en la jurisprudencia analizada en los acápites VII.3.1, VII.3.3 y VII.3.4 de esta decisión. Con base en tal premisa, se dispondrá en la parte resolutive de este proveído que el decreto 1844, en relación con las conductas asociadas al porte, tenencia y posesión de SPA, debe aplicarse cuando tales comportamientos traspasen la esfera íntima del consumidor en los siguientes eventos: i) por la comercialización y distribución de SPA, o ii) porque se afecten los derechos de terceros o de la colectividad. Finalmente, y en cuanto a la solicitud del agente del Ministerio Público relacionada con la modulación de la aplicación del decreto 1844 con ocasión de la sentencia C-253 de 2019 de la Corte Constitucional, en la que se declararon inexecutable las expresiones “alcohólicas” y “psicoactivas” contenidas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y artículo 140 (numeral 7º) de la Ley 1801 de 2016, la Sala estima procedente pronunciarse sobre este particular. Al respecto, sea lo primero señalar que el juicio de legalidad del decreto 1844 se realizó a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho existentes al momento de su expedición, por lo que la decisión de inexecutable no tuvo incidencia en el juicio de validez realizado. No obstante lo anterior, con miras a la eficacia del decreto en mención y para efectos de una correcta aplicación del mismo, tal y como lo solicitó el representante del Ministerio Público, resulta ineludible acoger lo dispuesto en la decisión de inexecutable, en tanto dicha providencia -como antes se indicó- guarda relación con lo previsto en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) de la ley 1801, preceptos que, de una parte, sirven de fundamento parcial del acto acusado; y de otra, comprenden comportamientos asociados al porte -tenencia o posesión- de SPA, asunto que ahora ocupa la atención de esta autoridad judicial. En tal sentido, la Sala precisa que las conductas reguladas en los artículos antes mencionados y que están asociadas al consumo, únicamente podrán ser corregidas por la Policía Nacional cuando las autoridades competentes cumplan con los parámetros de reglamentación ordenados por la Corte Constitucional en la plurimencionada sentencia. Esto es, una vez las autoridades respectivas fijen, “dentro de los límites que impone el orden constitucional” y de manera “razonable y proporcionada”, las circunstancias de modo, tiempo, espacio y lugar, en virtud de las cuales el acto de consumo afecta el orden público, tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

**ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL – Reglamentos /
REGLAMENTACIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL DEL CÓDIGO NACIONAL
DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Respecto a la prohibición de poseer, tener,
entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto
1844 de 2018 / VERBO PORTAR – Sinonimia con los verbos tener y poseer /
PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD – No vulneración**

[L]a Sala advierte la innegable relación entre las conductas humanas referidas a portar, tener y poseer; y, además, pone de relieve que el mismo legislador validó la sinonimia existente entre los verbos tener y poseer, según lo evidencia el texto del artículo 93, numeral 10, del CNSCC, norma del siguiente tenor: “Comportamientos relacionados con la seguridad y tranquilidad que afectan la actividad económica (...) 10. Comercializar, facilitar, almacenar, prestar, empeñar, guardar, tener o poseer elementos, sustancias o bienes de procedencia ilícita”. Por ende, el acto acusado no desconoció ni transgredió los principios de legalidad y tipicidad, pues el ejecutivo reglamentó las conductas previstas en el CNSCC que tienen aparejada la acción de portar -tener o poseer- la sustancia psicoactiva, tal y como se observa en los artículos 34 (numeral 1°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numeral 8°) y 93 (numeral 1°) de la Ley 1801, [...] Además, en aquellos eventos en los que el presunto infractor incurra en otras conductas prohibidas y que sean conexas al porte de SPA -específicamente las señaladas en los artículos 33 (literal c, numeral 2°), 34 (numeral 1°), 38 (numerales 1°, 5° y 6°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numeral 8° y 9°), 93 (numeral 1°), 140 (numeral 7°) y 146 (numeral 6°) de la Ley 1801-, igualmente resultará dable aplicar el procedimiento verbal inmediato de que trata el decreto 1844 y al que hemos venido haciendo alusión, por cuanto el acto de porte –o de tenencia o de posesión- de SPA, es requisito previo para el desarrollo de las acciones también proscritas de comercialización, distribución, inducción, almacenamiento, préstamo, empeño, guarda o consumo de SPA.

**CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Reglamentación
respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o
comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / PORTE
Y TENENCIA DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – Medidas cuando se afecta
la convivencia / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Trámite / MEDIDA
CORRECTIVA DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN – No es una sanción /
PROHIBICIÓN DE TENENCIA O PORTE DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS
ILÍCITAS – Propende por el mantenimiento del orden público, la tranquilidad
ciudadana, la seguridad, la convivencia y el control del micro tráfico /
PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD – No vulneración**

[E]s pertinente desestimar el cargo asociado a que el acto acusado creó una sanción en desconocimiento del principio de reserva legal, por cuanto: i) la medida correctiva establecida en el decreto 1844 encuentra correspondencia con el mecanismo correccional contemplado en los artículos 34 (numeral 1°, 2°, 3° y 4°), 38 (numerales 1° y 5°), 92 (numerales 8°) y 93 (numeral 10°) de Ley 1801 de 2016; ii) la destrucción del bien se encuentra taxativamente contemplada en el artículo 192 del CNSCC; y, iii) la actuación asociada a la destrucción no constituye en sí misma una sanción, procedimiento que se ajusta a los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, ya que cumple un propósito pedagógico que no trasciende a la órbita penal. En estos términos, la Sala comparte lo afirmado a este respecto por el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien acertadamente señaló que el decreto acusado no tiene relación alguna con las conductas permitidas a los adictos o consumidores (cuando estas no afectan derechos de terceros o colectivos) sino

con el mantenimiento del orden público, la tranquilidad ciudadana, la seguridad, la convivencia y el control del micro tráfico de estupefacientes. Por todo lo dicho, la Sala considera que el decreto 1844 no instituyó ni un tipo ni alguna sanción y tampoco desconoció los artículos 6º, 28 y 29 de la Constitución, o dejó de considerar el contenido de la jurisprudencia de las altas Cortes sobre esta materia, razón por la que el cargo relacionado con el eventual desconocimiento de los principios de tipicidad, legalidad y reserva legal en materia sancionatoria, carece de vocación de prosperidad.

ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL – Reglamentos / CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Reglamentación respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / POLÍTICA DE LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO – Su implementación requiere de la participación de entidades públicas y privadas / POLÍTICA DE LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO – Participación preventiva de la Policía Nacional / INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE TENENCIA O PORTE DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS ILÍCITAS – Procedimiento a cargo de la Policía Nacional / CUIDADO DE LA POBLACIÓN CONSUMIDORA DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – Responsables

[L]a ciudadana [...] sostiene que el Decreto 1844 de 2018 faculta a la Policía Nacional para ejercer unas labores respecto de las cuales “no se encuentra capacitada”, lo que expone “la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los consumidores de sustancias prohibidas”, personas estas que quedan sometidas a un “riesgo de abusos o maltratos”. En este orden de ideas, tres premisas fundamentan el citado cargo. La primera hace alusión a que el decreto 1844 traslada a la Policía Nacional el esquema de cuidado y atención de la población consumidora de sustancias psicoactivas – SPA [...] [E]n cuanto al primer juicio de reproche y dado el carácter complejo y multidimensional del problema de la drogadicción, la Sala recuerda que la puesta en marcha de la política de lucha contra el narcotráfico requiere tanto de la participación preventiva de la Policía Nacional, como de la interlocución de otras instituciones de naturaleza pública y privada, entre las que se destacan las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y las instituciones públicas o privadas especializadas para el tratamiento de dichos trastornos, según lo dispone la Ley 1566 de 2012. De conformidad con el artículo 218 de la Constitución Política, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para la convivencia pacífica y para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y precisamente en ese contexto es que el acto acusado regula el porte y la tenencia de SPA. En efecto, previa revisión del contenido del decreto 1844, se tiene que el mismo tiene por finalidad promover el respeto de los derechos ajenos, la seguridad, la tranquilidad, la convivencia y el orden público desde un esquema de legalidad y debido proceso, conforme al cual los miembros de la Policía Nacional, luego de advertir “la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas” a que alude el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, deben acatar el procedimiento previsto en el artículo 222 de Ley 1801 de 2016, a efectos de imponer la medida correctiva de destrucción del bien al responsable de la comisión de la conducta prohibida, sin perjuicio de las demás medidas que resulten pertinentes (artículos 2.2.8.9.3 y 2.2.8.9.4 del Decreto 1070 de 2015). La Sala estima, entonces, que no resulta acertado afirmar que el decreto acusado trasladó a ese cuerpo armado de naturaleza civil las funciones que fueron encomendadas a otras instituciones, pues lo cierto es que, según lo dispuesto en el artículo 25 del CNSCC, “quienes incurran

en comportamientos contrarios a la convivencia serán objeto de medidas correctivas de conformidad con esta ley, sin perjuicio de las demás acciones que en derecho correspondan”. Como se observa, la misma norma explica que: “corresponde a las autoridades de Policía dentro del ámbito de su competencia adelantar las acciones que en derecho correspondan respetando las garantías constitucionales”, deber que se concatena con el principio de legalidad previsto en el artículo 6° constitucional. Nótese que a la Policía Nacional le corresponde, tanto en su función como en su actividad de policía, la adopción de las medidas correctivas señaladas en el CNSCC y, en consecuencia, deben acatar lo dispuesto por el Presidente de la República en el decreto 1844. Sin perjuicio de ello, resulta claro que tal actuación debe acompasarse con las funciones y deberes que le asisten a otras autoridades e instituciones de brindar un acompañamiento y tratamiento a las personas que sufren enfermedades derivadas de la adicción a SPA, en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad propios de la función administrativa, según lo dispone el artículo 209 superior. Así pues, el decreto 1844 en ningún momento trasladó a la Policía Nacional el esquema de atención de la población consumidora de SPA, sino que señaló el mecanismo que dicha institución debe seguir para dar cumplimiento a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico respecto del porte y tenencia de estupefacientes; mientras que el cuidado y la atención del componente de salud de los usuarios de psicotrópicos claramente continua a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de las instituciones públicas o privadas especializadas en el tratamiento de dichos trastornos.

CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Reglamentación respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE TENENCIA O PORTE DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS ILÍCITAS – Procedimiento a cargo de la Policía Nacional / DEBERES DE LAS AUTORIDADES DE POLICÍA / PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN POLICIVO – Límites

[E]l procedimiento de verificación policial contenido en el Decreto 1844 de 2018, se soporta en el cumplimiento de las obligaciones a que alude el citado artículo 10°. También se pone de relieve que la autoridad policiva, en dicha actuación, debe observar los principios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, protección, no discriminación y respeto de los derechos humanos que guían la interpretación del estatuto objeto de reglamentación (artículo 8° del CNSCC). De manera que los medios y las medidas policivas deben ser necesarias e idóneas para preservar y restablecer el orden público y solo podrán adoptarse cuando la aplicación de otros mecanismos de protección, restauración, educación o prevención resulten ineficaces para alcanzar el fin propuesto. Es decir, luego de valorar que la afectación de los derechos y libertades individuales no resulte superior al beneficio perseguido, decisión esta última que será pasible de control jurisdiccional (artículo 4° ibidem). Se trata, entonces, de verdaderos límites en el ejercicio de la atribución asignada a las autoridades de policía, por lo que cualquier extralimitación de funciones se convertiría en una actuación afectada por desviación de poder, conducta que acarrearía su juzgamiento y la eventual responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial del servidor público policial. En este contexto, dado que el decreto 1844 se dirige a reglamentar el procedimiento legal que debe seguir la autoridad de policía en esta materia, así como el protocolo que se debe llevar a cabo para dar cumplimiento a la medida de destrucción del bien, la Sala no advierte que tales actuaciones sometan a los consumidores de SPA a un riesgo de maltratos o a un trato indigno, ni que la Policía Nacional carezca de capacidades para cumplir tal cometido. En este

sentido, el cargo de nulidad respecto del desconocimiento de lo establecido en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política, no está llamado a prosperar.

CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Reglamentación respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS – Su porte y consumo están prohibidos, salvo prescripción médica / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS SICOACTIVAS LÍCITAS E ILÍCITAS – Procedimiento de verificación policivo / PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN POLICIVO – Finalidad / CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL ADICTO – Se requiere para el sometimiento de medidas y tratamientos médicos / MEDIDA CORRECTIVA DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN – No tiene carácter sancionatorio

Los ciudadanos [...] sostienen que las sanciones policivas previstas en el decreto 1844 no tienen fines preventivos ni rehabilitadores y tampoco son de carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico, motivo por el cual desbordan los límites que al respecto y de manera precisa se señalan en el artículo 49 superior. [...] [P]ara la Sala el acto acusado [Decreto 1844 de 2018] no desconoce el artículo 49 de la Constitución Política, puesto que las medidas correctivas buscan un fin preventivo, esto es, tienen por objeto “disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia”, lo que además comporta una labor pedagógica respecto de las prácticas que cuentan con la virtualidad de afectar los bienes jurídicos protegidos por el CNSCC en esta materia. Es más, el límite señalado por el inciso 6º del artículo 49 superior, relacionado con el consentimiento informado del adicto, solo se extiende a los procedimientos médicos, sin que se advierta que la medida de destrucción verse sobre un tratamiento a la salud, pues esta comporta una estrategia pedagógica correctiva. Todo ello quiere decir que el cargo propuesto por los demandantes sobre el desconocimiento del artículo 49 superior por parte del decreto 1844, tampoco es de recibo para esta Sala, y ello fundamentalmente obedece a las siguientes dos razones: en primer lugar, porque la medida adoptada es pedagógica - correctiva y no tiene un fin terapéutico o rehabilitador del consumidor dado que con ella se busca “disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia”, para mantener el orden público en sus elementos de convivencia, tranquilidad y respeto de los derechos ajenos; y, en segundo lugar, porque los accionantes parten de la premisa errada consistente en que las personas que incurrir en los comportamientos contrarios a la convivencia asociados al porte de estupefacientes o en los delitos ligados al narcotráfico tipificados por el Código Penal, gozan de libertades absolutas. [...] En conclusión, el decreto 1844 no desconoce el fin preventivo ni el tratamiento administrativo de orden pedagógico señalado en el artículo 49 superior, motivo por el cual el cargo propuesto debe ser desestimado.

CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Reglamentación respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / POTESTAD DEL LEGISLADOR DE REGLAMENTAR EL CONSUMO DE PSICOTRÓPICOS O DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – A través de normas de policía cuando resulta inadecuado o socialmente nocivo / CONSUMO DE PSICOTRÓPICOS O DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – Límites a través del derecho policivo / LIBERTADES INDIVIDUALES – Prohibiciones policivas. Justificación / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – Procedimiento policivo para evaluar las condiciones de modo, tiempo y lugar que justifiquen o no imponer limitaciones / PORTE Y TENENCIA DE

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS – Medidas correctivas policivas

[E]sta Sala comparte la postura del demandante en el sentido de afirmar que la opción de usar SPA a efectos de deprimir o estimular el sistema nervioso central, hace parte integrante del derecho a elegir entre las distintas manifestaciones de la personalidad; decisión que involucra un espacio de vida privado y autónomo no susceptible de intromisión arbitraria por parte de las demás personas ni del Estado. Nótese, sin embargo, que se trata de una prerrogativa que si bien está ligada a la dignidad humana, a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, puede ser limitada por razones legítimas y justificadas constitucionalmente. De manera que, acogiendo los anteriores planteamientos, para la Sala, la libertad individual no es una garantía absoluta, en la medida en que el legislador puede fijar límites frente a ella que atiendan a los siguientes criterios jurisprudenciales: “i) tener fundamento en bienes constitucionales, ii) contar con autorización en la ley, iii) su configuración concreta deberá ser razonable y proporcional, iv) sin que pueda “llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal (...)”, so pretexto de proteger cualesquiera intereses generales”. Respecto de las fronteras permisibles fijadas por el legislador y en lo atinente a lo dispuesto en el acto acusado, la Sala observa que el Presidente de la República reglamentó las demarcaciones conductuales fijadas en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana y, en tal sentido, el acto demandado no tipificó, sancionó u ordenó la judicialización del aprovisionamiento o consumo, sino que, por el contrario, su contenido constituye un desarrollo en materia de medidas correctivas y comportamientos prohibidos relacionados con el porte y tenencia de psicotrópicos. Además, en los apartes VII.3.3.2 y VII.3.3.4 de esta providencia, se explicó cómo, a través de las sentencias C-221 de 1994 y C-253 de 2019, la Corte Constitucional diferenció la facultad del legislador para restringir el ejercicio de las potestades aquí debatidas mediante sanciones penales y medidas correctivas policivas. Respecto de las sanciones penales, en la sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional aclaró que resulta inconstitucional la penalización del consumo de SPA, pero encontró ajustado a la Constitución Política la potestad del legislador de señalar, a través de normas de policía, los eventos modales en que el consumo de los psicotrópicos “resulta inadecuado o socialmente nocivo”. Ahora bien, en la sentencia C-253 de 2019 el alto Tribunal reconoció que el Congreso de la República estaba facultado para imponer límites al ejercicio de esta actividad a través del derecho policivo; fronteras que en la actualidad se encuentran plasmadas en el CNSCC, norma esta última reglamentada por el Decreto 1844 de 2018 en el componente de psicotrópicos. Como puede observarse, la Corte Constitucional concluyó que al legislador le es dable establecer prohibiciones policivas a las libertades individuales, siempre que exista una clara relación fáctica entre el medio -cuya materialización implica una limitación al libre desarrollo de la personalidad- y el fin buscado. Esta situación, en el caso concreto, se encuentra justificada ante el deber de la autoridad administrativa de proteger el orden público afectado por la irregular tenencia, porte, entrega, distribución o comercialización de drogas ilícitas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 de la Constitución Política, 376 de la ley 599 de 2000 y 34 (numeral 1°), 38 (numerales 1°, 5° y 6°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numerales 8° y 9°), 93 (numeral 1°), 146 (numeral 6°) y 159 (numeral 4°) de la Ley 1801. Tal normatividad, valga resaltarlo, protege los bienes jurídicos relacionados con: i) la integridad de los niños, niñas y adolescentes, ii) la convivencia en los establecimientos educativos, iii) el cumplimiento de la normatividad que afecta la actividad económica, iv) la seguridad y tranquilidad que afecta la actividad económica, v) la tranquilidad y a

las relaciones respetuosas de las personas, vi) el cuidado e integridad del espacio público y v) la convivencia en los sistemas de transporte motorizados o servicio público de transporte masivo de pasajeros. Así las cosas, es una realidad que los artículos 2.2.8.9.1., 2.2.8.9.2 y 2.2.8.9.4 adicionados por el decreto acusado, definen el procedimiento aplicable para evaluar las condiciones de modo, tiempo y lugar que habilitan el hecho de tener y portar sustancias psicoactivas, con miras a dilucidar si hay lugar o no a imponer las limitaciones ya referidas, tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en la precitada sentencia.

CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Procede respecto del Decreto 1844 de 2018 porque la declaratoria de inexecutable de algunas disposiciones que le sirvieron de fundamento fue sobrevenida / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Se efectúa con las normas vigentes al momento de su expedición

[R]especto de la afirmación del demandante según la cual el decreto demandado desconoce lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, a través de la cual fueron declaradas inexecutable las expresiones “alcohólicas” y “psicoactivas”, previstas en los artículos 33 (literal c, numeral 2) y 140 (numeral 7) del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, la Sala encuentra lo siguiente: Sea lo primero aclarar que, al momento de la expedición del acto acusado, ninguna expresión contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2) y 140 (numeral 7) del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana había sido declarada inexecutable y, en tal sentido, el Gobierno Nacional contaba con la competencia para su reglamentación, así como para desarrollar el contenido de los artículos 34, 38, 39, 59, 92, 93 y 146 de la misma Ley 1801 de 2016. Por otra parte, la Sala advierte nuevamente que es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación que ha considerado que el juicio de legalidad se lleva a cabo teniendo en cuenta los supuestos fácticos y jurídicos vigentes al momento de la expedición del acto acusado, razón por la que la modificación normativa ocasionada en virtud de lo resuelto en la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, no debe tenerse en cuenta para resolver los cargos de nulidad, tal y como se puso de presente en el auto que decidió la medida cautelar de suspensión provisional.

CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Reglamentación respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS LÍCITAS E ILÍCITAS – Procedimiento de verificación policivo / PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN POLICIVO – Análisis previo de proporcionalidad / MEDIDA CORRECTIVA DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN – Justificación / DOSIS PERSONAL – Implica un contexto de no comercialización / CONSUMO DE DROGAS – Es una actividad que atañe a la esfera individual de la persona / GOBIERNO NACIONAL – Le atañe propender por la lucha antidrogas, prevenir su consumo y abogar por su tratamiento

[L]a parte actora sostiene que la medida de destrucción de la dosis personal es excesiva, desproporcionada e innecesaria, dado que, en su criterio, el fin de portar el estupefaciente se relaciona exclusivamente con el consumo propio. Sin embargo, este reproche tampoco resulta admisible, dado que: i) la medida correctiva establecida en el decreto 1844 encuentra correspondencia con las conductas prohibidas regladas en los artículos 34 (numeral 1°, 2°, 3° y 4°), 38 (numerales 1° y 5°), 92 (numerales 8°) y 93 (numeral 10°) (Ley 1801 de 2016); y, ii) la afirmación efectuada por la parte actora resulta sesgada dado que la

autoridad de policía para su adopción debe efectuar un procedimiento previo en cuyo marco valora la necesidad y procedencia de la misma. Nótese que el artículo 192 ibídem, especifica cuáles son los propósitos que nutren la labor policial al momento de corregir un comportamiento prohibido a través de la medida de destrucción de un bien [...] Como se observa, antes de su adopción, el agente de policía efectúa un análisis previo de proporcionalidad tendiente a salvaguardar el interés general ya sea porque: i) se previene un riesgo o una amenaza a la convivencia o al ambiente, o en razón a que: ii) el bien está siendo utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros. Ambas circunstancias difieren claramente del supuesto de hecho señalado por la parte demandante conforme al cual el porte del estupefaciente “solo afecta a quien la consume, en tanto que es para sí misma”, en la medida en que el procedimiento policivo contemplado en el decreto 1844 sirve de escenario para verificar la salvaguarda del interés general por la comisión de conductas ligadas al narcomenudeo o que trasciendan a la órbita de derechos ajenos, con plenas garantías del derecho fundamental al debido proceso del presunto infractor. Aunado a ello, como se verá más adelante, el concepto de dosis personal, implica, per se, un contexto de no comercialización, en virtud del cual la presunción prevista en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, está acompañada de un juicio de verificación, al disponer 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”.

CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Reglamentación respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS – Medidas cuando se afecta la convivencia / MEDIDA CORRECTIVA DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN Y CONFISCACIÓN – Diferencias

[E]s necesario aclarar que la confiscación se diferencia de la medida correctiva de destrucción del bien en su naturaleza y en su finalidad, según lo dispuesto en el artículo 34 superior y en los artículos 164 y 192 del CNSCC. Así, la confiscación se refiere a un apoderamiento arbitrario de la propiedad expresamente prohibido por el artículo 34 superior, mientras que la destrucción del bien, comprende una forma legítima y justificada de afectación de la propiedad, sin indemnización, propia del derecho policivo, según lo ratifica el numeral 14 del artículo 173 del CNSCC, norma del siguiente tenor: “Las medidas correctivas a aplicar en el marco de este Código por las autoridades de policía, son las siguientes: (...) 14. Destrucción de bien”. Nótese que la medida correctiva prevista por el Decreto 1844 de 2018 -de destrucción de los estupefacientes objeto de la incautación-, no es una sanción penal y en ningún momento comparte los elementos de la figura de la confiscación, dado que aquella restricción de la libertad solo procede “por motivos de interés general (...) cuando implique un riesgo o amenaza a la convivencia o al ambiente, o sea utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros”, en los términos del artículo 192 del CNSCC. En efecto, la destrucción del bien es una medida cuyo origen no está en la infracción del estatuto penal, sino en la comisión de una contravención de tipo policivo, por lo que no se puede equiparar a la confiscación, definida por la Corte Constitucional, en las sentencias C-677 de 1998 y C-459 de 2011, como “el apoderamiento arbitrario de todos los bienes de una persona por el Estado, sin compensación alguna y bajo la apariencia de una sanción, cuando en la realidad se trata de una represalia generalmente por parte de quienes detentan el poder”. Por todo lo dicho, no se advierte una contradicción directa entre la ley 1801 y el decreto 1844, en tanto las figuras cuya equiparación se pretende son de naturaleza disímil y las directrices señaladas en el Decreto 1844 de 2018, desarrollan lo dispuesto en los artículos

164 y 192 del CNSCC; resaltando la Sala que la parte actora no esgrimió argumentos adicionales para sustentar este cargo que, como corolario de lo anterior, carece de vocación de prosperidad.

REGLAMENTACIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL DEL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA – Respecto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Decreto 1844 de 2018 / DOSIS PERSONAL – No fue objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA – No se vulnera porque el Decreto 1844 de 2018 no regula derechos fundamentales

[L]a Sala advierte que no se cumple en este caso la condición principal de la reserva de ley estatutaria, consistente en que efectivamente se trate de la regulación de derechos y de deberes de carácter fundamental, pues el decreto acusado reglamenta los artículos 34 (numeral 1°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numeral 8°) y 93 (numeral 1°) de la ley 1801 de 2016; sin limitar los derechos a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad de los usuarios de dichas sustancias, más allá de lo establecido por el legislador. Desde la anterior perspectiva, no cabe duda que las disposiciones que parecerían relacionadas con los derechos fundamentales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de los usuarios del mercado de drogas ilegales, están circunscritas a un grupo poblacional que ejecuta una actividad transgrediendo intereses y derechos ajenos sin que la Constitución Política les haya reconocido esa potestad, que ciertamente se encuentra proscrita por el artículo 49 superior. Indudablemente el acto acusado atiende a la finalidad de controlar los efectos nocivos que genera dicho negocio ilícito en las costumbres, en los esquemas valorativos y en las relaciones de poder, sin que se quisiera regular con el mismo un derecho fundamental, en tanto fue expedido con el objetivo de reglamentar parcialmente la Ley 1801 de 2016 en lo relativo a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. Es de resaltar, entonces, que los derechos relacionados con el uso y consumo de la llamada dosis mínima de SPA, no fueron regulados ni afectados por el Gobierno Nacional en el decreto 1844. Así, entonces, del análisis del contenido del decreto 1844 no se observa que haya abordado temáticas concernientes al núcleo esencial de los derechos fundamentales, comoquiera que las instrucciones allí contenidas son directrices sobre la forma cómo se debe materializar lo normado por el CNSCC en cuanto a la infracción relativa al porte y tenencia de SPA, razón por la que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

DOSIS PERSONAL – Concepto / DOSIS PERSONAL – Alcance / DOSIS PERSONAL – Cantidad que la constituye / DOSIS PERSONAL – No contiene una presunción iuris et de iure que no admita prueba en contrario / DOSIS PERSONAL – La presunción de cantidades de drogas a que alude, requieren demostración / DOSIS PERSONAL – Diferencia con la conducta ilícita asociada al narcotráfico / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS SICOACTIVAS LÍCITAS E ILÍCITAS – Procedimiento de verificación policivo / PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN POLICIVO – Finalidad: establecer quienes son consumidores de sustancias sicoactivas y quienes no lo son / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Tratándose del porte de sustancias sicoactivas, contempla una etapa inicial de mediación tendiente a garantizar el derecho de los sujetos consumidores que portan cantidades permitidas

[E]l artículo 2° de la Ley 30 de 1986, también conocida como “Estatuto Nacional de Estupefacientes”, en su literal j) define qué se considera por “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, esta figura contempla "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". De manera 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 ende, el supuesto allí contemplado debe ser demostrado y, en consecuencia, el proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 del CNSCC, es el escenario idóneo para evaluar el fin que será dado a la droga y garantizar con esto la no afectación de la convivencia, la tranquilidad y el orden público. Lo anteriormente expuesto guarda coherencia con lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, decisión en la que se diferenció la "actividad lícita (de consumo personal de SPA), de la conducta ilícita asociada al "narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables". En este mismo sentido, el alto Tribunal, en la sentencia C-491 del 28 de junio de 2012, se refirió al deber de la autoridad judicial de efectuar un análisis de antijuricidad material sobre el porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación [...] Todo lo anterior significa que la presunción prevista en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, es el sustento y sirve como límite del procedimiento policivo a que alude el acto acusado, pues se reitera que en tal escenario se evaluará la configuración del supuesto normativo según el cual: "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". Se destaca, además, que en el mismo procedimiento se deberá analizar si el presunto infractor trasgredió el orden público, la tranquilidad, la convivencia o los derechos de terceros o colectivos protegidos por la Ley 1801 de 2016, ello con miras a la imposición de la correlativa medida correctiva. En tal orden de ideas, la Sala concluye que, a través del procedimiento policivo acusado, se busca corroborar, en el marco de los derechos de defensa y contradicción, la situación descrita en el artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986 y en las sentencias C-221 de 1994, C-491 2012 y C-491 de 28 de diciembre de 2009, proferidas por la Corte Constitucional.

PROCESO VERBAL INMEDIATO – Trámite / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Objeto / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Garantías / PROCESO VERBAL INMEDIATO – En caso de que no se llegue a un acuerdo con el infractor, se le deberá oír en descargos y posteriormente se le podrá imponer la medida correctiva de destrucción del bien

[S]e 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". Sumado a lo anterior, y al tenor del parágrafo 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 de los artículos 34 (numeral 1º), 39 (numeral 1º), 59 (numeral 9º), 92 (numeral 8º) y 93 (numeral 1º) de la ley 1801, 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”. Ahora bien, con plenas garantías del derecho fundamental al debido proceso, desde los componentes de defensa y 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 una orden de policía frente a la cual procede el recurso de apelación; 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” al que alude el artículo 2.2.8.9.4 del acto acusado.

NARCOMENUDEO O MICROTRÁFICO – Control estatal / CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL USO Y COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES – Diferencias / TIPO PENAL DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – Elementos

[L]a Sala reconoce la difícil labor de la Policía Nacional al momento de controlar el narcomenudeo dado que en este mercado se pueden presentar tres relaciones entre el consumo y la comercialización de estupefacientes con ocasión a la figura de la dosis personal. Sin embargo, solo una de ellas se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico en el sentido de facultar al consumidor para el uso propio de SPA mientras no afecte derechos ajenos o colectivos. En tal sentido, se reitera que solo el usuario recreativo u ocasional que usa los estupefacientes en sí mismo puede portarlos (sin incentivar el consumo gratuito, afectar el orden público, la tranquilidad, la seguridad, respetando derechos ajenos y sin fines de tráfico); por el contrario, i) quienes portan los psicoactivos lesionando a terceros o a los intereses colectivos y ii) quienes comercializan SPA (así sean o no consumidores ocasionales del producto o adictos), son sujetos de tratamiento penal y policivo sin restricción alguna, pues son quienes directamente afectan los bienes protegidos a la salud, a la seguridad pública y al orden económico y social (trasgredidos en virtud de los efectos negativos emanados del narcotráfico). Para determinar este último factor, la Sala observa que, en materia penal, el elemento antijurídico del análisis de punibilidad de la conducta típica asociada al porte de estupefacientes se desdibuja cuando se prueba durante el debate judicial que el sujeto a quien se le atribuye la imputación de ese tipo penal lleva consigo la droga para su consumo. Esta postura resulta aplicable análogamente a la comisión de las conductas que, sin ser delitos, son definidas por el legislador como contrarias al orden público o a la convivencia. [...] Nótese, entonces, que la configuración del elemento antijurídico del tipo penal contenido en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 requiere de un análisis del “uso dado a los estupefacientes” por parte del imputado, y ello mismo debería acontecer en el procedimiento policivo, en el evento en que se configure el verbo rector de porte asociado a los comportamientos prohibidos en las cantidades definidas como de dosis mínima. Es decir, en materia policiva también es necesario aplicar un criterio distintivo al momento de determinar la antijuricidad de la conducta contraria a la convivencia, en donde se evalúa no solo la condición o no de consumidor, sino que también se analiza la virtualidad de la conducta de transgredir el orden público, la tranquilidad, a la convivencia, la integridad del espacio público o los derechos de terceros, al tenor de las conductas taxativamente prohibidas en la Ley 1801. Por ello, es menester concluir que las consecuencias jurídicas del uso propio de estupefacientes son notoriamente distintas a las de las conductas asociadas al comercio de los mismos o respecto de aquellas que causan afectación a terceros. De ahí que nuestro sistema jurídico excluya la posibilidad de penalizar al usuario de sustancias psicotrópicas en lo que atañe exclusivamente al acto de consumo, y

exija que las medidas de carácter policivo establecidas para señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la práctica de consumo resulta nociva para la sociedad, sean proporcionales y justificadas.

POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Elementos normativos / POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Etapas

La política pública de lucha contra el narcotráfico en las últimas siete décadas ha transitado de un modelo prohibicionista, a una estrategia de control tripartita de carácter prohibitivo, preventivo y de recuperación. Estos cambios en la intervención de cada una de las etapas de la cadena del mercado de drogas ilegales (cultivo, producción, tráfico, comercialización y consumo) obedecen a la atención que se le ha dado a factores externos e internos, tales como: los compromisos multilaterales adquiridos por el Estado colombiano en materia de control transnacional de drogas, el proceso interno de aprendizaje respecto de la efectividad de las acciones públicas, los cambios de paradigma normativos y la corrección de los factores institucionales vulnerables. Ahora bien, desde la perspectiva del consumidor, la transformación del rol del Estado para el abordaje del problema de las drogas ilícitas se puede recopilar en cuatro periodos. El primero de ellos se identifica con una etapa punitiva en la que se criminalizó el acto de consumo, comprendida entre el año de 1938 hasta el año de 1994. Un segundo escenario caracterizado por la despenalización del uso de psicotrópicos debido al nuevo paradigma constitucional sobre libertades individuales, que inició en 1994. Un tercer periodo de fortalecimiento del componente preventivo desde el abordaje de la problemática de la drogadicción a través de la esfera de la salud pública y de la educación, cuyo resultado fue la promulgación del Acto Legislativo 2° de 2009. Y, finalmente, un último periodo de regulación extensa de las conductas asociadas al uso de psicotrópicos, cuyo contenido se encuentra en las normas del Código Nacional de Convivencia y Ciudadanía de 2016 y en las políticas públicas de salud y prevención de 2018 y de 2019.

POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Etapas / POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Etapa punitiva desde la perspectiva del consumidor

La política criminal de lucha contra el narcotráfico, entre los años 40s y la década de los noventas, se desarrolló atendiendo a la directriz de penalizar de manera “indiscriminada” todos los eslabones de la cadena mercantil, con base en un modelo punitivo inspirado en los compromisos adoptados por Colombia en las tres convenciones de la ONU sobre estupefacientes, a saber: la “Convención Única de 1961 sobre estupefacientes”, el “Convenio sobre sustancias sicotrópicas” y la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”. En un principio, el Código Penal de 1936 había tipificado exclusivamente las conductas asociadas al cultivo, al tráfico, a la elaboración y al comercio de estupefacientes; pero en los años 60s, el acto de consumo pasó a ser un asunto público objeto de regulación por los Decretos 1669 de 1964, 1118 de 1970, 522 de 1971 y 1188 de 1974 y, a finales de los años 80s, el Congreso de la República penalizó las actividades de consumo y de porte para uso propio, con sanciones que iban desde el arresto por 30 días hasta el internamiento en centros de rehabilitación. Específicamente, el artículo 3° de la Ley 30 de 1986 dispuso que el cultivo, la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes estaría limitada a fines médicos y científicos, tipificando en los capítulos V y VI de ese estatuto, 16 delitos y 10 contravenciones que desglosaban las actividades prohibidas. Varias de estas disposiciones utilizaron el concepto de dosis mínima

previsto en el literal j) del artículo 2° de la norma ejusdem, para dosificar y diferenciar la gravedad de las conductas; sin embargo, los artículos 51 y 87 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, se destacaron, entre los demás preceptos sancionatorios, por haber criminalizado el uso de estas sustancias. Con la promulgación de la Carta Política de 1991, estas dos últimas prohibiciones fueron cuestionadas dada la necesidad de ponderar y articular las garantías en materia de libertades contempladas en los artículos 5, 12, 13, 15 y 16 superiores, con los deberes y fines del Estado Social de Derecho asociados al ejercicio integral de los derechos humanos, a la salud pública, al debido proceso, al cuidado especial de la niñez y la juventud y al uso común del espacio público (artículos 6, 28, 29, 44, 45, 49, 82 y 95 ibídem). De esta manera el constituyente de 1991 reconoció que esta problemática pública no debía afrontarse exclusivamente a partir de herramientas prohibitivas, sino que requería de una intervención preventiva dado que la decisión de consumir sustancias psicoactivas pertenecía a la esfera privada de la intimidad, emanaba del principio de libertad y solo podría ser susceptible de intromisión estatal en el evento en que el uso propio de los estupefacientes alterase los derechos de los demás o el orden jurídico.

POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Etapas / POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Despenalización del consumo y del porte para uso propio y su regulación a través del derecho policivo

En el año de 1994, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 2°, 51 y 87 del Estatuto Nacional de Estupefacientes por el presunto desconocimiento de los artículos 5°, 28, 29, 34, 49 y 95 de la Carta Política, la Corte Constitucional profirió la histórica sentencia C-221 de 1994, a través de la cual encontró que el modelo de penalización del consumo no se ajustaba a la potestad de autodeterminación individual reconocida en la Constitución Política. El alto Tribunal advirtió que la Convención de Viena de 1988, suscrita por Colombia e incorporada en nuestra legislación a través de la Ley 67 de 1993, establecía una distinción entre el consumo y el narcotráfico, que permitía a los Estados signatarios penalizar o no el primero de estos asuntos (sentencia C-176 de 1994). Por todo ello, la Corte declaró inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30, por tratarse de contravenciones que sancionaban el ejercicio de una actividad de resorte individual; pero también encontró ajustado a la Constitución Política el literal j) del artículo 2° del Estatuto Nacional de Estupefacientes, luego de inferir que si bien el legislador no estaba facultado para sancionar penalmente al consumidor ni podía obligarle a tratar sus problemas de salud en contra de su voluntad, ello no le exoneraba de su deber de fijar los criterios fácticos sobre cómo ejercer dicha actividad en sociedad, a través de normas policivas. [...] Entonces, la Corte fue clara al explicar que el acto de consumo de sustancias psicoactivas no permitía la imposición de medidas de privación de la libertad, aunque si era susceptible de regulación policiva. Lo anterior, por cuanto las libertades no son absolutas y los comportamientos que trascienden a la esfera pública (orden público, tranquilidad, seguridad y convivencia) deben ser reglados. Con base en ello, el Presidente de la República expidió el Decreto 1108 de 1994, "Por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas", a efectos de reglamentar los Códigos del Menor, Nacional de Policía, Sanitario, Penitenciario y Carcelario, Sustantivo del Trabajo y Nacional de Tránsito Terrestre respecto de las limitaciones al porte y al consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En esta misma etapa, a través del Decreto 127 de 2001, se creó el programa para el afrontamiento del consumo de drogas – RUMBOS, como una estrategia preventiva que posteriormente fue suprimida por el artículo 2 del Decreto 519 de 2003. Además, el Congreso de la República expidió la Ley 745 de 2002, "Por la

cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia”, con el propósito de limitar el consumo, porte o almacenamiento de estupefacientes en zonas cercanas a menores de edad, a través de dos contravenciones cuyo conocimiento correspondería a los jueces penales o promiscuos municipales, quienes no están facultados para imponer pena de “privación de la libertad del imputado, salvo en el supuesto de renuencia a pagar la multa dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia que la impusiere” (artículo 5°).

POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Etapas / POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Enfoque prohibitivo, preventivo y rehabilitador desde la perspectiva del consumidor

En el año 2007, el Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con la Comisión Nacional de la Reducción de la Demanda de Drogas formuló la Política Nacional de Reducción del Consumo de Drogas. Dicho instrumento sirvió de lineamiento a la hora de evaluar los distintos intentos del Gobierno Nacional de elevar a rango constitucional la prohibición de consumo y de porte de SPA - efectuados entre el año 2003 hasta el año 2009-, que culminaron con la aprobación del Acto Legislativo 02 de 2009 que modificó el artículo 49 de la Carta Superior. [...] De conformidad con el componente prohibicionista de la nueva disposición constitucional, “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”. Aparte que se relaciona directamente con la obligación de procurar el cuidado integral de la salud de la comunidad, prevista en el inciso anterior del mismo artículo. A su vez, la estrategia previsoría y de recuperación yace en el deber del legislador de: i) formular “con fines preventivos y rehabilitadores, tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias”; ii) dedicar “especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad”; y iii) desarrollar “en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”. Cabe resaltar que, según la exposición de motivos de la mencionada reforma constitucional, la modificación efectuada surgió con el propósito de prohibir el desarrollo del mercado ilícito de drogas desde una postura preventiva y rehabilitadora, sin llegar a penalizar al consumidor de sustancias psicoactivas con medidas privativas de la libertad. [...] Ahora bien, en cuanto a la exégesis constitucional de aquella modificación y según lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-574 de 2011, los límites propuestos en materia de porte y uso de estupefacientes atienden a un ideal constitucional individual y colectivo, en cuyo marco el “deber de cuidado integral de la salud de la persona y de su comunidad se relaciona con las dos últimas partes del artículo 49”. [...] Adicionalmente, la Corte observó que dicho precepto “está inserto en el derecho a la salud” y “se debería corresponder con un concepto amplio de dignidad que implique la autodeterminación (artículo 1), con el derecho a la vida y con el deber del Estado de protegerla (art. 11 e inciso segundo del artículo 2°), con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (inciso tercero del artículo 44), con la protección y la formación integral del adolescente (artículo 45), con la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47); con el mismo derecho a la salud y saneamiento ambiental (art. 49) y con el numeral primero de los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Como se observa, la prohibición del porte y consumo de estupefacientes depende de lo dispuesto en el resto del inciso 6° del artículo 49 superior, que “en un primer momento parece de carácter absoluto” pero “se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto”. Así pues, la restricción allí contenida no solo está encaminada a erradicar el negocio ilícito de tráfico de drogas, sino que reconoce la necesidad de brindar un trato pedagógico, profiláctico o terapéutico a los consumidores habituales o permanentes de sustancias psicoactivas, con fines preventivos y o rehabilitadores, previo consentimiento informado del adicto para realizar el tratamiento médico. Por todo ello, la Ley 1566 de 2012 elevó la problemática asociada al consumo, al abuso y a la adicción de esas sustancias a “un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos”, que en su modalidad de “abuso y adicción” corresponde a “una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado”.

POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Etapas / POLÍTICA DE LUCHA CONTRA LAS DROGAS ILÍCITAS – Periodo de fortalecimiento de la regulación policiva atinente al uso de psicotrópicos y del modelo de prevención y atención del consumo de sustancias psicoactivas / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL – Respecto de las expresiones alcohólicas y psicoactivas contenidas en los artículos 33 literal c, numeral 2 y 140 numeral 7 del Código Nacional de Policía y Convivencia

[E]l Congreso de la República, en ejercicio del poder de policía y atendiendo los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia de 2016, cuyo libro segundo, denominado “de la libertad, los derechos y deberes de las personas en materia de convivencia”, contempló los comportamientos que en materia de sustancias psicoactivas deben evitar las personas que habitan o visitan el territorio nacional. Dicho estatuto, a través de nueve disposiciones, reguló las circunstancias modales en virtud de las cuales el uso, el porte o el consumo de psicotrópicos resulta nocivo para la sociedad, al trascender a la esfera de lo público y afectar ya sea el orden público, la convivencia, la tranquilidad, la integridad del espacio público o los derechos de terceros o colectivos. Concretamente, los artículos 34, 38 (numerales 1°, 5° y 6°) y 39 (numeral 1°) de la Ley 1801 prevén que la integridad de los niños, niñas y adolescentes se ve afectada por: i) el consumo de “drogas o sustancias prohibidas” dentro de las instituciones o los centros educativos; ii) cuando se permite, auspicia, tolera, induce o constriñe el ingreso de los niños, niñas y adolescentes a los lugares donde se realicen actividades de diversión destinadas al consumo de sustancias psicoactivas”; y si, iii) se facilita, distribuye, ofrece, comercializa, tiene, almacena o porta psicoactivas sustancias psicoactivas que estén restringidas para menores de edad. Además, los artículos 59 (numeral 9), 92 (numerales 8 y 9), 93 (numeral 10) de la misma codificación, prohíben el almacenamiento, la elaboración, la posesión, la tenencia, la entrega, la distribución y la comercialización de drogas o sustancias prohibidas. Y, al tenor de lo dispuesto en los artículos 33 (literal c), 140 (numeral 7°) y 146 ejusdem, en los estadios, en los coliseos, en los centros deportivos, en los parques, en los hospitales, en los centros de salud y, en general, en el espacio público, así como en los sistemas de transporte masivo de pasajeros, está vedado el consumo de sustancias prohibidas, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida la autoridad administrativa competente. Ahora bien, dos de las citadas disposiciones, específicamente, las relativas a la prohibición general de consumir bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas en el espacio público (artículos 33 (literal c, numeral 2°) y 140 (numeral 7°) del CNCP), fueron demandadas por el presunto

desconocimiento de los artículos 16, 20 y 82 de la Carta Política. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-253 de 2019, resolvió aquella demanda de inconstitucionalidad en el sentido de declarar inexecutable las expresiones “alcohólicas, psicoactivas o”, contenidas en los artículos 33 (literal c, numeral 2°) y 140 (numeral 7°) de la Ley 1801 de 2016, luego de considerar que los límites allí establecidos, aunque atendían a fines constitucionales, resultaban innecesarios y desproporcionales. [...] Cabe advertir que en esa oportunidad la Corte Constitucional no cuestionó la facultad del Estado de limitar los derechos de los consumidores para garantizar el goce efectivo de los derechos de otras personas, sino que encontró inapropiada la generalidad de la prohibición relacionada con el verbo rector “consumir”, contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2°) y 140 (numeral 7°) del Código Nacional de Policía y Convivencia. En criterio de esa autoridad judicial, era innecesario prohibir el consumo de sustancias “alcohólicas” o “psicoactivas” en el espacio público o en lugares que siendo privados trascendieran a lo público, [...] Adicionalmente, y con fundamento en lo anterior, la Corte explicó en su providencia que “la decisión de inconstitucionalidad recae sobre algunas de las expresiones de las normas legales acusadas y no sobre la totalidad de los textos normativos en que se encontraban. Así, el artículo 33 establece ahora la prohibición de “c) Consumir sustancias prohibidas, no autorizados para su consumo” y el Artículo 140 la prohibición de “7. Consumir sustancias prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente.” Estas previsiones legales se encuentran vigentes y, a su vez, corresponderá a las autoridades competentes, ejerciendo sus funciones dentro del marco constitucional vigente, precisar esas prohibiciones, de manera razonable y proporcionada, dentro de los límites que impone el orden constitucional vigente”. En este orden de ideas, la sentencia C-253 de 2019 reforzó el criterio ya fijado por ese alto Tribunal a través de la sentencia C-221 de 1994, conforme al cual el legislador, en el ejercicio del poder policivo, debe diferenciar razonablemente los eventos en que el acto de consumo cuenta con la virtualidad de producir efectos sociales nocivos. Por otra parte, y en lo atinente al desarrollo de la estrategia de promoción de la salud, la prevención y la atención del consumo de sustancias psicoactivas, en este mismo periodo se formuló el Plan Nacional para la Promoción de la Salud, la Prevención y la Atención del Consumo de Sustancias Psicoactivas 2014 – 2021, la Política Integral para Enfrentar el Problema de las Drogas y la Política Integral para la Prevención y Atención del consumo de sustancias psicoactivas, adoptada a través de la Resolución 0089 de 2019. Estos tres instrumentos son complementarios. El plan incorpora un enfoque intersectorial de salud pública para disminuir la exposición al consumo de drogas ilícitas. Las referidas políticas se encaminan a prevenir los factores de riesgo frente al consumo, reducir la vulnerabilidad territorial y la producción de drogas ilícitas, judicializar a los actores criminales, y garantizar la rehabilitación e inclusión social de los consumidores de SPA.

DERECHOS DE LA INFANCIA – Prevalencia

De conformidad el artículo 44 de la Carta Política, corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado, la protección de los derechos de los niños, los cuales son prevalentes respecto de los derechos de las demás personas, [...] Con el fin de comprender el alcance de este principio, los artículos 8° y 9° del Código de la Infancia y la Adolescencia, explican que recae en la sociedad, en su conjunto, la obligación de garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de este grupo poblacional, los cuales se caracterizan por ser universales, prevalentes e interdependientes. Esto implica que en todo acto, decisión o medida administrativa o judicial que deba adoptarse en relación con los

niños, niñas y adolescentes, prevalecerán sus derechos y se dará aplicación a la norma más favorable. En el orden internacional también existen una serie de instrumentos normativos que convocan a los Estados adherentes a otorgar especial protección a la niñez, entre los cuales se resaltan la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la protección de los menores de edad no es “tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor” y, en tal virtud, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es un principio que debe materializarse al momento de tomar decisiones públicas que puedan afectar a este grupo poblacional, escogiendo la alternativa que les sea más conveniente.

ORDEN PÚBLICO – Concepto / CONVIVENCIA – Categorías / NORMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL – Fines / PRESERVACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO – Fin esencial del Estado Social de Derecho / PODER DE POLICÍA – Concepto / FUNCIÓN DE POLICÍA – Concepto / ACTIVIDAD DE POLICÍA – Concepto / ACTIVIDAD DE POLICÍA – Límites / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 44 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA – ARTÍCULO 8 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA – ARTÍCULO 9 / LEY 1801 DE 2016 / DECRETO 1070 DE 2015

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1844 DE 2018 (1 de octubre) GOBIERNO NACIONAL (Validez condicionada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00387-00 Y 11001-03-24-000-2018-00399-00 (acumulados)

Actor: LUVI KATHERINE MIRANDA PEÑA Y ANDRÉS FELIPE YEPES GUZMÁN

Demandado: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – DAPRE / MINISTERIO DEL INTERIOR / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / MINISTERIO DEL JUSTICIA Y DEL DERECHO / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Referencia: NULIDAD

Tema: Decreto 1844 de 1º de octubre de 2018 reglamentario del Código Nacional de Policía / Se condiciona la aplicación del acto administrativo demandado

Sentencia de única instancia

La Sala decide en única instancia las demandas de nulidad promovidas, respectivamente, por la ciudadana **Luvi Katherin Miranda Peña** y por el ciudadano **Andrés Felipe Yepes Guzmán**, en contra del **Decreto 1844 de 1º de octubre de 2018**¹, expedido por el Presidente de la República y por los Ministros del Interior, de Justicia y del Derecho y de Defensa Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

En el expediente acumulado con los radicados 11001-03-24-000-2018-00399-00 y 11001-03-24-000-2017-00387-00², promovidos por la señora Luvi Katherin Miranda Peña y por el señor Andrés Felipe Yepes Guzmán, se demanda la nulidad del Decreto 1844 de 2018, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que se resumen a continuación:

I.1. Expediente 11001-03-24-000-2018-00387-00

I.1.1. Los hechos que sustentan la demanda

La ciudadana **Luvi Katherin Miranda Peña**, como sustento fáctico de su escrito demandatorio, señaló que *“el 1º de octubre de 2018, el Presidente Iván Duque firmó el Decreto 1844”*, norma que *“faculta a la Policía Nacional para combatir el microtráfico de drogas en espacios públicos”*, a través de disposiciones que, a su juicio, contravienen el rol que debe desempeñar el Estado para tratar la dependencia a sustancias psicoactivas, entendida como una *“enfermedad*

¹*“Por medio del cual se adiciona el capítulo 9º del título 8º de la parte 2ª del libro 2º 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”.*

² Mediante auto de 7 de junio de 2019, folios 84 al 86, cuaderno 1 del expediente principal.

psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado”³.

En tal sentido, sostuvo que *“el Gobierno Nacional traslada la responsabilidad del abordaje del problema del consumo de drogas en la Policía Nacional, Institución que no se encuentra capacitada para cumplir con los estándares (...) para el tratamiento a las personas que se encuentran en procesos de adicción”⁴.*

I.1.2. Las pretensiones

La demandante formuló las siguientes pretensiones:

“[...] [S]e declare nulo el artículo 1º del Decreto 1844 de 2018, por las razones que se exponen en el siguiente punto dentro de la presente demanda.

De manera subsidiaria, y en caso de que esta Honorable Corporación no encuentre motivos para declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, se solicita de la manera más respetuosa se declare nulo el artículo 1º del Decreto 1844 de 2018 de la norma, señalando la debida interpretación y aplicación que deberá realizarse de la misma [...]”⁵.

I.1.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

I.1.3.1. Las normas violadas

Las normas citadas como trasgredidas son los artículos 1º, 2º, 13 y 49 de la Constitución Política.

I.1.3.2. El concepto de la violación

La demandante formuló como cargo de violación el desconocimiento de las normas en que debía fundarse el acto acusado, tal y como se evidencia a continuación:

³ Folio 9, cuaderno 1 del expediente principal.

⁴ Folio 11, *ibídem*.

⁵ Folio 9, *ibídem*.

Respecto de la trasgresión del artículo 1° superior, manifestó que la norma acusada faculta a la Policía Nacional para ejercer unas labores para las que *“no se encuentra capacitada”*, lo que pone en riesgo la dignidad de los consumidores de sustancias psicoactivas.

El desconocimiento del artículo 2° de la Constitución Política lo atribuyó al riesgo de afectación de *“la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los consumidores de sustancias prohibidas”*, al determinar y trasladar la responsabilidad de la política de drogas a la Policía Nacional.

En lo atinente a la trasgresión del artículo 13 constitucional, puso de presente que *“algunos usuarios de drogas, por la marginación y exclusión social que padecen, les son negados derechos Individuales y sociales (...) encontrándose en una verdadera situación de Indefensión”*. Así, *“la precariedad y las dificultades de acceso a los servicios son evidentes para determinados drogodependientes, acentuándose esta situación especialmente en el caso de las mujeres”*.⁶ Por ello, *“cuando no se designa a una institución idónea para la garantía de los derechos constitucionales de una población que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta”*, lo que ocurre es que se genera un *“riesgo de abusos o maltratos a los consumidores de sustancias prohibidas”*.⁷

Por último, expuso que *“las medidas sancionatorias no apuntan a los fines preventivos y rehabilitadores que deben contener las disposiciones sobre el consumo de drogas”*, las cuales *“deben enfocarse en la atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, a través del desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y a favor de la recuperación de los adictos”*⁸, razón por la que el decreto 1844 desconoce lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política y en el Acto Legislativo 02 de 2009.

I.2. Expediente 11001-03-24-000-2018-00399-00

I.2.1. Los hechos que sustentan la demanda

⁶ Folio 12, *ibídem*.

⁷ Folio 12, *ibídem*.

⁸ Folio 10, *ibídem*.

El ciudadano **Andrés Felipe Yepes Guzmán**, en su escrito de demanda, puso de presente que *“el Gobierno Nacional expidió el pasado 1º de octubre de 2018, el decreto mediante el cual pretende reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia en lo relacionado con la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”*, desconociendo lo dispuesto en *“el Acto Legislativo 02 de 2009, al establecer como infracción el porte y la tenencia de cantidades de sustancias psicoactivas ilícitas que se determinen como dosis personal”*.

I.2.2. La pretensión

El accionante formuló la siguiente pretensión:

“[...] PRIMERA Y ÚNICA. Que se declare la NULIDAD del Decreto No. 1844 de fecha 1º de octubre de 2018, por el cual se adiciona el capítulo 9º del título 8º de la parte 2ª del libro 2º 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 [...]”⁹.

I.2.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

I.2.3.1. Las normas violadas

Las normas citadas como violadas son los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 12, 15, 16, 28, 29, 49 y 150 de la Constitución Política, el Acto Legislativo 02 de 2009, el artículo 2º de la Ley 30 de 1986 y la Ley 1801 de 2016, especialmente, sus artículos 33, 38, 39, 59, 92, 140, 146, 159, 164, 192, 210 y 222.

I.2.3.2. El concepto de la violación

En un acápite preliminar del escrito de la demanda, el ciudadano Andrés Felipe Yepes Guzmán se pronunció sobre la evolución de la política de lucha contra las drogas adoptada por el Estado colombiano y la influencia que sobre la misma ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de los consumidores de sustancias psicoactivas, haciendo énfasis en las sentencias C-221 de 1994, C-574 de 2011 y C-491 de 2012, así como en el criterio fijado por la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia SP 2940-2016 de 9 de marzo de 2016.

⁹ Folio 11, *ibídem*.

Acto seguido, el demandante señaló como cargos de nulidad los atinentes a: i) la violación de las normas en que debía fundarse el acto acusado; ii) la falta de competencia y iii) la falsa motivación, para lo cual afirmó lo siguiente:

I) Violación de las normas superiores en que debían fundarse el acto acusado. Desconocimiento de los artículos 1°, 2°, 5°, 6°, 12, 15, 16, 28, 29, 49 y 150 de la Constitución Política, del Acto Legislativo 02 de 2009, del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 y de la Ley 1801 de 2016

El actor, luego de referirse al concepto de dignidad humana y a su alcance a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sostuvo que el hecho de “*tipificar y sancionar con incautación y destrucción la dosis personal, y judicializar la de aprovisionamiento*”, coarta “*la autonomía del individuo para decidir sobre su porte y su tenencia para consumo en su esfera íntima*”.

Señaló que lo anterior limita el derecho al libre desarrollo de su personalidad, dado que “*la dosis personal y de aprovisionamiento comportan ámbitos netamente privados y propios del individuo, por lo que el Estado estaría diseñando el plan de vida de la persona, impidiéndole elegir libremente y decidir autónomamente sobre sus propios actos*”¹⁰.

Consideró que “*autorizar la persecución policiva a las elecciones y los actos propios de la autonomía de los individuos, así no afecten los derechos de los terceros, sería permitir el establecimiento de un régimen totalitario, en el que los individuos no pueden imponer sus propias normas y elecciones sobre sí mismos, lo que a todas luces es contrario al espíritu liberal de nuestra Carta Magna*”.

Por ello, anotó que “*el Decreto 1844 contrario a indicar una política pública clara encaminada a prevenir y educar frente al consumo, tipifica el simple porte y tenencia de la dosis mínima y de aprovisionamiento, dándole una connotación estrictamente sancionatoria e incluso judicial. Con esto el consumidor, es cosificado y relegado a un papel opresivo, sin posibilidad alguna de autorrealizarse y decidir libremente sobre sus propios actos*”¹¹.

¹⁰ Folio 27 *ibídem*.

¹¹ Folio 27 *ibídem*.

Afirmó que el límite fijado a estos derechos por las autoridades demandadas resulta excesivo, desproporcionado e innecesario, toda vez que *“existen otros medios alternativos menos lesivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad”* y, adicionalmente, *“con la incautación y destrucción de la dosis personal no se está garantizando que se favorezca la convivencia en el espacio público”*, pues *“se incaute o no la dosis personal, esto solo afecta a quien la consume, en tanto que es para sí misma”*.

Finalmente, el demandante puso de presente que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-221 de 1994, declaró lícito y constitucional el consumo de la dosis personal, por lo que este *“no puede ser objeto de sanción alguna de carácter penal ni administrativo, pues solo atañe al individuo”*¹².

II) Falta de competencia

En criterio del señor Andrés Felipe Yepes Guzmán, *“el Gobierno Nacional carece de competencia para establecer vía decreto reglamentario la creación de una infracción administrativa, su sanción, así como el procedimiento aplicable”*, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6º, 29 y 150 de la Constitución Política sobre el principio de legalidad y de reserva de ley, conforme a los cuales, únicamente el legislador puede establecer tipologías y sanciones administrativas para los particulares frente a las conductas que considere reprochables, tal y como lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia C-699 de 2015¹³.

Sostuvo que no se podía crear un tipo de carácter administrativo (correspondiente a la infracción por el porte y tenencia de la dosis personal) y, mucho menos, fijar una sanción (la medida correctiva de destrucción del bien), ni el procedimiento para la aplicación de la misma.

Finalmente, agregó que la conducta tipificada en la Ley 1801 de 2016, respecto del porte y la tenencia de estupefacientes en espacios públicos *“debe entenderse en transversalidad con el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986”*; precepto que *“no sanciona ni tipifica el porte y tenencia de la dosis personal y de aprovisionamiento”*.

¹² Folio 32, *ibídem*.

¹³ Folio 30 *ibídem*.

III) Falsa motivación

En lo atinente al último cargo, el accionante explicó que el decreto 1844 “se sustenta en disposiciones legales y constitucionales a las que se les ha dado un alcance interpretativo que no tienen”, por lo que “una cosa es el porte y la tenencia para consumo propio, y otra muy distinta el consumo de sustancia psicoactivas en espacios públicos en donde se involucran a terceros”.

En esa medida, aseveró que el decreto 1844 “se motiva a partir de una interpretación aislada del aparte del Acto Legislativo 02 de 2009” y desconoce “la sentencia C-574 de 2011, en cuanto al entendimiento sistemático, teleológico y literal que debe dársele al artículo 49 de la Constitución”, criterio normativo que ordena la adopción de “medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico para las personas que consuman dichas sustancias”¹⁴.

II. TRÁMITE DEL PROCESO

II.1. La Sala resalta que la ciudadana **Luvi Katherin Miranda Peña**, actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 1º del Decreto 1844 de 2018. Sin embargo, el trámite del proceso se adecuó al medio de control de nulidad, a través del auto admisorio de 11 de octubre de 2018¹⁵, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 171 del CPACA. A dicho expediente le correspondió el número de radicación 11001-03-24 000-2018-00387-00.

II.1.1. Los apoderados judiciales del Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Ministerio de Defensa Nacional, dieron contestación conjunta a la demanda¹⁶.

¹⁴ Folio 33, *ibídem*.

¹⁵ Folios 17 a 19, *ibídem*.

¹⁶ Folios. 37 a 61, *ibídem*.

II.1.2. El apoderado judicial de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -en adelante ANDJE- intervino en el trámite del proceso judicial en defensa de la legalidad de la norma cuestionada¹⁷.

II.2. Por su parte, el ciudadano **Andrés Felipe Yepes Guzmán**, en ejercicio del medio de control de nulidad establecido por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, solicitó la nulidad del Decreto 1844 de 2018; demanda admitida mediante auto de 22 de octubre de 2018¹⁸ y cuyo trámite se radicó con el número 11001-03-24-000-2018-00399-00.

II.2.1. Los apoderados judiciales del Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Justicia y del Derecho, del Ministerio de Salud y Protección Social y del Ministerio de Defensa Nacional, dieron contestación conjunta a la demanda¹⁹.

II.2.2. El apoderado judicial de la ANDJE también intervino en el trámite del citado proceso judicial y solicitó denegar las pretensiones²⁰.

II.2.3. A través de auto de 2 de abril de 2019, el expediente con radicado 11001-03-24-000-2018-00399-00 fue remitido al despacho del magistrado sustanciador para que estudiara lo concerniente a la acumulación del proceso al expediente 11001-03-24 000-2018-00387-00²¹.

II.3. Mediante auto de 7 de junio de 2019, se decretó la acumulación de los procesos antes citados y se fijó la fecha para la realización de la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA²².

II.4. El día 4 de octubre de 2019 se realizó la audiencia inicial, en la que fueron reconocidos los coadyuvantes de las partes demandante y demandada, se procedió a la fijación del litigio y se dispuso la suspensión de la misma, por cuanto se encontraba pendiente de correr traslado la solicitud de medida cautelar presentada por uno de los coadyuvantes.

¹⁷ Folios 74 a 79, *ibídem*.

¹⁸ Folio 39, cuaderno 3 del expediente principal.

¹⁹ Folio 72 a 264 *ibídem*.

²⁰ Folio 56 a 71, *ibídem*.

²¹ Folio 269, *ibídem*.

²² Folios 84 a 86, *ibídem*.

II.5. Mediante auto de 15 de octubre de 2019, el Despacho sustanciador negó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado²³.

II.6. El día 15 de octubre de 2019 se reanudó la audiencia inicial y en ella se ordenó tener como pruebas del proceso todos los documentos allegados por los sujetos procesales. Adicionalmente, se fijó el término para que las partes presentaran alegaciones de conclusión y para que el agente del Ministerio Público procediera a emitir el concepto de fondo. Aunado a lo anterior se informó a los sujetos procesales que el magistrado sustanciador solicitaría a la Sala de Decisión de la Sección Primera dar prelación al fallo²⁴.

II.7. Los demandantes Luvi Katherine Miranda Peña y Andrés Felipe Yepes Guzmán, la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, Temblores ONG, las entidades públicas demandadas, la ANDJE, y Asocapitales, presentaron sus respectivos escritos de alegatos de conclusión, en los cuales reiteraron los argumentos de nulidad y defensa.

II.8. El agente del Ministerio Público presentó su concepto de fondo sobre la controversia, en el que defendió la legalidad del acto acusado.

II.9. Mediante auto de 5 de diciembre de 2019, la Sala de Decisión de la Sección Primera concedió la prelación al fallo del proceso de la referencia²⁵.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las entidades demandadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones elevadas por los accionantes en cada una de las demandas, así:

III.1. Expediente 11001-03-24-000-2018-00387-00

III.1.1. Los apoderados del **Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** y de los **Ministerios del Interior, de Justicia y del Derecho, de Defensa Nacional y de Salud y Protección Social**, mediante escrito presentado de manera conjunta el 24 de

²³ Folios 150 a 168 cuaderno de medidas cautelares.

²⁴ Folios 298 a 308, cuaderno 2 del expediente principal.

²⁵ Folios 397 al 401, *ibídem*.

enero de 2019²⁶, solicitaron que se denieguen las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes planteamientos:

Señalaron que *“el derecho constitucional a la tenencia, porte y consumo de dosis personal 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”*, razón por la que *“las autoridades tienen la obligación constitucional y legal de hacer efectivas las limitaciones propias de ese derecho (...), entre otras, mediante las medidas de tipo policivo previstas en las leyes de la República”*²⁷.

Explicaron que *“desde la vigencia del Acto Legislativo No. 2 de 2009 el derecho de las personas al porte y consumo de dosis personal de drogas ha adquirido una connotación marcadamente distinta a la que tenía desde la sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994”*, en tanto se consagró *“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”*²⁸; cambio trascendental que se reflejó en la sentencia C-491 de 2012 de la Corte Constitucional.

Además, indicaron que el legislador encontró un equilibrio entre los derechos del *“consumidor/adicto”* y la prohibición de portar y consumir drogas, a través del Código de Policía y de Convivencia Ciudadana, toda vez que: *“(i) no se puede portar una dosis personal de drogas para fines de tráfico y distribución, (ii) no 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, y (iii) no se puede tener o portar drogas en cantidades significativamente superiores a las prescritas legalmente como dosis personal”*²⁹.

Solicitaron tener en cuenta que *“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”*³⁰.

²⁶ Folios 37 al 57, cuaderno 1 del expediente principal.

²⁷ Folio 40, *ibídem*.

²⁸ Folio 41, *ibídem*.

²⁹ Folio 42, *ibídem*.

³⁰ Folio 44, *ibídem*.

Sumado a ello, pusieron de presente que *“las autoridades policiales necesitan contar con una herramienta jurídica apta e idónea 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 su criterio, *“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”*³¹.

Finalmente, afirmaron que la norma acusada no trasgrede el artículo 13 superior ni el artículo 49 de la Constitución Política, dado 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 plurimencionado indica claramente que se refiere a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”*³².

III.1.2. El apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado³³ solicitó negar las pretensiones de la demanda, luego de señalar que esa norma *“adoptar una medida de convivencia ciudadana que desarrolla el Código Nacional de Policía, aplicando las normas del procedimiento ya establecidas en un caso que atente contra la pacífica convivencia”*, es decir, que *“no autoriza a la policía nacional a imponer sanción alguna al infractor sino, a imponer medidas correctivas tendientes a restablecer el orden y la convivencia ciudadana”*³⁴.

Respecto del cargo referido a la falta de idoneidad de la Policía Nacional para rehabilitar a población consumidora, argumentó que el Decreto 1844 de 2018 no versa sobre tal materia, sino que se refiere a la aplicación de medidas correctivas de destrucción de un bien. Además, la Ley 1566 de 2012 prevé que dicho tratamiento solo puede ser brindado por centros especializados.

³¹ Folio 45, *ibídem*.

³² Folio 50, *ibídem*.

³³ Folios 74 al 78 *ibídem*.

³⁴ Folio 76, *ibídem*.

Por último, concluyó su intervención señalando que: i) *“la norma demandada desarrolla el artículo 140 numeral 8º del Código Nacional de Policía y Convivencia”*; ii) *“los argumentos en contra de la constitucionalidad se basan en la sentencia C-221 de 1994 (sin embargo) en este caso el artículo demandado no contempla medidas penales sino policivas, por lo que los argumentos de la sentencia no pueden ser aplicables; iii) “la sentencia C-221 de 1994 fue expedida antes del Acto Legislativo 02 de 2009, (...) en virtud de dicha reforma constitucional se instauró una regla general de prohibición que solo se exceptúa para casos médicos. En otras palabras, en la actualidad la prohibición de porte emana directamente de la Constitución y el decreto lo que hace es desarrollarla”*³⁵.

III.2. Expediente 11001-03-24-000-2018-00399-00

III.2.1. Los apoderados judiciales del **Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** y de los **Ministerios del Interior, de Justicia y del Derecho y de Defensa Nacional**, mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2019³⁶, de manera conjunta, solicitaron a esta autoridad judicial negar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes planteamientos:

Respecto del cargo atinente al presunto desconocimiento de los artículos 1º, 2º, 12, 15 y 16 de la Constitución Política, reiteraron de manera exacta las consideraciones aludidas en precedencia y que fueron expuestas en el escrito de contestación de la demanda del proceso con radicado n° 11001-03-24-000-2018-00387-00.

Sobre la inexistente vulneración de los artículos 6º, 28, 29 y 150 de la Constitución Política, alegaron que el decreto 1844 se ajusta al principio de legalidad, al debido proceso y a la reserva de ley, en tanto *“no creó sanción ni procedimiento policivo administrativo alguno”*, pues la Ley 1801 de 2016 *“consagró (i) la tipificación de la infracción, (ii) el procedimiento policivo administrativo para la imposición de la medidas correctivas y de los medios de policía, y (iii) y la previsión de las medidas correctivas y de los medios de policía”*.

³⁵ Reverso folio 79 y 89, *ibídem*

³⁶ Folio 72 cuaderno 3 del expediente principal

De otra parte, afirmaron que *“el artículo 222 de la Ley 1801 de 2016 establece el proceso verbal inmediato, en el cual se garantiza el derecho de defensa al establecer: (i) que el presunto infractor deberá ser oído en descargos, y (ii) la posibilidad de recurrir la decisión desfavorable mediante la interposición del recurso de apelación en el efecto devolutivo”*.

Sostuvieron que *“el Decreto 1844 del 1º de octubre de 2018 no vulnera el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 (...) toda vez que no se involucra en la esfera personal e íntima de la persona, y adopta medidas que buscan preservar el orden público”, siendo este un “fin constitucional del Estado Social de Derecho -artículo 2º de la Constitución Política, que se logra con la aplicación de la medida correctiva y del medio de policía consagrados en la Ley 1801 de 2016”*.

Finalmente concluyeron su intervención anotando que la norma reglamentaria demandada busca *“establecer condiciones para la convivencia en el territorio nacional, propender por el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas y propiciar en la comunidad comportamientos que favorezcan la convivencia en el espacio público”*. Adicionalmente, indicaron que se trata de *“una reglamentación en favor de la niñez y la superioridad de sus derechos”*.

III.2.2. El apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado³⁷ solicitó negar las pretensiones de la demanda, luego de señalar que las normas contenidas en el acto acusado son concordantes con lo dispuesto en la Constitución Política, en el Acto Legislativo 02 de 2009 y en la Ley 1801 de 2016, a partir de las consideraciones que se resumen a continuación.

En primer lugar, anotó que el actor no cumplió con la carga argumentativa mínima requerida para demostrar el desconocimiento de los fines esenciales o de los deberes del Estado por parte de las autoridades públicas, razón por la que el primer cargo no estaba llamado a prosperar.

Igualmente, sostuvo que el escrito de la demanda carece de fundamento en lo atinente a la presunta transgresión del artículo 12 superior, en cuyo marco se prohíbe la desaparición forzada, el padecimiento de torturas, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Esto mismo alegó respecto de la supuesta infracción del derecho a la intimidad personal contemplado en el artículo 15 y del

³⁷ Folio 30 cuaderno 3 del expediente principal

derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues lo cierto es que esta última prerrogativa esta limitada por los derechos de los demás sujetos, en armonía con lo establecido en el artículo 95 constitucional, cuyo numeral 1º prevé el deber de los ciudadanos de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

En lo atinente al segundo cargo, explicó que el Presidente de la República contaba con la competencia para modificar un capítulo del decreto reglamentario mediante otro decreto de igual naturaleza, *“en virtud del principio de paralelismo de las normas jurídicas que impone que en derecho las cosas se deshacen cómo se hacen”*.

Adicionalmente, el acto acusado no invade la órbita que la Constitución Política reserva al legislador, sino que respeta integralmente la misma, toda vez que el porte y tenencia de sustancias psicoactivas que exceda la cantidad establecida como dosis mínima, será judicializado de conformidad con la normatividad vigente.

Por otra parte, adujo que el derecho al debido proceso también se ve reflejado en el trámite de incautación y en la medida correctiva destrucción de lo incautado, dado que la norma acusada contempla un protocolo de carácter imperativo que guía el actuar de la autoridad policiva y, adicionalmente, antes de la adopción de la medida administrativa correctiva, la autoridad de policía debe adelantar un procedimiento de descargos en el que se garantiza el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción del presunto infractor.

Respecto del tercer cargo, puso de presente que el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 sirve de fundamento para determinar el ámbito de aplicación de la disposición normativa demandada; todo ello atendiendo al criterio sostenido por la Corte Constitucional en las sentencias C-221 de 1994 y C-574 de 2011, en cuyo marco se reconoce la libre autodeterminación.

Finalmente, en lo que atañe al presunto desconocimiento del artículo 49 de la Carta Política, advirtió que los peticionarios desconocieron que *“lo sancionable no es la adicción, sino el porte o tenencia de drogas o sustancias psicoactivas que excedan a las autorizadas por el legislador”*, por lo que es forzoso concluir que *“no existe la falsa motivación que se predica pero tampoco una hermenéutica equivocada pues una interpretación conforme a la Constitución lleva a Conclusiones que no descartan la consideración de la adicción como un asunto*

propio de la actividad del Estado con medidas educacionales de carácter educacional, médico clínico, es decir, atinente a la salud pública”³⁸.

IV. COADYUVANCIAS

IV.1. La Corporación **Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” – CAJAR**, la sociedad **Temblores ONG** y los ciudadanos **Soraya Gutiérrez Arguello, Jomary Ortegón Osorio, José Jans Carretero Pardo, Alejandro Lanz Sánchez, Silvia Catalina Quintero, Sebastián Lanz Sánchez, Carlos Perdomo Guerrero y Natalia Andrea Herrera Gálvez**, en calidad de coadyuvantes de la parte demandante y, de manera conjunta³⁹, solicitaron a esta Corporación judicial decretar la nulidad del Decreto 1844 de 1° de octubre de 2018, por cuanto afirmaron que transgrede las normas en que debía fundarse⁴⁰, e incurre en los cargos de falta de competencia y falsa motivación.

Respecto del primer juicio de reproche, manifestaron que el decreto 1844 desconoce: i) los derechos fundamentales contemplados en los artículos 1°, 6°, 13, 16, 20, 29, 37 y 83 de la Constitución Política; ii) el principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 4° superior; iii) el tratamiento que se le debe brindar a los consumidores señalado en el artículo 49 constitucional; y, iv) constituye una *“afrenta a la independencia judicial sobre la ausencia de responsabilidad penal en los casos de porte de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal y a la dosis de aprovisionamiento, con lo que se desconoce el artículo 116 de la Carta”*.

Específicamente, señalaron que el decreto 1844: i) *“afecta el derecho fundamental a la dignidad humana porque trata al consumidor desde la órbita de la criminalización, no desde un enfoque de salud”*; ii) *“vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad porque no garantiza la autonomía individual y la posibilidad humana de darle un rumbo a la vida, mientras no se afecten los derechos de los demás”*; iii) *“viola el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia porque parte de la idea que el portador de drogas debe ser penalizado”*; y, iv) *“contraria con ello la jurisprudencia de la Corte*

³⁸ Reverso folio 63, cuaderno 3 del expediente principal.

³⁹ Folios 104 al 127, cuaderno 1 del expediente principal

⁴⁰ Se citan como normas trasgredidas los artículos 1°, 6, 13, 16, 20, 29, 37, 83, 189 y 209 de la Constitución Política; 12, 13 y 14 de la Ley 489 de 198; 164, 192 y 222 de la Ley 1801 de 2016 y la Ley 1566 de 2011.

Constitucional que reglamenta que la respuesta por parte del Estado hacia el consumidor de dichas sustancias debe estar encaminada a la atención en salud”⁴¹.

A su vez, sostuvieron que el acto bajo análisis conculca el derecho a la igualdad de la población habitante de calle, cuyos integrantes *“no cuentan con un ámbito privado donde poder ejercer su derecho a la intimidad y evitar que la policía se inmiscuya en sus libertades personales como lo sería el consumo de la dosis mínima”*.

Asimismo, anotaron que *“la aplicación del Decreto 1844 de 2018 conlleva, en la práctica, a un perfilamiento criminal de los usuarios de drogas que atenta contra el principio de la presunción de buena fe”*, contemplado en el 83 de la Constitución Política⁴².

Por otra parte, el cargo de falta de competencia lo fundamentaron en que el decreto 1844: i) reguló un derecho fundamental cuyo trámite es estatutario; ii) estableció un procedimiento policivo que cuenta con reserva legal; y, iii) traspasó los alcances de la potestad reglamentaria al crea un tipo y una sanción administrativa.

En el cargo de falsa motivación, indicaron que el porte de drogas ilícitas para el consumo personal no se encuentra en los supuestos de hecho descritos en los artículos 164 y 192 del Código Nacional de Policía y Convivencia, dado que esa actividad no constituye una amenaza a la convivencia o al ambiente y, adicionalmente, la consecuencia del decomiso es la custodia del bien incautado en vez de su destrucción.

Finalmente, pusieron de presente un hecho que incide en la resolución de la controversia, consistente en que la Corte Constitucional declaró 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) *ibídem*.

⁴¹ Folio 119, cuaderno 1 del expediente principal

⁴² Folio 114 al 116, *ibídem*.

IV.2. El ciudadano **Camilo Ernesto Horero Barrera**, en calidad de coadyuvante de la parte demandante⁴³, solicitó se acogieran las pretensiones de la demanda formulada por el ciudadano Andrés Felipe Yepes Guzmán, en tanto considera que el acto acusado desconoce las normas en que debía fundarse, e incurre en los cargos de falta de competencia y falsa motivación.

Todo lo anterior lo sustentó en los mismos argumentos propuestos por el demandante Yepes Guzmán, concluyendo que *“facultar a las autoridades de policía para incautar y destruir bienes como consecuencia de una conducta que no se encuentra tipificada como infracción en el Código de Policía es un acto administrativo falsamente motivado, y que a su vez supone una extralimitación de las funciones reglamentarias constitucional y legalmente conferidas al señor Presidente de la República”*.

Adicionalmente, indicó que ponía *“a consideración del Consejo de Estado la violación del artículo 34 de la Constitución Política de 1991, pues en el fondo el Decreto 1844 de 2018 crea una sanción de confiscación de un bien mueble -la sustancia estupefaciente- cuya tenencia es legítima por parte de quien sea su propietario, y mientras la misma esté destinada para su consumo y/o aprovisionamiento”*⁴⁴.

IV.3. El ciudadano **Jaime Uscátegui Pastrana**, en calidad de coadyuvante de la parte demandada, afirmó que los cargos de nulidad propuestos por los accionantes no cuentan con vocación de prosperidad dado que el acto demandado propende por proteger a la niñez de la exposición de sustancias psicoactivas – SPA, y busca evitar el fenómeno criminal conocido como “microtráfico” o “narco-menudeo”, desarrollado bajo la excusa de porte para consumo personal.

IV.4. La **Asociación Colombiana de Ciudades Capitales – ASOCAPITALES**⁴⁵, en calidad de coadyuvante de la parte demandada, a través de apoderado judicial, solicitó negar las pretensiones de la demanda, luego de advertir que *“el legislador, a través de la Ley 1801 de 2016, y el ejecutivo, en ejercicio de la facultad reglamentaria, optaron por armonizar la prevalencia del interés general con derechos individuales, por medio de medidas que impidan el desarrollo de*

⁴³ Folios 104 al 127, cuaderno 1 del expediente principal

⁴⁴ Folios 49, *ibídem*.

⁴⁵ Folios 92 al 95, cuaderno 1 del expediente principal.

conductas relacionadas con la posesión, tenencia, distribución o comercialización de sustancias psicoactivas”.

En este orden de ideas, ASOCAPITALES encontró proporcional los límites impuestos a los derechos de los consumidores de SPA por parte del Código Nacional de Policía y Convivencia, dado que:

“a. Es posible afirmar que el Decreto demandado persigue un fin constitucionalmente legítimo pues pretende garantizar la convivencia de los ciudadanos, promover la seguridad ciudadana, proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes a partir de la prevención de conductas como la venta o distribución de sustancias psicoactivas.

b. La medida correctiva de destrucción del bien prevista para la infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas es una medida de control para la comercialización de estos bienes. El artículo 2.2.8.9.3 constituye un mecanismo idóneo para proteger la convivencia y seguridad en el territorio colombiano, dado que permitirá la disminución del consumo y la venta de sustancias psicoactivas.

c. La destrucción del bien también es una medida necesaria para prevenir y disminuir el consumo, fomentar la convivencia, proteger los derechos de los menores y garantizar la seguridad ciudadana. Lo anterior dado que la destrucción de las sustancias psicoactivas materializa de forma eficiente la intención del Estado de disminuir los índices de comercialización y consumo, respetar el interés general y garantizar los derechos de aquellos que no son consumidores. Además, resulta pertinente indicar que no existe otra medida que tenga la misma o mayor eficacia en la consecución del fin perseguido.

d. Las medidas contempladas en el Decreto 1844 de 2018 son proporcionales, en tanto permiten alcanzar fines esenciales del Estado”⁴⁶.

Respecto del presunto desconocimiento de la citada sentencia C -221 de 1994, explicó que, de conformidad con esa misma providencia, *“la limitación de una actividad lícita tiene sentido en la medida en que con la misma se busquen evitar actividades ilícitas como la comercialización de estupefacientes”*, por lo que *“es propio de las normas de policía diseñar regulaciones en torno a los lugares, edad y momento en que se pueden desarrollar actividades como el consumo de droga⁴⁷”*.

Sumado a lo anterior, solicitó hacer *“una lectura integral del Decreto 1844 de 2018”*, pues su fin *“es congruente con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en la medida en que pretende eliminar conductas que atenían*

⁴⁶ Reverso folio 93, *ibídem*.

⁴⁷ Folio 93, *ibídem*.

*contra la convivencia en el espacio público y el ordenamiento jurídico colombiano*⁴⁸.

Por lo referido, señaló que *“las perturbaciones al espacio público que se contemplan en dicha norma no se derivan del simple consumo de drogas en los lugares previstos”*, pues lo que se pretende evitar es la comercialización de estupefacientes, delito contemplado en el artículo 375 del Código Penal (Ley 599 de 2000). Así, concluyó que *“el Decreto demandado no incorpora una política con enfoque de salud pública, porque el objetivo que se persigue es la eliminación del comercio ilegal de estupefacientes en el espacio público, utilizando como pretexto la tenencia de la dosis mínima”*⁴⁹.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

V.1. El apoderado judicial de la señora **Luvi Katherin Miranda Peña**, en su escrito de alegatos de conclusión, solicitó a esta Sala acceder a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, expuso que las disposiciones incorporadas a través del decreto demandado crean una infracción contravencional policiva denominada *“comportamientos contrarios a la convivencia relacionados con el porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”*, a través de la cual se prohíbe la tenencia o porte de SPA en las cantidades a las que alude el concepto de dosis personal.

Infirió que lo anterior desconoce los artículos 1° y 2° de la Constitución Política, referidos al respeto de la dignidad humana y a la obligación de las autoridades de la República de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los ciudadanos.

Conforme a lo planteado por la accionante, *“se pone en riesgo a los consumidores de dosis mínima sustancias psicoactivas, al facultar a las autoridades de policía con unas labores para las que no se encuentran capacitados, con la posibilidad de que ocurran acciones que pongan en peligro su integridad física y psicológica”*, toda

⁴⁸ Folio 95, *ibídem*.

⁴⁹ Folio 96, *ibídem*.

vez que resulta *“irrazonable y desproporcionado”* considerar que el acto de porte atenta contra la convivencia.

Con base en lo anterior, manifestó que: *“reprochar a través de este régimen policivo impuesto en el decreto 1844, el porte de estupefacientes en cantidades equivalentes a la dosis mínima, determinando que esta conducta por sí misma atenta contra la convivencia y la seguridad de los niños y niñas, resulta tan desproporcionado, arbitrario e irrazonable como aplicar el mismo procedimiento de imponer la infracción, llamar a descargos, incautar, decomisar y multar a quienes tengan o porten bebidas alcohólicas, cigarrillo, tabaco y sus derivados, cuyo consumo es prohibido y afecta la salud de los niños, niñas y adolescentes”*.

Por otra parte, señaló que *“el Gobierno Nacional trasladó la responsabilidad del abordaje del problema del consumo de drogas en la Policía Nacional”*, generando así *“el peligro de someter al consumo dentro de una perspectiva punitiva y encontrar al consumidor o adicto a las drogas como un delincuente y no como un enfermo”*.

Por último, sostuvo que *“políticas como las que promueve el Decreto en cuestión generan, a través de la prohibición y no a través de la reducción de riesgos, una serie de consecuencias sociales negativas (marginalización, reproducción de estereotipos, estigmatización, vulnerabilidad, criminalización y encarcelamiento masivo) que repercuten de manera diferenciada y acentuada en ciertos sectores poblacionales”*.

V.2. El demandante **Andrés Felipe Yepes Guzmán** reiteró los argumentos propuestos en libelo de demanda.

En tal sentido, indicó que el fundamento de los cargos de falsa motivación y falta de competencia radica en el hecho consistente en que *“el consumo personal o en cantidades propias del porte personal”* no se encuentra en los supuestos de hecho descritos en los artículos 164 y 192 del CNSCC y, en consecuencia, el decreto 1844 trasgrede el principio de reserva legal, por tratarse este de un asunto de competencia del legislador.

Por lo anterior, afirmó que el decreto demandado prevé un tratamiento policivo dirigido a castigar a quienes portan estupefacientes, sin diferenciar el evento en que los mismos sean para uso personal, lo que desconoce el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la materia y *“viola el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia (29), porque parte de la idea que el portador de drogas en la dosis personal es un presunto infractor contravencional (lo que contraria) (...) la respuesta por parte del Estado hacia el consumidor de dichas sustancias debe estar encaminada a la atención en salud”*.

De esta manera, adujo que *“se coloca a la persona en condición de habitante de la calle, en una situación de contravención constante y de susceptibilidad a recibir sanciones por parte de la Policía Nacional”, dejando a la persona “a merced de la represión de la fuerza pública y en una situación de vulnerabilidad que, en la práctica, da vía libre al abuso por parte de los agentes policiales”*.

V.3. La Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” - CAJAR, la sociedad Temblores ONG y los ciudadanos Soraya Gutiérrez Arguello, Jomary Ortégón Osorio, José Jans Carretero Pardo, Alejandro Lanz Sánchez, Silvia Catalina Quintero, Sebastián Lanz Sánchez, Carlos Perdomo Guerrero y Natalia Andrea Herrera Gálvez, insistieron en los argumentos esbozados en su escrito de coadyuvancia y, adicionalmente, hallaron reprochable que la norma cuestionada *“sancione el porte y tenencia de la dosis personal y de aprovisionamiento con su incautación y destrucción, cuando se trata de una cantidad lícita que la persona porta o conserva para su consumo propio”, lo cual constituye “una violación directa a la dignidad humana de la persona, la inalienabilidad y garantía de sus derechos, el derecho a la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues el Estado transgrede a la esfera íntima y de decisión del individuo”*.

En criterio de los coadyuvantes, *“la infracción, sanción y procedimiento policivo administrativo creado, constituyen un trato degradante contra quien simplemente porta y tiene su dosis personal y de aprovisionamiento, en tanto que esta conducta es observada como un acto sujeto a represión y objeto del poder policivo, con la consecuente sanción de la incautación y destrucción del bien por parte de la Policía Nacional”, y anotan que la norma acusada “si bien se señala un objetivo loable y razonable como lo es la lucha contra el microtráfico, lo cierto es que la*

medida ataca directamente al simple portador y tenedor de la dosis personal, sin diferenciar entre el microtraficante, expendedor y consumidor”.

Por lo anterior, trajeron a colación el criterio jurídico sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, oportunidad en la que *“el máximo tribunal constitucional declaró la inexecutable de normas del Código Nacional de Policía y Convivencia que establecían una prohibición genérica y amplia del consumo de sustancias psicoactivas y bebidas alcohólicas en el espacio público, espacios privados abiertos al público o que siendo privados trascienden a lo público, al tratarse de una medida irrazonable, pues no es idónea para alcanzar el fin buscado (la tranquilidad, las relaciones respetuosas y el cuidado y la integridad el espacio público) o bien no es necesaria por existir otros medios para alcanzarlo”.*

Así mismo, reiteraron que el Gobierno Nacional excedió su competencia de carácter estrictamente reglamentaria, para abrogarse funciones exclusivas del legislador regulando varios derechos fundamentales y *“creando un tipo sancionatorio administrativo, una sanción, un medio de policía, una medida de corrección y un procedimiento administrativo que, por principio de reserva de ley, artículos 28, 29 y 150 de la Constitución Política, le corresponden exclusivamente al Congreso de la República”.*

Finalmente, sostuvieron que el decreto 1844 incurre en falsa motivación por cuanto se sustenta en disposiciones legales y constitucionales a las que se les ha dado un alcance interpretativo que no tienen y, adicionalmente, los motivos que sirven de fundamento para su promulgación no justifican la decisión tomada por el Gobierno Nacional dado que las conductas proscritas por la Ley 1801 de 2016, relacionadas con la comercialización, distribución, tenencia, almacenamiento, porte o consumo de sustancias psicoactivas, tóxicas o alcohólicas en lugares públicos, se refieren a espacios abiertos al público o que siendo privados trascienden a lo público, lo que no acontece cuando los consumidores portan la sustancia para uso propio.

V.4. Los apoderados judiciales del Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y de los Ministerios del Interior, de Justicia y del Derecho y de Defensa Nacional, reiteraron todo lo expuesto en los escritos de contestación de las demandas y, adicionalmente,

citaron la parte motiva del auto de 15 de octubre de 2019, a través del cual se negó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 1844 de 2018.

V.5. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado insistió en los argumentos esbozados en los escritos de contestación de las demandas, a efectos de solicitar que se nieguen las pretensiones de nulidad del decreto 1844.

En tal sentido, al pronunciarse sobre la demanda interpuesta por la ciudadana Luvi Katherin Miranda Peña, explicó que las medidas policivas cuestionadas no atacan al consumidor quien es sujeto de un tratamiento normativo diferente, sino que pretenden controlar el microtráfico. Y agregó que el juicio de reproche relativo al presunto retroceso en la *“concepción Estatal sobre dependencia a las sustancias psicoactivas”*, no versa sobre un cargo de nulidad que ataque la legalidad del decreto 1844.

En segundo lugar, y al referirse a la demanda presentada por el señor Andrés Felipe Yepes Guzmán, aclaró que los cargos allí propuestos no contaban con vocación de prosperidad, por cuanto: i) las facultades reglamentarias del Presidente de la República fueron acatadas; ii) el orden público se pone en riesgo por parte de los microtraficantes al expender sustancias psicoactivas en lugares donde hay presencia de niños; iii) las medidas dispuestas son de naturaleza correctiva y resultan proporcionales; iv) *“la aplicación del Decreto demandado no establece ninguna discriminación por razones de raza, sexo, género, creencia religiosa ni ideología política, se aplica a cualquiera que infrinja la prohibición en los términos en que está contemplada”*; v) las medidas recaen contra el infractor y no contra quien ejerce sus derechos y libertades de forma legal; vi) la actuación policiva está sujeta al control judicial, como pasa con toda actuación administrativa.

V.6. La Asociación Colombiana de Ciudades Capitales, ASOCAPITALES, reiteró lo expuesto en su solicitud de coadyuvancia e indicó que el acto acusado no desconoce los artículos 13, 16 y 49 de la Constitución Política y tampoco incurre en los cargos de falta de competencia y falta de motivación.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, mediante concepto 042 de 5 de noviembre de 2019, luego de analizar los cargos formulados en las demandas, solicitó al Consejo de Estado negar las pretensiones de nulidad del Decreto 1844 de 2018, pero condicionar el alcance interpretativo de esa norma, a efectos de ajustar su contenido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Específicamente, sostuvo que *“el porte y tenencia de las sustancias psicoactivas que se consideran prohibidas, enumeradas en el artículo 1° del Decreto 1844 de 2018, solo pueden entenderse ajustado al ordenamiento si se aplican en concordancia con las conductas o comportamientos descritos en el Código Nacional de Policía y Convivencia y no de forma aislada y autónoma, además que dichas prohibiciones se deben precisar de manera razonable y proporcionada acorde a lo establecido por la sentencia C - 253 de 2009”*.

Igualmente, insistió en que las autoridades policivas, durante la aplicación del decreto 1844, *“deben observar los límites que la Corte Constitucional fijó y que le dan alcance en su ejecutoriedad a la luz del artículo 91 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo relativo a la ejecutoriedad de los actos administrativos”*.

Para arribar a tal conclusión, y de conformidad con la fijación del litigio, advirtió que los cargos formulados por el demandante tienen como eje central, determinar ¿sí el Gobierno Nacional se extralimitó al proferir el Decreto 1844 de 2018, vulnerando con ello el ordenamiento jurídico?

Con base en lo anterior, estudió los fundamentos y antecedentes del Decreto 1844 de 2018, a través del cual se adiciona al Decreto 1070 de 2015 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 observó que la prohibición respecto del porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas se encuentra establecida en el Acto Legislativo 02 de 2009 por medio del cual se modificó el artículo 49 de la Constitución Nacional.

Además, señaló que la Corte Constitucional, en la sentencia C-491 del 28 de junio de 2012, sostuvo que la prohibición del porte y consumo de sustancia estupefaciente o sicotrópica no conduce a la criminalización de la dosis personal,

comoquiera que no comporta una finalidad represiva frente a quien tenga la condición de adicto.

Respecto a la afirmación de la parte actora correspondiente a la creación de un tipo sancionatorio administrativo, una sanción y un procedimiento administrativo, consideró que los procedimientos sobre los cuales recae el presente estudio de legalidad tienen una regulación expresa dentro de la Ley 1801 del 29 de julio de 2016, por la cual se expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia. Concretamente, *“el título III de la Ley 1801 de 2016, en el capítulo I, en el artículo 214, establece el Proceso único de Policía, cuyo ámbito de aplicación refiere a las actuaciones adelantadas por las autoridades de Policía, en ejercicio de su función y actividad. Posteriormente, la Ley 1801 de 2016, en el título III, en el capítulo II, estableció el trámite del proceso verbal inmediato, en el artículo 222; así mismo el título III, capítulo III, señaló el trámite del proceso verbal abreviado, desarrollado en el artículo 223”*.

En virtud de lo anterior, afirmó que el Decreto 1844 de 2018 no extralimita la competencia del Gobierno Nacional de reglamentar las prohibiciones de manera acorde con los procedimientos establecidos en el Código Nacional de Policía y Convivencia establecido en la Ley 1801 de 2016, ya que en el presente caso la facultad del Gobierno Nacional de ejercer la potestad reglamentaria deviene del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Concluyó que *“el Decreto 1844 de 2018 no vulneró los artículos los artículos 1°, 2°, 6°, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 49 y 150, 189 numerales 4° y 11 de la Constitución Política, el Acto Legislativo 2 de 2009, el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, así como los artículos 2°, 33, 38, 39, 59, 92, 140, 146, 159, 164, 192, 201 y 222 de la Ley 1801 de 2016”*, dado que lo dispuesto en dichas normas y en las sentencias de la Corte Constitucional C-491 de 2012 y C-253 de 2019, le sirven de fundamento.

Ahora bien, luego de aludir a los efectos derivados de la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, el Agente del Ministerio Público encontró que la declaratoria de inexequibilidad de la expresión "psicoactivas", contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2) y 140 (numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016), conlleva a que el porte y tenencia de las sustancias descritas en el artículo 1° del Decreto 1844 de 2018, *“solo pueden entenderse ajustadas al*

ordenamiento si se aplican en concordancia con conductas o comportamientos descritos en el Código Nacional de Policía”.

Finalmente, recordó que, según lo analizado por la Corte Constitucional, existe un derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad que contempla la tenencia, porte y consumo de dosis personales de sustancias psicoactivas en el espacio íntimo de la vida de toda persona, cuyos límites deben ser razonables y proporcionados.

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

VII.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política, así como de lo ordenado en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019⁵⁰, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

VII.2. Acto administrativo acusado

El acto acusado es el **Decreto 1844 de 1 de octubre de 2018**, *“Por medio del cual se adiciona el capítulo 9º del título 8º de la parte 2ª del libro 2º 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”*, acto administrativo suscrito por el Presidente de la República, por la Ministra del Interior, por la Ministra de Justicia y del Derecho y por el Ministro de Defensa Nacional, cuyo tenor literal es el siguiente:

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En uso de sus facultades constitucionales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2009, y en desarrollo de Ley 1801 de 2016, y

CONSIDERANDO:

⁵⁰ Reglamento Interno del Consejo de Estado.

Que el Acto Legislativo 02 del 21 de diciembre de 2009 modificó el artículo 49 de la Constitución Política, y estableció que "(...) el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica."

Que en sentencia C - 491 del 28 de junio de 2012, la Corte Constitucional, al decidir una demanda de constitucionalidad contra el artículo 11 (parcial) de la Ley 1453 de 2011, sostuvo que "(...) la prohibición que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2009 en el artículo 49 de la Constitución en cuanto al porte y consumo de sustancia estupefaciente o sicotrópica, no conduce a la criminalización de la dosis personal, comoquiera que no comporta una finalidad represiva frente a quien tenga la condición de adicto (...)".

Que por medio de la Ley 1801 del 29 de julio de 2016 se expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia, con el objetivo de establecer condiciones para la convivencia en el territorio nacional, propender por el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, así como determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía.

Que el artículo 2 del Código Nacional de Policía y Convivencia está orientado, entre otros aspectos, a (i) propiciar en la comunidad comportamientos que favorezcan la convivencia en el espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público; (ii) definir comportamientos, medidas, medios y procedimientos de Policía; y (iii) establecer un procedimiento respetuoso del debido proceso, idóneo, inmediato, expedito y eficaz para la atención oportuna de los comportamientos relacionados con la convivencia en el territorio nacional.

Que el artículo 33 del Código Nacional de Policía y Convivencia establece comportamientos orientados a preservar la tranquilidad y las relaciones respetuosas de las personas, y proscribe el consumo de sustancias alcohólicas, psicoactivas o prohibidas, no autorizadas para su consumo.

Que para prevenir comportamientos que afectan la convivencia en los establecimientos educativos, el Código Nacional de Policía y Convivencia, en el numeral 1 de su artículo 34, prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas, drogas o sustancias prohibidas, dentro de la institución o centro educativo.

Que el numeral 1 del artículo 38 del Código Nacional de Policía y Convivencia señala como comportamientos que afectan la integridad de los niños, niñas y adolescentes "permitir, auspiciar, tolerar, inducir o constreñir el ingreso de los niños, niñas y adolescentes a los lugares donde: (...) e) Se realicen actividades de diversión destinadas al consumo de bebidas alcohólicas y consumo de cigarrillo, tabaco y sus derivados y sustancias psicoactivas."

Que en los numerales 5 y 6 del artículo 38 del Código Nacional de Policía y Convivencia, también se encuentra prohibido "(...) 5. facilitar, distribuir, ofrecer, comercializar, prestar (...) b) Bebidas alcohólicas,

cigarrillo, tabaco y sus derivados, sustancias psicoactivas o cualquier sustancia que afecte su salud", así como también "(...) 6. Inducir a niños, niñas o adolescentes a: a) Consumir bebidas alcohólicas, cigarrillo, tabaco y sus derivados, sustancias psicoactivas o cualquier sustancia que afecte su salud. (...)".

Que el numeral 1 del artículo 39 del Código Nacional de Policía y Convivencia prohíbe a los niños, niñas y adolescentes "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."

Que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 33 que los "Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, 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".

Que según dispone el numeral 9 del artículo 59 del Código Nacional de Policía y Convivencia, y para prevenir comportamientos que ponen en riesgo la vida e integridad de las personas en las actividades que involucran aglomeraciones de público no complejas, se prohíbe que, al desplazarse a un acto o evento, o durante el desarrollo del mismo, en el recinto o en sus alrededores, se porten, consuman, o se esté bajo los efectos de sustancias psicoactivas, alcohólicas o sustancias combinadas química o físicamente, que produzcan estados irregulares en el cuerpo humano y estén prohibidas por las normas vigentes.

Que al tenor de lo dispuesto en los numerales 8 y 9 del artículo 92 y el numeral 10 del artículo 93 del Código Nacional de Policía y Convivencia, y con el fin de prevenir comportamientos relacionados con la seguridad y tranquilidad que afectan la actividad económica, está prohibido (i) almacenar, elaborar, poseer, tener, facilitar, entregar, distribuir o comercializar, bienes ilícitos, drogas o sustancias prohibidas, así como (ii) permitir o facilitar el consumo de las estas.

Que según lo establecido en los numerales 7 y 8 del artículo 140 del Código Nacional de Policía y Convivencia, no está permitido (i) consumir bebidas alcohólicas, sustancias psicoactivas o prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente; ni (ii) portar sustancias prohibidas en el espacio público.

Que de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 146 del Código Nacional de Policía y Convivencia, es contrario a la convivencia en los sistemas de transporte público colectivo e individual de pasajeros consumir alimentos, bebidas o derivados del tabaco o sustancias cuando estén prohibidas.

Que el numeral 4 del artículo 159 del Código Nacional de Policía y Convivencia prevé que el personal uniformado de la Policía Nacional podrá registrar las personas y los bienes que posee para establecer que la persona no lleve drogas o sustancias prohibidas.

Que el inciso 4 del artículo 3 del Código Nacional de Policía y Convivencia establece el principio según el cual las autoridades de Policía deben sujetar sus actuaciones al procedimiento Único de Policía, sin perjuicio de las competencias que les asisten en procedimientos regulados por leyes especiales.

Que el artículo 164 del Código Nacional de Policía y Convivencia señala que la Policía Nacional establecerá el procedimiento para la incautación por parte del personal uniformado de bienes muebles cuya tenencia, venta, oferta, suministro, distribución, transporte, almacenamiento, importación, exportación, porte, conservación, elaboración o utilización constituya comportamiento contrario a la convivencia y a la Ley.

Que el artículo 192 del Código Nacional de Policía y Convivencia prevé, por motivos de interés general, la medida correctiva de destrucción del bien mueble cuando implique un riesgo o amenaza a la convivencia o al ambiente, o sea utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros, indicando que la aplicación de esta medida se documentará y después de la destrucción se informará a las autoridades competentes.

Que, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 del Código Nacional de Policía y Convivencia, son atribuciones del personal uniformado de la Policía Nacional conocer los comportamientos contrarios a la convivencia, y, en observancia del Procedimiento Único de Policía de que trata el capítulo I del título III del mencionado Estatuto, imponer la medida correctiva de destrucción del bien, cuando se encuentren reunidas las condiciones para ello, sin perjuicio de las demás medidas establecidas en el Código Nacional de Policía y Convivencia.

Que el artículo 222 del Código Nacional de Policía y Convivencia señala el Procedimiento Verbal Inmediato, de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional, los comandantes de estación o subestación de Policía, y los comandantes del Centro de Atención Inmediata de Policía, el cual se aplicará a lo dispuesto en el capítulo que por medio del presente Decreto se incorpora en el Decreto 1070 de 2015.

Que las normas objeto del presente Decreto contienen medidas de naturaleza administrativa orientadas a propiciar en la comunidad comportamientos que favorezcan la convivencia en el espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público.

Que, en consideración a lo anterior, se hace necesario reglamentar el porte y tenencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Adiciónese el capítulo 9º del título 8º de la parte 2 del libro 2º del Decreto 1070 de 2015, "Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa", el cual quedará así:

CAPÍTULO IX

Comportamientos contrarios a la convivencia relacionados con el porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas

ARTÍCULO 2.2.8.9.1. Verificación de la infracción. En el marco del Proceso Único de Policía, cuando la autoridad advierta la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas, 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 la 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, se aplicará 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".

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente capítulo se aplicará únicamente a las presuntas infracciones derivadas del porte y tenencia de las cantidades de dichas sustancias que las normas vigentes determinan como dosis personal.

El porte y tenencia de cantidades que excedan la dosis personal será judicializado de conformidad con la normatividad vigente.

ARTÍCULO 2.2.8.9.2. Descargos. En los casos previstos en el artículo anterior, la autoridad competente procederá a oír en descargos al presunto infractor.

ARTÍCULO 2.2.8.9.3. Consecuencia de la infracción. En el evento en que el presunto infractor, una vez surtido el trámite del proceso verbal inmediato de que trata el 222 del Código Nacional de Policía y Convivencia, sea encontrado como responsable de un comportamiento contrario a la convivencia relacionado con el porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, procederá a imponer, en todo caso, la medida correctiva de destrucción del bien, sin perjuicio de las demás a las que hubiere lugar.

ARTÍCULO 2.2.8.9.4. Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien. Para la aplicación del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción de las sustancias de que trata el artículo 2.2.8.9.1 del presente Decreto, el personal uniformado se sujetará al protocolo establecido en los apartes 3.9 y 4. 7 de la Guía de Actuaciones de

competencia del personal uniformado de la Policía Nacional, frente al Código Nacional de Policía y Convivencia, identificada con el No.1 CS-GU-0005, expedida el 27 de junio de 2018 por la Dirección General de la Policía Nacional, o el acto administrativo que lo modifique.

ARTÍCULO 2. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia a partir de su publicación”.

VII.3. Fijación del litigio y problema jurídico a resolver

En la audiencia inicial celebrada el día 4 de octubre de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 180 del CPACA, se fijó el litigio en los siguientes términos:

“El objeto del presente litigio, de acuerdo con la demanda y la contestación de la misma, especialmente con el concepto de violación y la respuesta del mismo se hace, consiste en determinar si el **GOBIERNO NACIONAL** con ocasión de la expedición del **Decreto 1844 de 1º de octubre 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”, llegó a quebrantar los artículos 1º, 2º, 6º, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 49 y 150, 189 numerales 4º y 11 de la Constitución Política, el Acto Legislativo 02 de 2009, el literal j) del artículo 2º de la ley 30 de 1986, así como los artículos 2º, 33, 38, 39, 59, 92, 140, 146, 159, 164, 192, 201 y 222 de la Ley 1801 de 2016, (i) al poner en riesgo la vida, honra, bienes y derechos de los consumidores de sustancias prohibidas; (ii) al desconocer la autonomía de las personas haciendo nugatorio el derecho a la libre desarrollo de la personalidad; (iii) al desconocer el principio de legalidad, reserva de ley y tipicidad respecto de las medidas sancionatorias a los consumidores de sustancias en la cantidad denominada dosis mínima; (iv) al extralimitarse en el ejercicio de la competencia tipificando una conducta que está permitida y no puede ser objeto de sanción alguna; (v) al no estar dirigida la medida a fines preventivos y rehabilitadores; (vi) al trasladar la competencia a la Policía Nacional respecto del tratamiento médico y psicológico de las personas con adicción a sustancias no autorizadas y; (vii) al trasgredir los deberes de las autoridades de Policía.

Concretamente, la señora **LUVY KATHERINE MIRADA PEÑA**, formuló como cargo de violación el atinente al desconocimiento de las normas en que debía fundarse el acto acusado, para lo cual señaló lo siguiente:

1. Violación del artículo 1º de la Constitución Política, en tanto que no se le otorga un trato digno y acorde a la condición de todos los consumidores de sustancias psicoactivas, además que “la garantía constitucional se pone en riesgo al facultar a la Policía

Nacional realizar labores frente a las cuales no se encuentran capacitados", poniendo en peligro su integridad física y psicológica.

2. Violación del artículo 2° de la Constitución Política, en la medida en que se pone en riesgo la protección de la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los consumidores de sustancias prohibidas, al determinar y trasladar la responsabilidad de la política de consumo de drogas a la Policía Nacional.
3. Violación del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que no se designa una institución idónea para la garantía de los derechos constitucionales de una población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, poniendo en riesgo de abusos o maltrato a los consumidores prohibidos por el acto administrativo.
4. Violación del artículo 49 de la Constitución Política, por cuanto las medidas sancionatorias no apuntan a los fines preventivos y rehabilitadores que deben contener las disposiciones sobre el consumo de sustancias prohibidas, ni se establecen medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para este grupo poblacional vulnerable, desconociendo el cuidado integral de la salud de las personas y de la comunidad.

Por su parte, el señor **ANDRÉS FELIPE YEPES GUZMÁN** formuló como cargos de violación los atinentes al desconocimiento de las normas en que debía fundarse el acto acusado, falta de competencia y falsa motivación, para lo cual señaló lo siguiente:

1. Desconocimiento de las normas superiores en que debía fundarse el acto acusado:
 - 1.1. Violación de los artículos 1°, 2°, 12, 15 y 16 de la Constitución Política, en tanto al tipificar y sancionar con incautación y destrucción de la dosis personal y judicializar el aprovisionamiento, se está afectando la autonomía de las personas haciendo nugatorio el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al estar "diseñando su plan de vida y asumir las consecuencias de sus actos".
 - 1.2. Violación de los artículos 6°, 28, 29 y 150 de la Constitución Política, así como de la Ley 1801 de 2016, en la medida en que se desconoció el principio de legalidad, reserva de ley y tipicidad en materia sancionatoria administrativa, por cuanto el legislador es el único que puede establecer tipologías y sanciones administrativas para los particulares frente a las conductas que éste considera reprochables.
 - 1.3. Violación del artículo 49 de la Constitución Política, en tanto que las medidas sancionadas no apuntan a 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.

- 1.4. Violación de la Ley 1801 de 2016, por cuanto en dicha disposición se establecen tipos, sanciones y procedimientos encaminados a prevenir, establecer y sancionar comportamientos como el consumo de sustancias psicoactivas en lugares públicos, especialmente la confiscación de un bien mueble cuya tenencia es legítima.
- 1.5. Violación del literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 y de lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, por cuanto el ejecutivo se extralimita en el ejercicio de su competencia tipificando una conducta que está permitida y no puede ser objeto de sanción alguna.
2. Falta de competencia. Se predica violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, en la medida en que el Gobierno Nacional carece de competencia para establecer vía decreto reglamentario la creación de una infracción administrativa, su sanción, así como el procedimiento aplicable.
3. Falsa motivación. Se afirma que el acto acusado se fundamenta en disposiciones constitucionales y legales con un alcance interpretativo que no tiene, al confundir el consumo directo de los estupefacientes en espacios públicos con el mero porte y tenencia de los mismos para el consumo propio, por lo que se desconoció lo consagrado en el Acto Legislativo 02 de 2009; en el artículo 49 de la Constitución Política; en el literal j) el artículo 2º de la Ley 30 de 1986, así como en los artículos 2º, 33, 38, 39, 59, 92, 93, 140, 146, 159, 164, 192, 201 y 222 de la Ley 1801 de 2016

El Despacho pone de presente que, como bien se consideró en el auto admisorio de la demanda de fecha 11 de octubre de 2018, para analizar la controversia se deben tener en cuenta otros preceptos tanto Constitucionales como legales, tales como el artículo 34 y 189 numeral 11 de la Carta Superior, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991; el numeral 10º del artículo 249 de y las disposiciones contenidas en la Ley 1801 de 2016 "Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia", especialmente los artículos 10º, 33, 140 numerales 7º y 8º, 210 y 222 de esta última.

Cabe resaltar que de la lectura de la contestación de la demanda se observa que la parte demandada cita en la respuesta al concepto de violación los artículos 2º, 44 y 189 numeral 4º de la Constitución Política en relación con los fines esenciales del estado, los derechos de los niños y la facultad del Presidente de la República de conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere

turbado; el Acto Legislativo 02 de 2009 "Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política"; el numeral 10° del artículo 249 del Código Nacional de Policía y Convivencia; así como las sentencias de la Corte Constitucional C - 221 de 5 de mayo de 1994, C-491 de 2012, C-802 del 2 de octubre de 2002, T-260 de 29 de marzo de 2012 y del Consejo de Estado de 13 de febrero de 2014, Rad.: 2012 - 00122.

Igualmente, el Despacho pone de presente que la Corte Constitucional profirió la sentencia C-253 de 2019, Magistrada Ponente: doctora Diana Fajardo Rivera, a través de la cual se dispuso: **Primero.-** Declarar INEXEQUIBLES 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 **Segundo.-** Declarar INEXEQUIBLES 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).

En este sentido, el Despacho considera que las anteriores disposiciones y decisiones judiciales deben ser parte de la fijación del litigio y, por ende, serán objeto de pronunciamiento por la Sala de Decisión de la Sección Primera al momento de proferir sentencia de fondo.

Finalmente, el Despacho advierte que los señores i) Soraya Gutiérrez Argüello, Jomary Ortigón Osorio y José Jans Carretero Pardo, miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" (CAJAR); ii) Alejandro Lanz Sánchez, Silvia Catalina Quintero Torres, Sebastián Lanz Sánchez; miembros de la organización Temblores ONG y; iii) Carlos Perdomo Guerrero y Natalia Andrea Herrera Gálvez, ciudadanos, todos ellos COADYUVANTES de la parte ACTORA, en el escrito presentado formularon nuevos cargos de violación a saber:

1. Violación del artículo 4° de la Constitución Política, en tanto se desconoció el principio de supremacía constitucional.
2. Violación de derechos fundamentales, tales como: a la dignidad humana (artículo 1°), el derecho a la intimidad (artículo 15), el derecho al debido proceso y presunción de inocencia (artículo 29), el principio de presunción de buena fe (artículo 83).
3. Violación del artículo 116 de la Constitución Política, en tanto se desconoció la Independencia judicial y el precedente sobre la ausencia de responsabilidad penal en los casos de porte de cantidades ligeramente superiores a lo dosis mínima y a la dosis de aprovisionamiento.

Al respecto, el Despacho dispone que los mismos no se tendrán en cuenta para la fijación del litigio por cuanto (i) se trata de cargos nuevos que no fueron objeto de debate y contradicción, desconociendo con ello el artículo 29 de la Constitución Política; (ii) la intervención de los mismos se realizó dentro del término para contestar la demanda, estos es, notificado el auto admisorio de la demanda y vencido el plazo para la reforma de la misma; y (iii) de

conformidad con el artículo 223 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA "El coadyuvante podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con los de esta".

En cuanto a la violación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 49 (derecho a la salud), a la falsa motivación del acto acusado, así como el cargo relacionado con la falta de competencia formulados por los coadyuvantes, el Despacho dispone remitirse a lo expuesto en las demandas acumuladas."

En tal orden de ideas y dada la complejidad del presente debate judicial, antes de resolver el caso concreto, la Sala considera necesario: i) abordar el concepto de orden público a partir de los elementos relacionados con la convivencia, el espacio público, el respeto, la tranquilidad y la seguridad; ii) referirse a la primacía de los derechos de la niñez; iii) entender la evolución de la política pública de lucha contra las drogas ilícitas, previo estudio y análisis específico de la literatura existente sobre la materia⁵¹; y, iv) profundizar en la estrategia ilegal de comercialización de psicotrópicos denominada narcomenudeo. Para, con base en ello, resolver los cargos planteados en las demandas acumuladas.

⁵¹ Este acápite compila el marco histórico-normativo contenido en: i) el estudio denominado "Lineamientos Política Nacional de Drogas", elaborado por la Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas del Ministerio de Justicia, en diciembre de 2017, que puede ser consultado en: http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/pnacional/PN031152017_lineamientos_politica_nacional_drogas_2017.pdf; ii) en el informe de mayo de 2015 denominado "lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia", elaborado por la Comisión Asesora para la Política de Drogas que puede ser consultado en: http://www.odc.gov.co/Portals/1/comisionasesora/docs/informe_final_comision_asesora_politica_drogascolombia.pdf; iii) en el informe de "Evaluación sobre Políticas de Drogas" de 2019, presentado por Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA, el cual reposa en: http://www.cicad.oas.org/mem/reports/7/Full_Eval/Colombia-7thRd-ESP.pdf; iv) en el "informe de organizaciones de la sociedad civil en materia de política de drogas" de septiembre de 2017, del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; v) en la investigación "Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos", compilado por Alejandro Gaviria Uribe y Daniel Mejía Londoño y editado por la Universidad de los Andes; vi) en la investigación "Distribución de drogas ilegales y su consumo en Colombia, ¿Cuál es el problema y qué hacer para enfrentarlo?", elaborada por la Fundación Ideas para la Paz, en agosto de 2019, que puede ser consultado en: http://ideaspaz.org/media/website/FIP_NE_DistribucionDrogas_Final.pdf; vi) en el documento "Posibles implicaciones de la legalización del consumo, producción y comercialización de las drogas en Colombia (Versión para discusión)", de la Dirección de Estudios Económicos de Departamento Nacional de Planeación, elaborado por Andrés Vergara Ballen, Yilberto Lahuerta Percipiano y Sandra Patricia Correa, publicado el 15 de septiembre de 2003, que se puede consultar en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/234.pdf>; vii) en el documento denominado "DROGAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS ¿Legalización o prohibición?", elaborado por Alfonso Aza Jácome y editado por la Universidad de la Sabana en el 2017; y viii) en el estudio denominado "Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia", elaborado por Rodrigo Uprimmy Yepea, Sergio Chaparro Hernández y Luis Felipe Cruz Olivera, editado por DEJUSTICIA, en julio de 2017.

VII.3.1. La preservación del orden público como fin esencial del Estado Social de Derecho

Conforme a los artículos 2°, 22 y 82 de la Constitución Política, el mantenimiento del **orden público**, entendido como *“las condiciones necesarias para el desarrollo normal de la vida en sociedad”*⁵², constituye un eje principal de nuestro Estado Social de Derecho, a partir del cual se articulan los componentes de convivencia, tranquilidad, seguridad, integridad del espacio público y respeto de los derechos ajenos.

Al respecto, Juan Carlos Montalvo Abiol, en su artículo denominado *“concepto de orden público en las democracias contemporáneas”*, define el orden público como un mecanismo jurídico al servicio de la garantía de los derechos y libertades, suministrándoles tutela y protección⁵³.

Justamente, en la sentencia C-225 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional sostuvo que tal postulado hace referencia a *“las condiciones de seguridad, tranquilidad y de sanidad medioambiental, necesarias para la convivencia y la vigencia de los derechos constitucionales, al amparo del principio de dignidad humana”*.

Nótese cómo la seguridad es un servicio público primario cuya prestación está a cargo de la fuerza pública⁵⁴, organismo integrado por la Policía Nacional; institución creada con el objeto de mantener *“las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”* (artículo 218 constitucional). Tal convivencia trae implícita la imposición de límites a las libertades individuales para el desarrollo de relaciones interpersonales armónicas y tranquilas, basadas en el respeto de las prerrogativas ajenas.

Precisamente, el respeto, como valor y principio, en su acepción más simple⁵⁵ permite la armonía de nuestra estructura socio-cultural diversa, fomenta el

⁵² Rodríguez R., Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá: Temis S.A., 2011.

⁵³ Al respecto, se puede consultar: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6009/6464>

⁵⁴ Ver sentencias C-128 de 2018, C-123 de 2011, C-199 de 2001 y C-572 de 1997.

⁵⁵ De conformidad con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española refiere a la “veneración, acatamiento que se hace a alguien” o al “miramiento, consideración, deferencia”.

reconocimiento de la dignidad del otro y la tolerancia de los comportamientos ajenos, bajo los límites que impone la Constitución, la Ley y el interés general.

Tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional, *“la vida en comunidad conlleva forzosamente el cumplimiento de una serie de **deberes recíprocos** por parte de los asociados, el primero de los cuales es el de **respetar los derechos de los demás**. De ello se desprende la consecuencia lógica de que el hombre en sociedad no es titular de derechos absolutos, ni puede ejercer su derecho a la libertad de manera absoluta; los derechos y libertades individuales deben ser ejercidos dentro de los parámetros de respeto al orden jurídico existente y a los valores esenciales para la vida comunitaria como son el orden, la convivencia pacífica, la salubridad pública, la moral social, bienes todos estos protegidos en nuestro ordenamiento constitucional”*⁵⁶

Para garantizar este trato especial hacia el individuo y con el fin de mantener las condiciones necesarias para la convivencia en el territorio nacional, se expidió el actualmente denominado **Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana** (artículo 6º de la Ley 2000 de 2019), antes llamado Código Nacional de Policía y Convivencia, con el propósito de: *“1. Propiciar en la comunidad comportamientos que favorezcan la convivencia en el espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público; 2. Promover el respeto, el ejercicio responsable de la libertad, la dignidad, los deberes y los derechos correlativos de la personalidad humana; y 3. Promover el uso de mecanismos alternativos, o comunitarios, para la conciliación y solución pacífica de desacuerdos entre particulares”*.

El mismo código, en su artículo 6º, divide las categorías de convivencia en: **seguridad, tranquilidad, ambiente y salud pública**. Además, señala la siguiente conceptualización:

“1. Seguridad: Garantizar la protección de los derechos y libertades constitucionales y legales de las personas en el territorio nacional.

2. Tranquilidad: Lograr que las personas ejerzan sus derechos y libertades, sin abusar de los mismos, y con plena observancia de los derechos ajenos.

3. Ambiente: Favorecer la protección de los recursos naturales, el patrimonio ecológico, el goce y la relación sostenible con el ambiente.

⁵⁶ Ver sentencias las sentencias C-435/13, SU-479 de 1997 y C-371 de 2002.

4. Salud Pública: Es la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud como un derecho esencial, individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de bienestar y calidad de vida”.

Su artículo 7º, al precisar los fines de las normas de convivencia social, indica los siguientes: “1. Que el ejercicio de los derechos y libertades sean garantizados y respetados en el marco de la constitución y la ley. 2. El cumplimiento de los deberes contenidos en la Constitución, la ley y las normas que regulan la convivencia. 3. El respeto por las diferencias y la aceptación de ellas. 4. La resolución pacífica de los desacuerdos que afecten la convivencia. 5. La convergencia de los intereses personales y generales para promover un desarrollo armónico. 6. Prevalencia de los valores sociales de solidaridad, tolerancia, responsabilidad, honradez, respeto, bondad, libertad, justicia, igualdad, fraternidad, lealtad, prudencia y paz”.

De manera que, para efectos de mantener y conservar el orden público, las competencias entre las diferentes autoridades del Estado se han distribuido a través de los conceptos de *poder, función y actividad de Policía*, conforme a lo dispuesto en los artículos 11⁵⁷, 16⁵⁸ y 20⁵⁹ del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

Respecto del concepto de **poder de policía**, la Corte Constitucional, en la sentencia C-825 de 2004⁶⁰, explicó que este hace alusión a:

“la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal, con fines de convivencia social, en ámbitos ordinarios y dentro de los términos de la salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen. Esta facultad que permite limitar en general el ámbito de las libertades públicas en su relación con estos términos, generalmente se encuentra en cabeza del

⁵⁷ “la facultad de expedir las normas en materia de Policía, que son de carácter general, impersonal y abstracto, ejercido por el Congreso de la República para regular el ejercicio de la libertad, los derechos y los deberes constitucionales, para la convivencia y establecer los medios y las medidas correctivas en caso de su incumplimiento.”

⁵⁸ “la facultad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de Policía, mediante la expedición de reglamentos generales y de acciones apropiadas para garantizar la convivencia. Esta función se cumple por medio de órdenes de Policía.”

⁵⁹ “el ejercicio de materialización de los medios y medidas correctivas, de acuerdo con las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas a los uniformados de la Policía Nacional, para concretar y hacer cumplir las decisiones dictadas en ejercicio del poder y la función de Policía, a las cuales está subordinada. La actividad de Policía es una labor estrictamente material y no jurídica, y su finalidad es la de preservar la convivencia y restablecer todos los comportamientos que la alteren”

⁶⁰ Magistrado Ponente (e): Rodrigo Uprimny Yepes

Congreso, quien debe ejercerla obviamente dentro de los límites de la Constitución. Excepcionalmente, también en los términos de la Carta, ciertas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de policía subsidiario o residual...”

En cuanto a la **función de policía**, la jurisprudencia constitucional ha indicado que tal atribución supone el ejercicio concreto de las competencias derivadas del poder de policía y la define como:

“la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro del marco impuesto por éste, ya que la función de policía se encuentra supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por el poder de policía a las autoridades administrativas de policía. Dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad. Su ejercicio compete al Presidente de la República, a nivel nacional, según el artículo 189-4 de la Carta, y en las entidades territoriales a los gobernadores y a los alcaldes, quienes ejercen la función de policía (arts. 303 y 315-2 C.P.), dentro del marco constitucional, legal y reglamentario.”⁶¹

Finalmente, en relación con la **actividad de policía**, en la sentencia en comento se indicó que esta guarda relación con:

“los oficiales, suboficiales y agentes de policía quienes no expiden actos, sino que actúan, no deciden, sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor al hacer cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía. Es una actividad estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía.”⁶²

En lo atinente a este último aspecto, el alto Tribunal constitucional también precisó que los límites de la actividad de policía consisten en: “(1) *respetar el principio de legalidad*; (2) *asegurar el orden público sin interferir con el ámbito privado de los ciudadanos*; (3) *tomar las medidas necesarias y eficaces para cumplir con su tarea y utilizar la fuerza únicamente cuando sea indispensable, de acuerdo con el artículo 3º del “Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución*

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibíd.*

169/34 del 17 de diciembre de 1979; (4) adoptar medidas proporcionales y razonables en relación con las circunstancias y el fin perseguido; (5) el poder de policía es inversamente proporcional con el valor constitucional de las libertades afectadas; (6) debe ejercerse para preservar el orden público en beneficio de las libertades y derechos ciudadanos y no puede traducirse en una limitación absoluta de los mismos; (7) no puede llevar a discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la sociedad; (8) la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos”⁶³.

De modo que nuestro ordenamiento jurídico propende por el mantenimiento del orden público desde los componentes de convivencia, tranquilidad, seguridad, integridad del espacio público y respeto de los derechos ajenos; e, igualmente, garantiza el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas⁶⁴, dado que estas “constituyen uno de los patrimonios más importantes de los asociados en los Estados democráticos”.

VII.3.2. La prelación de los derechos de la infancia

De conformidad el artículo 44 de la Carta Política, corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado, la protección de los derechos de los niños, los cuales son prevalentes respecto de los derechos de las demás personas, en los siguientes términos:

*“[...] **ARTICULO 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás [...].”

⁶³ Ver la sentencia C-435/13

⁶⁴ Sentencia C-813 de 2014.

Con el fin de comprender el alcance de este principio, los artículos 8° y 9° del Código de la Infancia y la Adolescencia, explican que recae en la sociedad, en su conjunto, la obligación de garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de este grupo poblacional, los cuales se caracterizan por ser universales, prevalentes e interdependientes. Esto implica que en todo acto, decisión o medida administrativa o judicial que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán sus derechos y se dará aplicación a la norma más favorable⁶⁵.

En el orden internacional⁶⁶ también existen una serie de instrumentos normativos que convocan a los Estados adherentes a otorgar especial protección a la niñez, entre los cuales se resaltan la **Convención sobre los Derechos del Niño**⁶⁷, la **Convención Interamericana de Derechos Humanos** y el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**⁶⁸.

Además, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la protección de los menores de edad no es *“tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor”*⁶⁹ y, en tal virtud, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad⁷⁰.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López. Radicado núm.: 11001032400020120006800.

⁶⁶ Sobre este aspecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia proferida el 19 de julio de 2018, proceso identificado con número único de radicación 270012331000201100179-02(AP), C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

⁶⁷ En su numeral 1° del artículo 3° establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, determina que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

⁶⁸ En su artículo 24-1 dispuso que *“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*.

⁶⁹ Sentencia C-507 de 2004.

⁷⁰ *“Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para*

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es un principio que debe materializarse al momento de tomar decisiones públicas que puedan afectar a este grupo poblacional, escogiendo la alternativa que les sea más conveniente.

VII.3.3. Los elementos normativos que sirven de pilar de la política de lucha contra las drogas ilícitas

La política pública de lucha contra el narcotráfico en las últimas siete décadas ha transitado de un modelo prohibicionista, a una estrategia de control tripartita de carácter prohibitivo, preventivo y de recuperación. Estos cambios en la intervención de cada una de las etapas de la cadena del mercado de drogas ilegales (cultivo, producción, tráfico, comercialización y consumo) obedecen a la atención que se le ha dado a factores externos e internos, tales como: los compromisos multilaterales adquiridos por el Estado colombiano en materia de control transnacional de drogas, el proceso interno de aprendizaje respecto de la efectividad de las acciones públicas, los cambios de paradigma normativos y la corrección de los factores institucionales vulnerables⁷¹.

Ahora bien, desde la perspectiva del consumidor, la transformación del rol del Estado para el abordaje del problema de las drogas ilícitas se puede recopilar en cuatro periodos. El primero de ellos se identifica con una etapa punitiva en la que se criminalizó el acto de consumo, comprendida entre el año de 1938 hasta el año de 1994. Un segundo escenario caracterizado por la despenalización del uso de psicotrópicos debido al nuevo paradigma constitucional sobre libertades individuales, que inició en 1994. Un tercer periodo de fortalecimiento del

protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas (...). En sentencia T-717 de 2011: “(..) la Corte recordó que los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos”.

⁷¹ Al respecto, ver las páginas 2 a la 8 del estudio denominado “Lineamientos Política Nacional de Drogas”, elaborado por la Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas del Ministerio de Justicia, en diciembre 2017, que puede ser consultado en: http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/pnacional/PN031152017_lineamientos_politica_nacional_drogas_2017.pdf

componente preventivo desde el abordaje de la problemática de la drogadicción a través de la esfera de la salud pública y de la educación, cuyo resultado fue la promulgación del Acto Legislativo 2° de 2009. Y, finalmente, un último periodo de regulación extensa de las conductas asociadas al uso de psicotrópicos, cuyo contenido se encuentra en las normas del Código Nacional de Convivencia y Ciudadanía de 2016 y en las políticas públicas de salud y prevención de 2018 y de 2019.

En tal orden de ideas, la Sala estudiará, sumariamente, respecto de cada una de estas etapas: las acciones, las medidas regulatorias, las leyes, la jurisprudencia y las prioridades de control que se relacionan con la presente *litis*.

VII.3.3.1. La etapa punitiva de la política de lucha contra las drogas ilícitas desde la perspectiva del consumidor

La política criminal de lucha contra el narcotráfico, entre los años 40s y la década de los noventas⁷², se desarrolló atendiendo a la directriz de penalizar de manera “indiscriminada” todos los eslabones de la cadena mercantil, con base en un modelo punitivo inspirado en los compromisos adoptados por Colombia en las tres convenciones de la ONU sobre estupefacientes, a saber: la “*Convención Única de 1961 sobre estupefacientes*”⁷³, el “*Convenio sobre sustancias sicotrópicas*”⁷⁴ y la “*Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*”⁷⁵.

⁷² Para profundizar en el contexto histórico ver el estudio denominado “*Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia*”, elaborado por Rodrigo Uprimmy Yepea, Sergio Chaparro Hernández y Luis Felipe Cruz Olivera.

⁷³ La “Convención Única de 1961 sobre estupefacientes”, aprobada por el Estado Colombiano a través de la Ley 13 de 1974, es un acuerdo multilateral que surgió con el objetivo de adoptar medidas para fiscalizar la producción de las materias primas requeridas para las drogas, reducir el número de órganos internacionales encargados de tal actividad y promover su penalización a nivel global. Cabe resaltar que el literal a) del artículo 35 de la convención (reiterado en los tres estatutos) contempla el deber de los Estados firmantes de “*asegurar en el plano nacional una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito*”.

⁷⁴ Por su parte, el “Convenio sobre sustancias sicotrópicas”, suscrito en Viena el 21 de febrero de 1971 y aprobado en Colombia mediante la Ley 43 de 1980, fortalece las estrategias de penalización luego de advertir en su parte motiva “*los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias sicotrópicas*”.

⁷⁵ A su vez, el tercer instrumento celebrado en el año 1988, más conocido como la Convención de Viena, aprobado a través de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993, constituye la culminación del proceso transfronterizo de control del consumo y abuso de ciertas sustancias alteradoras de la conciencia definidas como estupefacientes o sustancias sicotrópicas y, en tal sentido, reproduce algunos mandatos de las convenciones de 1961 y 1971.

Dicha disposición pone de presente, en su preámbulo, que el consumo de drogas representa “*una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos*” que afecta “*las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad*”, “*particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la*

En un principio, el Código Penal de 1936 había tipificado exclusivamente las conductas asociadas al cultivo, al tráfico, a la elaboración y al comercio de estupefacientes⁷⁶; pero en los años 60s, el acto de consumo pasó a ser un asunto público objeto de regulación por los Decretos 1669 de 1964, 1118 de 1970, 522 de 1971 y 1188 de 1974 y, a finales de los años 80s, el Congreso de la República penalizó las actividades de consumo y de porte para uso propio, con sanciones que iban desde el arresto por 30 días hasta el internamiento en centros de rehabilitación⁷⁷.

Específicamente, el artículo 3° de la Ley 30 de 1986 dispuso que el cultivo, la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el **uso** y la **posesión** de estupefacientes estaría limitada a fines médicos y científicos, tipificando en los capítulos V y VI de ese estatuto, 16 delitos y 10 contravenciones que desglosaban las actividades prohibidas.

Varias de estas disposiciones utilizaron el concepto de dosis mínima previsto en el literal j) del artículo 2° de la norma *ejusdem*, para dosificar y diferenciar la gravedad de las conductas; sin embargo, los artículos 51⁷⁸ y 87⁷⁹ del Estatuto

distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable”.

⁷⁶ El Código Penal de 1936, en sus artículos 270 y 271, prohibió la elaboración, distribución, venta o suministro de sustancias narcóticas o su conservación para los mismos fines (modificado por la Ley 45 de 1946).

⁷⁷ Es menester aclarar que ciertas conductas ligadas al narcotráfico fueron prohibidas penalmente a través de Leyes 11 de 1920, 128 de 1928, 95 de 1936 y 45 de 1946.

⁷⁸ “ARTICULO 51. **El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones:**

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual;

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año u multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero, y

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto el cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificado por el médico tratante y por la respectiva seccional de medicina legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquélla.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente (...).”

⁷⁹ “ARTICULO 87. Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán

Nacional de Estupefacientes, se destacaron, entre los demás preceptos sancionatorios, por haber criminalizado el uso de estas sustancias.

Con la promulgación de la Carta Política de 1991, estas dos últimas prohibiciones fueron cuestionadas dada la necesidad de ponderar y articular las garantías en materia de libertades contempladas en los artículos 5⁸⁰, 12⁸¹, 13⁸², 15⁸³ y 16⁸⁴ superiores, con los deberes y fines del Estado Social de Derecho asociados al ejercicio integral de los derechos humanos, a la salud pública, al debido proceso, al cuidado especial de la niñez y la juventud y al uso común del espacio público (artículos 6⁸⁵, 28⁸⁶, 29⁸⁷, 44⁸⁸, 45⁸⁹, 49, 82⁹⁰ y 95⁹¹ *ibídem*).

De esta manera el constituyente de 1991 reconoció que esta problemática pública no debía afrontarse exclusivamente a partir de herramientas prohibitivas, sino que requería de una intervención preventiva dado que la decisión de consumir sustancias psicoactivas pertenecía a la esfera privada de la intimidad, emanaba del principio de libertad y solo podría ser susceptible de intromisión estatal en el

enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4o. y 5o. del decreto 1136 de 1.970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto”.

⁸⁰ “ARTÍCULO 5. 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”.

⁸¹ “ARTÍCULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

⁸² “ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

⁸³ “ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

⁸⁴ “ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

⁸⁵ “ARTÍCULO 6. 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”.

⁸⁶ “ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, 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”.

⁸⁷ “ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

⁸⁸ “ARTÍCULO 44. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁸⁹ “ARTÍCULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral”.

⁹⁰ “ARTÍCULO 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”.

⁹¹ “ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; (...)

evento en que el uso propio de los estupefacientes alterase los derechos de los demás o el orden jurídico.

VII.3.3.2. La despenalización del consumo y del porte para uso propio y su regulación a través del derecho policivo

En el año de 1994, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 2º, 51 y 87 del Estatuto Nacional de Estupefacientes por el presunto desconocimiento de los artículos 5º, 28, 29, 34, 49 y 95 de la Carta Política, la Corte Constitucional profirió la histórica sentencia C-221 de 1994, a través de la cual encontró que el modelo de penalización del consumo no se ajustaba a la potestad de autodeterminación individual reconocida en la Constitución Política.

El alto Tribunal advirtió que la Convención de Viena de 1988, suscrita por Colombia e incorporada en nuestra legislación a través de la Ley 67 de 1993, establecía una distinción entre el consumo y el narcotráfico, que permitía a los Estados signatarios penalizar o no el primero de estos asuntos (sentencia C-176 de 1994).

Por todo ello, la Corte declaró inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30, por tratarse de contravenciones que sancionaban el ejercicio de una actividad de resorte individual; pero también encontró ajustado a la Constitución Política el literal j) del artículo 2º del Estatuto Nacional de Estupefacientes⁹², luego de inferir que si bien el legislador no estaba facultado para sancionar penalmente al consumidor ni podía obligarle a tratar sus problemas de salud en contra de su voluntad, ello no le exoneraba de su deber de fijar los criterios fácticos sobre cómo ejercer dicha actividad en sociedad, **a través de normas policivas**. A esa conclusión arribó luego de efectuar las siguientes consideraciones:

*“Más allá de las disputas de escuelas acerca de la naturaleza del derecho, puede afirmarse con certeza que **lo que caracteriza a esa forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren. Mientras esto no ocurra, es la norma moral la que evalúa***

⁹² Dicha disposición que define como dosis para uso personal “la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo”, que no “tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”.

la conducta del sujeto actuante (incluyendo la conducta omisiva dentro de la categoría genérica de la acción). Por eso se dice, con toda propiedad, que mientras el derecho es *ad alterum*, la moral es *ab agenti* o, de otro modo, que mientras la norma jurídica es bilateral, la moral es unilateral. En lenguaje cotidiano, puede afirmarse que el precepto del derecho crea siempre una situación desventajosa correlativa a una situación ventajosa. (..)

Pero otra cosa sucede en el campo del derecho: **cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie.** Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar. [...] “(negrillas fuera de texto).

Para posteriormente sostener que:

“[...] En cuanto al literal j) del artículo 2º, también demandado, encuentra la Corte que se ajusta a la Norma Básica, pues constituye un ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita precisa de su competencia. **Porque determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables.**

En ese mismo orden de ideas **puede el legislador válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad**, desconocidos por las disposiciones que serán retiradas del ordenamiento, **regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo**, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco. **Es ésta, materia propia de las normas de policía.** Otro tanto cabe predicar de quienes tienen a su cargo la dirección de actividades de instituciones, públicas o privadas, quienes derivan de esa calidad la competencia de dictar reglamentos internos que posibiliten la convivencia ordenada, dentro de los ámbitos que les incumbe regir. Alude la Corte a los reglamentos laborales, disciplinarios, educativos, deportivos, etc.

Cabe reiterar, entonces, que no afecta este fallo las disposiciones de la ley 30 del 86, relativas al transporte, almacenamiento, producción, elaboración, distribución, venta y otras similares de estupefacientes, enunciadas en el mismo estatuto.

Finalmente, juzga la Corte conveniente observar que, conforme a la Convención de Viena de 1988, suscrita por Colombia y que, conjuntamente con la Ley 67 del 93, fue revisada por esta Corporación, (sent. C-176/94), dicho Instrumento Internacional establece la misma distinción mantenida en el presente fallo, entre consumo y narcotráfico, y que, con respecto al primero, deja en libertad de penalizarlo o no, a los Estados signatarios [...]”.

Entonces, la Corte fue clara al explicar que el acto de consumo de sustancias psicoactivas no permitía la imposición de medidas de privación de la libertad, aunque si era susceptible de regulación policiva. Lo anterior, por cuanto las libertades no son absolutas y los comportamientos que trascienden a la esfera pública (orden público, tranquilidad, seguridad y convivencia) deben ser reglados.

Con base en ello, el Presidente de la República expidió el Decreto 1108 de 1994, *"Por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas"*, a efectos de reglamentar los Códigos del Menor, Nacional de Policía, Sanitario, Penitenciario y Carcelario, Sustantivo del Trabajo y Nacional de Tránsito Terrestre respecto de las limitaciones al porte y al consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En esta misma etapa, a través del Decreto 127 de 2001, se creó el programa para el afrontamiento del consumo de drogas – RUMBOS, como una estrategia preventiva que posteriormente fue suprimida por el artículo 2 del Decreto 519 de 2003⁹³.

Además, el Congreso de la República expidió la Ley 745 de 2002, *"Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia"*, con el propósito de limitar el consumo, porte o almacenamiento de estupefacientes en zonas cercanas a menores de edad, a través de dos contravenciones cuyo conocimiento correspondería a los jueces penales o promiscuos municipales, quienes no están facultados para imponer pena de *"privación de la libertad del imputado, salvo en el supuesto de renuencia a pagar la multa dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia que la impusiere"* (artículo 5°).

⁹³ Al respecto ver la investigación "Distribución de drogas ilegales y su consumo en Colombia, ¿Cuál es el problema y qué hacer para enfrentarlo?"

VII.3.3.3. El enfoque prohibitivo, preventivo y rehabilitador de la política de lucha contra las drogas ilícitas desde la perspectiva del consumidor

En el año 2007, el Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con la Comisión Nacional de la Reducción de la Demanda de Drogas formuló la Política Nacional de Reducción del Consumo de Drogas⁹⁴. Dicho instrumento sirvió de lineamiento a la hora de evaluar los distintos intentos del Gobierno Nacional de elevar a rango constitucional la prohibición de consumo y de porte de SPA - efectuados entre el año 2003 hasta el año 2009⁹⁵-, que culminaron con la aprobación del Acto Legislativo 02 de 2009 que modificó el artículo 49 de la Carta Superior.

El texto aprobado del mencionado acto legislativo es del siguiente tenor:

Artículo 1°. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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 eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a

⁹⁴ Ibídem, página 25.

⁹⁵ Al respecto ver la sentencia C574 de 2011 que recopila los antecedentes históricos del acto legislativo

esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Respecto a la expresión subrayada, la Corte Constitucional se declara INHIBIDA mediante Sentencia C-574 de 2011

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

De conformidad con el componente **prohibicionista** de la nueva disposición constitucional, “el **porte** y el **consumo** de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está **prohibido**, salvo prescripción médica”. Aparte que se relaciona directamente con la obligación de procurar el cuidado integral de la salud de la comunidad⁹⁶, prevista en el inciso anterior del mismo artículo.

A su vez, la estrategia **previsoria** y de **recuperación** yace en el deber del legislador de: i) formular “con fines **preventivos y rehabilitadores**, tratamientos administrativos de orden **pedagógico, profiláctico o terapéutico** para las personas que **consuman dichas sustancias**”; ii) dedicar “especial atención **al enfermo dependiente o adicto y a su familia** para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad”; y iii) desarrollar “en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

Cabe resaltar que, según la exposición de motivos de la mencionada reforma constitucional, la modificación efectuada surgió con el propósito de prohibir el desarrollo del mercado ilícito de drogas desde una postura preventiva y

⁹⁶ Este mismo criterio reposa en la sentencia C-574 de 2011, providencia en la que se sostiene que: “En el inciso quinto del artículo 49 se dice que, “Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”. Este deber de cuidado integral de la salud de la persona y de su comunidad se relaciona con las dos últimas partes del artículo, es decir, con el inciso sexto que establece la prohibición de porte y consumo de estupefacientes o sicotrópicas, y con el inciso séptimo que dispone que, “...el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos”.

rehabilitadora, sin llegar a penalizar al consumidor de sustancias psicoactivas con medidas privativas de la libertad⁹⁷.

Dicha reforma se basó en los siguientes objetivos:

*“1. Prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Aprobado el Acto legislativo, **corresponderá al legislador desarrollar mecanismos y procedimientos que permitan distinguir entre el consumidor y el delincuente que trafica y distribuye las drogas ilícitas;***

*2. **Garantizar** la protección del derecho a la salud pública de la población amenazada por el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, considerando **el deber que toda persona tiene a procurar el cuidado integral de su salud y el de la comunidad;***

*3. Que el legislador establezca medidas con carácter **pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias**, pudiendo acompañar dichas medidas (sic) limitaciones temporales al derecho a la libertad, las cuales se harán efectivas en instituciones adaptadas para ello, **sin que dichas limitaciones impliquen por sí mismas penas de reclusión en establecimientos carcelarios;***

*4. Que el Estado desarrolle en forma permanente, **campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y en favor de la recuperación de los enfermos dependientes o adictos, y;***

5. Que el Estado dedique especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y por ende de la comunidad” (negrillas fuera de texto).

Ahora bien, en cuanto a la exégesis constitucional de aquella modificación y según lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-574 de 2011⁹⁸, los límites propuestos en materia de porte y uso de estupefacientes atienden a un ideal constitucional individual y colectivo, en cuyo marco el “*deber de cuidado integral de la salud de la persona y de su comunidad se relaciona con las dos últimas partes del artículo 49*”.

⁹⁷ Gaceta No. 161 del 25 de marzo de 2009, citada en la sentencia C-574 de 2011. Fundamento Jurídico 5.1.9.

⁹⁸ En dicha oportunidad la Corte Constitucional efectuó una interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal del precepto demandado, concluyendo que la prohibición de porte y consumo de SPA contenida en el inciso sexto del artículo 49 superior no es absoluta, pero tampoco puede separarse del texto integral de la Carta Política, ni de lo dispuesto en materia de salud en los demás apartes del mismo precepto.

El alto Tribunal en esa oportunidad también argumentó:

“i. Que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas para el sometimiento a medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico, terapéutico con el consentimiento informado del adicto, se correspondería con el deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo.

ii. Que no solamente se establecen las medidas pedagógicas, administrativas y terapéuticas para el adicto que consienta de forma informada someterse a dichas medidas y tratamientos, sino que el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, con el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos.

iii. Por último, que el sometimiento a las medidas y tratamientos para los adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada someterse a las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, deberá proveerse por parte del Estado o por los particulares o por parte del sistema de salud de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (negrillas fuera de texto).

Adicionalmente, la Corte observó que dicho precepto “está inserto en el derecho a la salud” y “se debería corresponder con un concepto amplio de **dignidad que implique la autodeterminación** (artículo 1), con el derecho a la vida y con el deber del Estado de protegerla (art. 11 e inciso segundo del artículo 2º), **con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (inciso tercero del artículo 44), con la protección y la formación integral del adolescente (artículo 45),** con la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47); **con el mismo derecho a la salud** y saneamiento ambiental (art. 49) y **con el numeral primero de los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.**

Como se observa, la prohibición del porte y consumo de estupefacientes depende de lo dispuesto en el resto del inciso 6º del artículo 49 superior, que “**en un primer momento parece de carácter absoluto**” pero “**se limitaría o restringiría, ya**

que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto”.

Así pues, la restricción allí contenida no solo está encaminada a erradicar el negocio ilícito de tráfico de drogas⁹⁹, sino que reconoce la necesidad de brindar un trato pedagógico, profiláctico o terapéutico a los consumidores habituales o permanentes de sustancias psicoactivas, con fines preventivos y o rehabilitadores, previo consentimiento informado del adicto para realizar el tratamiento médico.

Por todo ello, la Ley 1566 de 2012 elevó la problemática asociada al consumo, al abuso y a la adicción de esas sustancias a *“un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos”*, que en su modalidad de *“abuso y adicción”* corresponde a *“una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado”*.

VII.3.3.4. El periodo de fortalecimiento¹⁰⁰ de la regulación policiva atinente al uso de psicotrópicos¹⁰¹ y del modelo de prevención y atención del consumo de sustancias psicoactivas.

En este periodo resulta menester referirse a la estrategia correctiva de carácter policivo que fomenta el mantenimiento del orden público, y también estudiar los avances de la política de promoción de la salud, prevención y atención del consumo de sustancias psicoactivas.

Respecto del primer asunto, el Congreso de la República, en ejercicio del poder de policía y atendiendo los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia de 2016, cuyo libro segundo, denominado *“de la libertad, los derechos y deberes de las personas en materia de convivencia”*, contempló los comportamientos que en

⁹⁹ Respecto de las acciones de desmantelamiento de los grandes carteles del narcotráfico durante este periodo se puede consultar informe final de mayo de 2015, denominado *“lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia”*, elaborado por la Comisión Asesora para la Política de Drogas.

¹⁰⁰ La Sala aclara que el término fortalecimiento se utiliza con el propósito de reconocer que algunas disposiciones del Decreto 1355 de 1970, *“Por el cual se dictan normas sobre Policía”,* contenían conductas susceptibles de corrección por parte de los comandantes de estación y de subestación en materia de drogas o sustancias estupefacientes o alucinógenas en establecimientos abiertos al público. Igual acontece respecto del aludido Decreto 1108 de 1994 *“Por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”*.

¹⁰¹ Al respecto, ver los enfoques a que se refiere el estudio denominado *“Lineamientos Política Nacional de Drogas”*, elaborado por el Ministerio de Justicia en diciembre 2017, el cual se refiere específicamente a derechos humanos, salud pública, seguridad ciudadana, desarrollo territorial y reducción de daños.

materia de sustancias psicoactivas deben evitar las personas que habitan o visitan el territorio nacional.

Dicho estatuto, a través de nueve disposiciones, reguló las circunstancias modales en virtud de las cuales el uso, el porte o el consumo de psicotrópicos resulta nocivo para la sociedad, al trascender a la esfera de lo público y afectar ya sea el orden público, la convivencia, la tranquilidad, la integridad del espacio público o los derechos de terceros o colectivos.

Concretamente, los artículos 34, 38 (numerales 1°, 5° y 6°) y 39 (numeral 1°) de la Ley 1801 prevén que la integridad de los niños, niñas y adolescentes se ve afectada por: i) el consumo de “*drogas o sustancias prohibidas*” dentro de las instituciones o los centros educativos; ii) cuando se permite, auspicia, tolera, induce o constriñe el ingreso de los niños, niñas y adolescentes a los lugares donde se realicen actividades de diversión destinadas al consumo de sustancias psicoactivas”; y si, iii) se facilita, distribuye, ofrece, comercializa, tiene, almacena o porta psicoactivas sustancias psicoactivas que estén restringidas para menores de edad.

Además, los artículos 59 (numeral 9), 92 (numerales 8 y 9), 93 (numeral 10) de la misma codificación, prohíben el almacenamiento, la elaboración, la posesión, la tenencia, la entrega, la distribución y la comercialización de drogas o sustancias prohibidas. Y, al tenor de lo dispuesto en los artículos 33 (literal c), 140 (numeral 7°) y 146 *ejusdem*, en los estadios, en los coliseos, en los centros deportivos, en los parques, en los hospitales, en los centros de salud y, en general, en el espacio público, así como en los sistemas de transporte masivo de pasajeros, está vedado el consumo de sustancias prohibidas, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida la autoridad administrativa competente.

Ahora bien, dos de las citadas disposiciones, específicamente, las relativas a la prohibición general de consumir bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas en el espacio público (artículos 33 (literal c, numeral 2°) y 140 (numeral 7°) del CNCP), fueron demandadas por el presunto desconocimiento de los artículos 16, 20 y 82 de la Carta Política.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-253 de 2019, resolvió aquella demanda de inconstitucionalidad en el sentido de declarar inexecutable las

expresiones “*alcohólicas, psicoactivas o*”, contenidas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) de la Ley 1801 de 2016, luego de considerar que los límites allí establecidos, aunque atendían a fines constitucionales, resultaban innecesarios y desproporcionales. Señala la sentencia:

*“Respecto del primer problema jurídico, el del artículo 33 (numeral 2, literal c), la Corte consideró que la prohibición amplia y genérica impuesta por el Código Nacional de Policía y Convivencia no es razonable constitucionalmente, pues **a pesar de buscar un fin que es imperioso (la tranquilidad y las relaciones respetuosas)** lo hace a través de un medio que no es necesario para alcanzar dicho fin, y en ocasiones tampoco idóneo. **La generalidad de la disposición**, que invierte el principio de libertad, incluye en la prohibición casos para los que el medio no es idóneo, puesto que no hay siquiera riesgo de que se afecten los bienes protegidos. **El medio no es necesario, en todo caso, por cuanto existen otros medios de policía en el mismo Código que permiten alcanzar los fines buscados sin imponer una amplia restricción a la libertad**. La regla también es desproporcionada al dar amplísima protección a unos derechos e imponer cargas al libre desarrollo de la personalidad.*

8.5. Con respecto al segundo problema jurídico, referente al artículo 140 (numeral 7), la Corte consideró que la prohibición impuesta por el Código Nacional de Policía y Convivencia, objeto de la acción de inconstitucionalidad, tampoco es razonable constitucionalmente. Al igual que en el problema anterior, se advirtió que el fin que se busca con la norma es imperioso (el cuidado y la integridad del espacio público). Pero en este caso ni siquiera se muestra por qué se considera que el medio es adecuado para alcanzar el fin buscado. No se advierte, ni se dan elementos de juicio que permitan establecer una relación clara de causalidad entre el consumo de las bebidas y las sustancias psicoactivas, en general, y la destrucción o irrespeto a la integridad del espacio público. **En cualquier caso, los eventos en los que el consumo de las sustancias referidas podría llevar a destruir o afectar el espacio público, debe ser objeto de prevención y corrección por parte de la Policía, usando otros medios que el propio Código de Policía contempla y faculta”.**

Cabe advertir que en esa oportunidad la Corte Constitucional **no cuestionó la facultad del Estado de limitar los derechos de los consumidores para garantizar el goce efectivo de los derechos de otras personas**, sino que encontró **inapropiada** la generalidad de la prohibición relacionada con el verbo rector “consumir”, contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia¹⁰².

¹⁰² 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

En criterio de esa autoridad judicial, era innecesario prohibir el consumo de sustancias “*alcohólicas*” o “*psicoactivas*” en el espacio público o en lugares que siendo privados trascendieran a lo público, dado “*que 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***”, y al respecto indicó:

“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, **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**

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”.

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**” (negrillas fuera de texto).

Adicionalmente, y con fundamento en lo anterior, la Corte explicó en su providencia que “la decisión de inconstitucionalidad recae sobre algunas de las expresiones de las normas legales acusadas **y no sobre la totalidad de los textos normativos en que se encontraban**. Así, el artículo 33 establece ahora la prohibición de “c) **Consumir sustancias prohibidas, no autorizados para su consumo**” y el Artículo 140 la prohibición de “7. **Consumir sustancias prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente.**” Estas previsiones legales se encuentran vigentes y, a su vez, corresponderá a las autoridades competentes, ejerciendo sus funciones dentro del marco constitucional vigente,

precisar esas prohibiciones, de manera razonable y proporcionada, dentro de los límites que impone el orden constitucional vigente” (negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, la sentencia C-253 de 2019 reforzó el criterio ya fijado por ese alto Tribunal a través de la sentencia C-221 de 1994, conforme al cual el legislador, en el ejercicio del poder policivo, debe diferenciar razonablemente los eventos en que el acto de consumo cuenta con la virtualidad de producir efectos sociales nocivos.

Por otra parte, y en lo atinente al desarrolló de la estrategia de promoción de la salud, la prevención y la atención del consumo de sustancias psicoactivas, en este mismo periodo se formuló el Plan Nacional para la Promoción de la Salud, la Prevención y la Atención del Consumo de Sustancias Psicoactivas 2014 – 2021, la Política Integral para Enfrentar el Problema de las Drogas y la Política Integral para la Prevención y Atención del consumo de sustancias psicoactivas, adoptada a través de la Resolución 0089 de 2019¹⁰³. Estos tres instrumentos son complementarios. El plan incorpora un enfoque intersectorial de salud pública para disminuir la exposición al consumo de drogas ilícitas. Las referidas políticas se encaminan a prevenir los factores de riesgo frente al consumo, reducir la vulnerabilidad territorial y la producción de drogas ilícitas, judicializar a los actores criminales, y garantizar la rehabilitación e inclusión social de los consumidores de SPA.

VII.3.4. El control estatal del fenómeno de narcomenudeo

Teniendo en cuenta el análisis efectuado en los capítulos anteriores sobre la problemática del narcotráfico y respecto del uso inadecuado de psicotrópicos que afecta a terceros, pero también considerando que los fundamentos para la expedición del acto demandado son el mantenimiento del orden público, la convivencia, la tranquilidad, la integridad del espacio público, el respeto de los derechos ajenos y colectivos y el control del fenómeno del narcomenudeo, es menester comprender los elementos principales de esta práctica y diferenciar los escenarios en los que el porte de sustancias psicoactivas se relaciona con el eslabón de la cadena de comercialización, respecto de aquellos en los que las drogas se utilizan para el consumo propio sin afectar a terceros.

¹⁰³ Ver el documento “Distribución de drogas ilegales y su consumo en Colombia, ¿Cuál es el problema y qué hacer para enfrentarlo?”, de la Fundación Ideas para la Paz, agosto de 2019.

Como se observa, la Ley 30 de 1986, la Constitución Política de 1991, el Acto Legislativo 02 de 2009, la Ley 1566 de 2012 y el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, son normas que contienen los parámetros principales sobre cómo el Estado colombiano, a través de sus ramas del poder público, debe abordar la problemática del narcotráfico y del uso de estupefacientes, para garantizar la salvaguarda de la salud pública, la seguridad, la economía, el desarrollo del país y el mantenimiento del orden público¹⁰⁴, desde un escenario de respeto de las garantías al debido proceso de aquellos que pueden llegar a infringir las normas policivas y penales y a la vez sufrir de enfermedades derivadas del consumo de drogas.

Igualmente, se estima necesario recordar que la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito de estupefacientes responde a lo previsto en nuestra normatividad interna, así como a lo acordado en las tres Convenciones de Viena sobre estupefacientes (1961, 1971 y 1988) y en las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁰⁵ y contra la Corrupción¹⁰⁶.

Cabe resalta que dicha postura, asimismo, se nutre de los resultados declarativos emanados de las sesiones especiales de la Asamblea General de Naciones Unidas (UNGASS) de 1998 y 2016 y de la sesión de la Comisión de Estupefacientes de 2009. Es decir, de los *“Principios rectores de la reducción de la demanda de drogas y Medidas de fomento de la cooperación internacional en la lucha contra el problema mundial de las drogas”*, de la *“Declaración y Plan de Acción sobre Cooperación Internacional en favor de una Estrategia Integral y Equilibrada para Contrarrestar el Problema Mundial de las Drogas de Naciones Unidas”* y del *“Documento final del trigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, titulado “Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas”* ¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sobre los daños asociados al consumo de drogas ilegales, ver el documento denominado *“DROGAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS ¿Legalización o prohibición?”*, elaborado por Alfonso Aza Jácome y editado por la Universidad de la Sabana en el 2017.

¹⁰⁵ Aprobada mediante Ley 800 de 2003.

¹⁰⁶ Aprobada mediante Ley 970 de 2005.

¹⁰⁷ En este punto, la Sala recuerda el criterio sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-344-95, según el cual el legislador no puede ignorar los tratados y convenios internacionales como elementos integrantes de la política criminal del Estado, especialmente, en lo relacionado con el narcotráfico.

Concretamente, el literal a) del artículo 35 de la Convención de 1961 (reiterado en los tres estatutos) contempla el deber de los Estados firmantes de “asegurar en el plano nacional una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito”.

Por ello, la política criminal del Estado colombiano contempla el abordaje de la problemática de narcomenudeo, también definida como microtráfico¹⁰⁸, “fenómeno que se relaciona con la categoría de “punto de venta” en el subsistema de comercialización del narcotráfico” y “surge como resultado de la aplicación de los procesos estratégicos y operativos de la comercialización de sustancias estupefacientes, que busca maximizar las ganancias y es percibido por los ciudadanos como la compra, venta, monetización y consumo de sustancias estupefacientes”¹⁰⁹.

Nótese que el problema público del microtráfico, no solo abarca todo el territorio nacional, sino que se concentra en sectores caracterizados mayoritariamente por el deterioro urbano y social¹¹⁰, en donde se desterritorializa el control del Estado en virtud de la nueva institucionalidad establecida por quienes desarrollan la actividad económica ilegal¹¹¹.

Adicionalmente, es una realidad que las organizaciones dedicadas a la comercialización de sustancias psicoactivas **utilizan la figura de la dosis personal para servirse de algunos de sus consumidores en el proceso de venta y distribución de droga**¹¹², circunstancia que implica, *per se*, un deber más exigente a cargo del Estado al momento de promover la convivencia y el orden público.

¹⁰⁸Al respecto ver la investigación institucional “*Inteligencia policial para caracterizar el narcomenudeo: un reto estratégico en seguridad ciudadana*”, previamente citada.

¹⁰⁹ Definición contenida en el documento “Narcomenudeo: un neologismo para describir la venta de estupefacientes”, elaborado por Yofre Luis Cortés-Vargas y Rodolfo Parra-Cely, 2011, publicado en https://www.policia.gov.co/sites/default/files/narcomenudeo_un_neologismo_para_describir_la_venta_de_estupefacientes.html

¹¹⁰ Al respecto, ver la investigación “*Ollas: la Policía intervino, pero persiste el problema*”, elaborada por Reyes, E., Guio, N., & Escobedo, R., 2013, Fundación Ideas para la Paz.

¹¹¹ Sobre el particular tener en cuenta las recomendaciones sobre el marco jurídico, la política de consumo de drogas y sobre la producción y el tráfico de estupefacientes, contenidas en el informe final de mayo de 2015, denominado “*lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia*”, elaborado por la Comisión Asesora para la Política de Drogas, ibídem páginas 21, 27, 28, 41 y 72 a la 76.

¹¹² Ver la investigación “*microtráfico y comercialización de sustancias psicoactivas en pequeñas cantidades en contextos urbanos*”, elaborado en el año 2016 por el Ministro de Justicia y del Derecho y por la Fundación Ideas para la Paz que puede ser consultado en: <http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/criminalidad/comercializacion/CR152015-microtrafico-comercializacion-sustancias-psicoactivas-lineamientos.pdf>

Precisamente, de conformidad con lo dispuesto en el documento de soporte técnico del decreto 1844, en el acápite denominado “*antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición*”, se tiene que el objeto del acto demandado también guarda relación con los siguientes aspectos:

*“El proceso de reglamentación del actual Código Nacional de Policía y Convivencia es una necesidad inaplazable, teniendo en cuenta la situación actual en materia del consumo y porte de sustancias prohibidas en espacio público, **toda vez que muchos distribuidores de sustancias psicoactivas (marihuana, cocaína, bazuco, éxtasis, anfetaminas etc.) portan y comercializan dosis mínimas, bajo el amparo de la dosis personal o de aprovisionamiento, en el espacio público y se muestran como enfermos consumidores, para evadir la justicia.***

*Cabe anotar que esa distribución de sustancias en pequeñas dosis, **está afectando notablemente la convivencia y seguridad en las diferentes poblaciones de Colombia,** incluso en los perímetros aledaños a centros educativos, donde (a niños, niñas y: adolescentes están siendo víctimas de redes encargadas de distribución en mínimas cantidades, buscando convertir estos menores en futuros adictos de la sustancia.*

*Dentro de las sustancias que más se han incautado en las diferentes zonas del país, tenemos: (...), **se han incautado 446 KG de sustancias psicoactivas que equivalen a 447.711 dosis personales, siendo necesario implementar herramientas que permitan enfrentar de una mejor manera los problemas de seguridad y convivencia que han surgido con ocasión de estos distribuidores y algunos consumidores.***

En tal orden de ideas, la Sala reconoce la difícil labor de la Policía Nacional al momento de controlar el narcomenudeo dado que en este mercado se pueden presentar tres relaciones entre el consumo y la comercialización de estupefacientes con ocasión a la figura de la dosis personal. Sin embargo, solo una de ellas se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico en el sentido de facultar al consumidor para el uso propio de SPA mientras no afecte derechos ajenos o colectivos¹¹³.

¹¹³ Al respecto, ver la página 10 del estudio denominado “*Lineamientos Política Nacional de Drogas*”, elaborado por la Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas del Ministerio de Justicia, en diciembre 2017; y las páginas 48 a la 55 del informe final de mayo de 2015, denominado “*lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia*”, elaborado por la Comisión Asesora para la Política de Drogas.

En tal sentido, se reitera que solo el usuario recreativo u ocasional que usa los estupefacientes en si mismo puede portarlos (sin incentivar el consumo gratuito, afectar el orden público, la tranquilidad, la seguridad, respetando derechos ajenos y sin fines de tráfico); por el contrario, i) quienes portan los psicoactivos lesionando a terceros o a los intereses colectivos y ii) quienes comercializan SPA (así sean o no consumidores ocasionales del producto o adictos), son sujetos de tratamiento penal y policivo sin restricción alguna, pues son quienes directamente afectan los bienes protegidos a la salud, a la seguridad pública y al orden económico y social (trasgredidos en virtud de los efectos negativos emanados del narcotráfico).

Para determinar este último factor, la Sala observa que, en materia penal, el elemento antijurídico del análisis de punibilidad de la conducta típica asociada al porte de estupefacientes se desdibuja cuando se prueba durante el debate judicial que el sujeto a quien se le atribuye la imputación de ese tipo penal lleva consigo la droga para su consumo. Esta postura resulta aplicable análogamente a la comisión de las conductas que, sin ser delitos, son definidas por el legislador como contrarias al orden público o a la convivencia.

Sobre este criterio, el alto Tribunal constitucional, a través de la sentencia C-491 de 2012, al precisar la interpretación admisible del artículo 11 (parcial) de la Ley 1453 de 2011¹¹⁴ a la luz del artículo 49 de la Constitución Política¹¹⁵, prohijó el planteamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, plasmado en la sentencia 29183 de 2008, conforme al cual: “(...) **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**

¹¹⁴ “ARTÍCULO 11. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. El artículo 376 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre 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, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.(...).”

¹¹⁵ Para tal efecto, la Corte aclaró que: i) la citada norma no penalizó el porte o conservación de dosis, “exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética”; y que, ii) el condicionamiento allí previsto “dejaba intacta la posibilidad de que se penalicen las conductas consistentes en “vender, ofrecer, financiar y suministrar”, con fines de comercialización, las sustancias estupefaciente, sicotrópicas o drogas sintéticas, de que trata el artículo 376 del Código Penal, en cualquier cantidad”.

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”.

Nótese, entonces, que la configuración del elemento antijurídico del tipo penal contenido en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 **requiere de un análisis del “uso dado a los estupefacientes”** por parte del imputado, y ello mismo **debería acontecer en el procedimiento policivo, en el evento en que se configure el verbo rector de porte asociado a los comportamientos prohibidos en las cantidades definidas como de dosis mínima.**

Es decir, en materia policiva también es necesario aplicar un criterio distintivo al momento de determinar la antijuricidad de la conducta contraria a la convivencia, en donde **se evalúa no solo la condición o no de consumidor, sino que también se analiza la virtualidad de la conducta de transgredir el orden público, la tranquilidad, a la convivencia, la integridad del espacio público o los derechos de terceros, al tenor de las conductas taxativamente prohibidas en la Ley 1801.**

Por ello, es menester concluir que **las consecuencias jurídicas del uso propio de estupefacientes son notoriamente distintas a las de las conductas asociadas al comercio de los mismos o respecto de aquellas que causan afectación a terceros.**

De ahí que nuestro sistema jurídico excluya la posibilidad de penalizar al usuario de sustancias psicotrópicas en lo que atañe exclusivamente al acto de consumo, y exija que las medidas de carácter policivo establecidas para señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la práctica de consumo resulta nociva para la sociedad, sean proporcionales y justificadas¹¹⁶.

VII.3.5. Recapitulación para el abordaje de la *litis*

¹¹⁶ Al respecto, ver algunas de las recomendaciones del informe de organizaciones de la sociedad civil en materia de política de drogas de septiembre de 2017, elaboradas por el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

En este contexto y con fundamento en las anteriores premisas, la Sala analizará si el Gobierno Nacional, con ocasión de la expedición del Decreto 1844 de 1º de octubre de 2018, quebrantó los artículos 1º, 2º, 6º, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 49, 150 y 189 (numerales 4º y 11) de la Constitución Política, el Acto Legislativo 2 de 2009, el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 y los artículos 2º, 33, 38, 39, 59, 92, 93, 140, 146, 159, 164, 192, 201 y 222 de la Ley 1801 de 2016, e, igualmente, si incurrió en las causales de falsa motivación y falta de competencia.

Todo ello teniendo en cuenta que la presente controversia judicial se relaciona con **las implicaciones legales del porte y tenencia de estupefacientes** en los dos eslabones finales de la cadena de mercado de estupefacientes, a saber: **la comercialización y el consumo de drogas ilícitas**; de manera que el abordaje del presente asunto debe contar con un enfoque dual.

Cabe resaltar y reiterar, por una parte, que la política pública de control de sustancias psicoactivas – SPA en Colombia se caracteriza por un enfoque tripartito, fundado en un modelo prohibitivo, preventivo y de rehabilitación de los consumidores¹¹⁷. Y, por la otra, que el desmonte de las estructuras criminales soportadas en el narcotráfico, así como la mitigación de los efectos nocivos de dicho negocio ilícito, constituyen fines estatales que prevalecen sobre los intereses particulares.

Por ello es que la Sala resolverá la controversia respetando los parámetros jurisprudenciales esbozados por la Corte Constitucional sobre el ejercicio de la potestad punitiva y policiva del Estado en materia de SPA, contenidos en las sentencias C-221 de 1994, C-420 de 2002, C-689 de 2002, C-574 de 2011 y C-491 de 2012.

VII.4. De la solución del caso concreto

En el asunto *sub examine* y por razones metodológicas, la Sala evaluará la procedencia de los cargos de nulidad presentados por las partes en el mismo orden señalado en la fijación del litigio.

¹¹⁷ Al respecto, ver los enfoques a que refiere el estudio denominado “*Lineamientos Política Nacional de Drogas*”, del Ministerio de Justicia elaborado en diciembre 2017, en materia de derechos humanos, salud pública, seguridad ciudadana, desarrollo territorial y reducción de daños.

VII.4.1. De la vulneración de los artículos 1º y 2º de la Constitución Política

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y en la prevalencia del interés general (artículo 1º C.P.), con lo cual se busca *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*; razón por la que *“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”* (artículo 2º C.P.).

Con fundamento en las anteriores disposiciones, la ciudadana Luvy Katherine Mirada Peña sostiene que el Decreto 1844 de 2018 faculta a la Policía Nacional para ejercer unas labores respecto de las cuales *“no se encuentra capacitada”*, lo que expone *“la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los consumidores de sustancias prohibidas”*, personas estas que quedan sometidas a un *“riesgo de abusos o maltratos”*¹¹⁸.

En este orden de ideas, tres premisas fundamentan el citado cargo. La primera hace alusión a que el decreto 1844 traslada a la Policía Nacional el esquema de cuidado y atención de la población consumidora de sustancias psicoactivas - SPA. La segunda consiste en señalar que esa institución no está capacitada para el cometido fijado legalmente. Y, finalmente, se argumenta el presunto trato *“indigno”* a los consumidores de SPA que fomenta el acto demandado.

Pues bien, en cuanto al primer juicio de reproche y dado el carácter complejo y multidimensional del problema de la drogadicción, la Sala recuerda que la puesta en marcha de la política de lucha contra el narcotráfico requiere tanto de la participación preventiva de la Policía Nacional, como de la interlocución de otras instituciones de naturaleza pública y privada, entre las que se destacan las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y las instituciones públicas o privadas especializadas para el tratamiento de dichos trastornos, según lo dispone la Ley 1566 de 2012¹¹⁹.

¹¹⁸ Folio 12, *ibídem*.

¹¹⁹ *“Por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional “entidad comprometida con la prevención del consumo, abuso y adicción a sustancias” psicoactivas”*.

De conformidad con el artículo 218 de la Constitución Política, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para la convivencia pacífica y para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y precisamente en ese contexto es que el acto acusado regula el porte y la tenencia de SPA.

En efecto, previa revisión del contenido del decreto 1844, se tiene que el mismo tiene por finalidad promover el respeto de los derechos ajenos, la seguridad, la tranquilidad, la convivencia y el orden público desde un esquema de legalidad y debido proceso, conforme al cual los miembros de la Policía Nacional, luego de advertir *“la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas”* a que alude el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, deben acatar el procedimiento previsto en el artículo 222 de Ley 1801 de 2016, a efectos de imponer la medida correctiva de destrucción del bien al responsable de la comisión de la conducta prohibida, sin perjuicio de las demás medidas que resulten pertinentes (artículos 2.2.8.9.3 y 2.2.8.9.4 del Decreto 1070 de 2015).

La Sala estima, entonces, que no resulta acertado afirmar que el decreto acusado trasladó a ese cuerpo armado de naturaleza civil las funciones que fueron encomendadas a otras instituciones, pues lo cierto es que, según lo dispuesto en el artículo 25 del CNSCC, *“quienes incurran en comportamientos contrarios a la convivencia serán objeto de medidas correctivas de conformidad con esta ley, **sin perjuicio de las demás acciones que en derecho correspondan**”*.

Como se observa, la misma norma explica que: ***“corresponde a las autoridades de Policía dentro del ámbito de su competencia adelantar las acciones que en derecho correspondan respetando las garantías constitucionales”***, deber que se concatena con el principio de legalidad previsto en el artículo 6° constitucional¹²⁰.

¹²⁰ “ARTICULO 6o. 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 exralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Nótese que a la Policía Nacional le corresponde, tanto en su **función**¹²¹ como en su **actividad de policía**¹²², la adopción de las medidas correctivas señaladas en el CNSCC y, en consecuencia, deben acatar lo dispuesto por el Presidente de la República en el decreto 1844. Sin perjuicio de ello, resulta claro que tal actuación debe acompasarse con las funciones y deberes que le asisten a otras autoridades e instituciones de brindar un acompañamiento y tratamiento a las personas que sufren enfermedades derivadas de la adicción a SPA, en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad propios de la función administrativa, según lo dispone el artículo 209 superior.

Así pues, el decreto 1844 en ningún momento trasladó a la Policía Nacional el esquema de atención de la población consumidora de SPA, sino que señaló el mecanismo que dicha institución debe seguir para dar cumplimiento a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico respecto del porte y tenencia de estupefacientes; mientras que el cuidado y la atención del componente de salud de los usuarios de psicotrópicos claramente continua a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de las instituciones públicas o privadas especializadas en el tratamiento de dichos trastornos.

En segundo lugar, y en lo concerniente a los cuestionamientos respecto de **(i)** “*las inexistentes capacidades de las autoridades de policía*”, y en torno al presunto **(ii)** “*riesgo de abusos y maltratos*” de la población consumidora de SPA, la Sala considera que ninguno de ellos tiene la virtualidad de afectar la validez del decreto 1844, en tanto constituyen juicios inciertos de valor sobre los efectos de la aplicación de la norma acusada.

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 hace a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento al acto o de las existentes al momento de su expedición y

¹²¹ “ARTÍCULO 16. FUNCIÓN DE POLICÍA. Consiste en la facultad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de Policía, mediante la expedición de reglamentos generales y de acciones apropiadas para garantizar la convivencia. Esta función se cumple por medio de órdenes de Policía”.

¹²² “ARTÍCULO 20. ACTIVIDAD DE POLICÍA. Es el ejercicio de materialización de los medios y medidas correctivas, de acuerdo con las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas a los uniformados de la Policía Nacional, para concretar y hacer cumplir las decisiones dictadas en ejercicio del poder y la función de Policía, a las cuales está subordinada. La actividad de Policía es una labor estrictamente material y no jurídica, y su finalidad es la de preservar la convivencia y restablecer todos los comportamientos que la alteren”.

no respecto de los efectos de la implementación de la decisión administrativa que se adopte.

En tal sentido, se resalta que las afirmaciones expuestas en la demanda evidencian que el ataque no se dirige puntualmente en contra de ninguna de las instrucciones o decisiones establecidas en el decreto, sino que en realidad muestran la inconformidad de la demandante en relación con las medidas establecidas en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, reglamentadas posteriormente en el acto acusado, particularmente respecto del ejercicio de la función encomendada a la Policía Nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no encuentra elemento alguno del cual se pueda desprender que la autoridad de policía no tiene las capacidades para cumplir con las labores asignadas en la norma acusada. Tampoco es dable concluir que al momento de realizar el procedimiento de incautación los servidores públicos que integran la Policía Nacional van a actuar en contravía de los derechos particulares y fundamentales de los tenedores y portadores de ese tipo de sustancias. Más aún si se tiene en cuenta que, como se verá en capítulos posteriores, el decreto demandado garantiza el debido proceso de los presuntos infractores, amparando con ello a quienes porten estupefacientes para uso propio sin afectar a terceros.

Cabe recordar que el ámbito de aplicación del Decreto 1844 de 2018 se enmarca en el proceso único de policía, escenario en el que las autoridades policivas tendrán que acatar los deberes señalados en el artículo 10º del CNSCC, norma del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 10. DEBERES DE LAS AUTORIDADES DE POLICÍA.

Son deberes generales de las autoridades de Policía:

1. Respetar y hacer respetar los derechos y las libertades que establecen la Constitución Política, las leyes, los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano.

2. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, las normas contenidas en el presente Código, las ordenanzas, los acuerdos, y en otras disposiciones que dicten las autoridades competentes en materia de convivencia.

3. Prevenir situaciones y comportamientos que ponen en riesgo la convivencia.

4. Dar el mismo trato a todas las personas, sin perjuicio de las medidas especiales de protección que deban ser brindadas por las autoridades de Policía a aquellas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta o pertenecientes a grupos de especial protección constitucional.

5. Promover los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como vía de solución de desacuerdos o conflictos entre particulares, y propiciar el diálogo y los acuerdos en aras de la convivencia, cuando sea viable legalmente.

6. Recibir y atender de manera pronta, oportuna y eficiente, las quejas, peticiones y reclamos de las personas.

7. Observar el procedimiento establecido en este Código, para la imposición de medidas correctivas.

8. Colaborar con las autoridades judiciales para la debida prestación del servicio de justicia.

9. Aplicar las normas de Policía con transparencia, eficacia, economía, celeridad y publicidad, y dando ejemplo de acatamiento de la ley y las normas de convivencia.

10. Conocer, aplicar y capacitarse en mecanismos alternativos de solución de conflictos y en rutas de acceso a la justicia.

11. Evitar al máximo el uso de la fuerza y de no ser esto posible, limitarla al mínimo necesario.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional reglamentará y dispondrá lo concerniente a los espacios físicos necesarios para que la Policía nacional reciba y atienda de manera pronta, oportuna y eficiente las quejas, peticiones y reclamos de las personas” (Negrillas fuera del texto).

Tal y como se desprende del texto antes transcrito, el procedimiento de verificación policial contenido en el Decreto 1844 de 2018, se soporta en el cumplimiento de las obligaciones a que alude el citado artículo 10°. También se pone de relieve que la autoridad policiva, en dicha actuación, debe observar los principios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, protección, no discriminación y respeto de los derechos humanos que guían la interpretación del estatuto objeto de reglamentación (artículo 8° del CNSCC).

De manera que los medios y las medidas policivas deben ser necesarias e idóneas para preservar y restablecer el orden público y solo podrán adoptarse cuando la aplicación de otros mecanismos de protección, restauración, educación

o prevención resulten ineficaces para alcanzar el fin propuesto. Es decir, luego de valorar que la afectación de los derechos y libertades individuales no resulte superior al beneficio perseguido, decisión esta última que será pasible de control jurisdiccional (artículo 4° *ibidem*¹²³).

Se trata, entonces, de verdaderos límites en el ejercicio de la atribución asignada a las autoridades de policía, por lo que cualquier extralimitación de funciones se convertiría en una actuación afectada por desviación de poder, conducta que acarrearía su juzgamiento y la eventual responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial del servidor público policial.

En este contexto, dado que el decreto 1844 se dirige a reglamentar el procedimiento legal que debe seguir la autoridad de policía en esta materia, así como el protocolo que se debe llevar a cabo para dar cumplimiento a la medida de destrucción del bien, la Sala no advierte que tales actuaciones sometan a los consumidores de SPA a un riesgo de maltratos o a un trato indigno, ni que la Policía Nacional carezca de capacidades para cumplir tal cometido.

En este sentido, el cargo de nulidad respecto del desconocimiento de lo establecido en los artículos 1° y 2° de la Constitución Política, no está llamado a prosperar.

VII.4.2. De la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política

La señora Luvy Katherine Mirada Peña sostiene que la norma bajo estudio transgrede el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que *“no se designa una institución idónea para la garantía de los derechos constitucionales de una población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Aunado a lo anterior, señaló que ese grupo poblacional sufre de las siguientes prácticas de exclusión social:

¹²³ “ARTÍCULO 4o. AUTONOMÍA DEL ACTO Y DEL PROCEDIMIENTO DE POLICÍA. Las disposiciones de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no se aplicarán al acto de Policía ni a los procedimientos de Policía, que por su misma naturaleza preventiva requieren decisiones de aplicación inmediata, eficaz, oportuna y diligente, para conservar el fin superior de la convivencia, de conformidad con las normas vigentes y el artículo 2o de la Ley 1437 de 2011. Por su parte las disposiciones de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011 se aplicarán a la decisión final de las autoridades de Policía en el proceso único de Policía, con excepción de aquellas de que trata el numeral 3 del artículo 105 de la ley en mención.”

“A algunos usuarios de drogas, por la marginación y exclusión social que padecen, les son negados derechos individuales y sociales reconocidos para todas las personas y ciudadanos, encontrándose en una verdadera situación de indefensión. En el caso de los usuarios con patología dual, la carencia de recursos asistenciales específicos conlleva que sean rechazados tanto en los dispositivos para el tratamiento de las drogodependencias como en los centros de asistencia psiquiátrica, conformándose como una población más vulnerable y en una especial situación de desprotección. La precariedad y las dificultades de acceso a los servicios son evidentes para determinados drogodependientes, acentuándose esta situación especialmente en el caso de las mujeres”.

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que el desconocimiento del principio y del derecho a la igualdad responde a un estudio de legalidad en el que se evalúa si el acto acusado reconoce (sin justificación alguna) un trato diferente a actores en situaciones semejantes, o si brinda un trato igual, debiendo adoptar uno diferenciado, en virtud de las circunstancias disímiles. En tal sentido, la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia de 2 de mayo de 2018, precisó lo siguiente:

“[...] el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, se analiza desde dos perspectivas: (i) la formal o ante la ley¹²⁴ y (ii) la material o de trato¹²⁵. Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna; o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual pese a que debe prohibirse uno diferenciado acorde con el mandato constitucional.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente [...]”¹²⁶.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad es una garantía de naturaleza relacional, en virtud de la cual los sujetos que se

¹²⁴ Lo que hace alusión a que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por ende, deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación. Sentencia T-629 de 2010.

¹²⁵ Según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Corte Constitucional. *Ibídem*.

¹²⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 02 de mayo de 2018. Radicación: 11001-03-15-000-2015-00110-00(REVPI). M. P.: William Hernández Gómez. Actor: Libardo Enrique García Guerrero.

encuentran en las mismas situaciones de hecho y de derecho deben ser tratados de manera similar, mientras que aquellos que se encuentren en una situación jurídica o fáctica distinta recibirán un trato disímil¹²⁷.

Para efectos de resolver, la Sala advierte que el argumento de la demandante según el cual *“no se designa una institución idónea para la garantía de los derechos constitucionales de una población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta”* carece de vocación de prosperidad, en tanto que el mismo en nada se relaciona con el presunto desconocimiento del derecho fundamental a la igualdad que se afirma desconocido con ocasión de la expedición del acto acusado.

En lo atinente a la referencia al grupo poblacional que sufre prácticas de exclusión social, la Sala no encuentra que el acto acusado se soporte en algún criterio diferencial que desconozca lo dispuesto en el artículo 13 superior, en tanto el decreto demandado regula lo atinente al deber de los miembros de la Policía Nacional de contrarrestar las alteraciones del orden público que ponen en peligro los derechos y bienes de las personas, y las obligaciones y responsabilidades de los ciudadanos al momento de ejercer sus derechos por fuera de las prescripciones establecidas tanto en la ley como en las decisiones de la Corte Constitucional.

Se reitera que el artículo 218 de la Constitución Política otorgó funciones expresas a los miembros de la Policía Nacional para la protección del orden público con el fin de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y, para tal efecto, el decreto 1844 reglamenta el CNSCC en lo atinente al procedimiento que se debe efectuar para corregir los comportamientos en materia de porte y tenencia de SPA en las cantidades superiores a las permitidas o cuando se porte la llamada dosis mínima para fines diferentes a los habilitados por la ley.

¹²⁷ En la sentencia C-178 de 2014 se consideró que: “[...]el principio de igualdad posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación [...]”

Llama la atención de la Sala que el cargo de nulidad se cifra en que a *“algunos usuarios de drogas, les son negados derechos individuales y sociales reconocidos para todas las personas y ciudadanos, encontrándose en una verdadera situación de indefensión”*, sin embargo, la parte actora omite fundamentar tal afirmación, por lo que se entiende que se trata de argumentos personales, subjetivos y carentes de desarrollo y justificación.

En cuanto al argumento planteado por la parte actora asociado a que algunos consumidores de psicotrópicos, específicamente aquellos que abusan o son adictos a esas sustancias, sufren de una *“enfermedad”* en los términos del artículo 2° de la Ley 1566 de 2012, la Sala considera que se trata de un asunto que no es objeto de reglamentación por parte del decreto 1844, sin perjuicio de resaltar que los farmacodependientes pueden recibir tratamiento de sus trastornos mentales o cualquier otra patología que padezcan, si es esa su voluntad, a través de las entidades autorizadas en la Ley 1566.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra que el acto acusado desconozca lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política, razón suficiente para denegar el cargo propuesto.

VII.4.3. De la vulneración del artículo 49 de la Constitución Política

Los ciudadanos Luvi Katherin Miranda Peña y Andrés Felipe Yepes Guzmán sostienen que las sanciones policivas previstas en el decreto 1844 no tienen fines preventivos ni rehabilitadores y tampoco son de carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico, motivo por el cual desbordan los límites que al respecto y de manera precisa se señalan en el artículo 49 superior.

Para efectos de resolver, cabe resaltar que el artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2009, modificadorio del artículo 49 de la Constitución Política, dispuso lo siguiente:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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 eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así

mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

Pues bien, el decreto 1844 señala que la autoridad policiva que advierta “la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas” a que alude el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, seguirá el procedimiento previsto en el artículo 222 de Ley 1801 de 2016 a efectos imponer la medida correctiva de destrucción del bien, así como las demás que se consideren necesarias.

En este punto, se debe tener en cuenta que las disposiciones del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana tienen carácter preventivo, según el artículo 1º¹²⁸, y, además, se resalta que las medidas allí establecidas, en los términos de su artículo 172¹²⁹, “no tienen carácter sancionatorio”, sino que su

¹²⁸ “ARTÍCULO 1o. OBJETO. Las disposiciones previstas en este Código **son de carácter preventivo** y buscan establecer las condiciones para la convivencia en el territorio nacional al propiciar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, así como determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía, de conformidad con la Constitución Política y el ordenamiento jurídico vigente.”

¹²⁹ “ARTÍCULO 172. OBJETO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS. Las medidas correctivas, son acciones impuestas por las autoridades de Policía a toda persona que incurra en comportamientos contrarios a la convivencia o el incumplimiento de los deberes específicos de convivencia. Las

objeto es “**disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia**”.

Adicionalmente, como se indicó en el acápite VII.3.3.3. de esta providencia, la Corte Constitucional, en la sentencia C-574 de 2011, al efectuar una interpretación sistemática, histórica, teleológica y literal de dicho precepto, concluyó que la expresión “*el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica*”, requiere de un análisis hermenéutico que integre este precepto con todo el texto constitucional.

En relación con este aspecto, el alto Tribunal sostuvo que dicho apartado “*debería corresponder con un concepto amplio de dignidad que implique la autodeterminación (artículo 1), con el derecho a la vida y con el deber del Estado de protegerla (art. 11 e inciso segundo del artículo 2º), **con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (inciso 3º del artículo 44), con la protección y la formación integral del adolescente (artículo 45), con la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47); con el mismo derecho a la salud y saneamiento ambiental (art. 49) y con el numeral primero de los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios***”.

Aunado a ello y en cuanto al componente gramatical, la Corte explicó lo siguiente sobre las medidas susceptibles de ser adoptadas:

“5.4.5. La segunda oración del inciso sexto que señala que “Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias”, da lugar a varias interpretaciones. En primer término, que se trata de una norma remisoria, ya que se establece que será el legislador el que establezca las medidas administrativas de carácter preventivo y rehabilitador. En segundo lugar, que dichas

medidas correctivas tienen por objeto **disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia**.

PARÁGRAFO 1o. Las medidas correctivas no tienen carácter sancionatorio. Por tal razón, deberán aplicarse al comportamiento contrario a la convivencia las medidas correctivas establecidas en este código y demás normas que regulen la materia”.

medidas solo podrían tener un carácter “preventivo” y “rehabilitador”.

5.4.6. Igualmente, que dichas medidas de orden administrativo serán de carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico. Teniendo en cuenta las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por **“pedagógico” se entiende “aquellas medidas tendientes a educar o enseñar con claridad”**; por **“profiláctico” se entiende desde el punto de vista médico “aquella parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la preservación de la enfermedad”,** y por **“terapéutico” se refiere a “tratamientos empleados en diversas enfermedades somáticas y psíquicas que tienen como finalidad rehabilitar al paciente haciéndole realizar las acciones y movimientos de la vida diaria”.** Por otra parte, la segunda oración del inciso sexto del artículo 49 establece que dichos tratamientos y medidas estarán dirigidas a **“...las personas que consuman dichas sustancias”.**

De otra parte, y en lo atinente al contenido del inciso 6º del artículo 49 de la C.P., según el cual **“El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”**, la Sala resalta que la Corte abordó en la precitada sentencia los conceptos de **“consentimiento informado”** y de **“adicto”**; el primero, referido a la **autorización que brinda el paciente para legitimar una intervención médica** y, el segundo, aplicable a la **persona que sufre la enfermedad de la drogadicción** **“consiste en la dependencia de sustancias que afectan el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones”.**

En este contexto, para la Sala el acto acusado no desconoce el artículo 49 de la Constitución Política, puesto que las medidas correctivas buscan un fin **preventivo**, esto es, tienen por objeto **“disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia”**, lo que además comporta una labor **pedagógica** respecto de las prácticas que cuentan con la virtualidad de afectar los bienes jurídicos protegidos por el CNSCC en esta materia.

Es más, el límite señalado por el inciso 6º del artículo 49 superior, relacionado con el consentimiento informado del adicto, solo se extiende a los procedimientos médicos, sin que se advierta que la medida de destrucción verse sobre un tratamiento a la salud, pues esta comporta una estrategia pedagógica correctiva.

Todo ello quiere decir que el cargo propuesto por los demandantes sobre el desconocimiento del artículo 49 superior por parte del decreto 1844, tampoco es de recibo para esta Sala, y ello fundamentalmente obedece a las siguientes dos

razones: en primer lugar, porque la medida adoptada es pedagógica - correctiva y no tiene un fin terapéutico o rehabilitador del consumidor dado que con ella se busca *“disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia”*, para mantener el orden público en sus elementos de convivencia, tranquilidad y respeto de los derechos ajenos; y, en segundo lugar, porque los accionantes parten de la premisa errada consistente en que las personas que incurren en los comportamientos contrarios a la convivencia asociados al porte de estupefacientes o en los delitos ligados al narcotráfico tipificados por el Código Penal, gozan de libertades absolutas.

En lo concerniente a este segundo aspecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP2940-2016 de 9 de marzo de 2016, precisó que *“el delito de tráfico o porte de estupefacientes se aplica incluso a los adictos cuando son sorprendidos portando o almacenando dichas sustancias con fines de venta, tráfico, comercio o distribución”*.

En conclusión, el decreto 1844 no desconoce el fin preventivo ni el tratamiento administrativo de orden pedagógico señalado en el artículo 49 superior, motivo por el cual el cargo propuesto debe ser desestimado.

VII.4.4. De la vulneración de los artículos 1º, 2º, 5º, 12, 15 y 16 de la Constitución Política

Los derechos a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, así como la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes son garantías que a la luz de la Carta Política emanan directa y principalmente del principio de dignidad humana. En virtud de estas prerrogativas las personas cuentan con la opción de decidir su proyecto de vida¹³⁰ y de mantener su esfera individual libre de interferencias¹³¹, sin más limitaciones que las impuestas por los derechos de los demás, el orden jurídico y los principios constitucionales.

En criterio del señor Andrés Felipe Yepes Guzmán, el decreto 1844 contraria lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 5º, 12, 15 y 16 de la Constitución Política tras haber tipificado y sancionado el porte de la dosis personal, así como judicializado el aprovisionamiento, con lo que se le impide al individuo *“vivir según sus planes”*,

¹³⁰ Al respecto, ver las sentencias T-037 de 1995, C-098 de 1996, C-010 de 2000, C-004 de 2003 y T-453 de 2005.

¹³¹ Sobre el particular T-517 de 1998 y T-787 de 2004.

desconociendo el principio según el cual *“él y nadie más es quien decide lo que le hace bien”*.

Ciertamente, esta Sala comparte la postura del demandante en el sentido de afirmar que la opción de usar SPA a efectos de deprimir o estimular el sistema nervioso central, hace parte integrante del derecho a elegir entre las distintas manifestaciones de la personalidad; decisión que involucra un espacio de vida privado y autónomo no susceptible de intromisión arbitraria por parte de las demás personas ni del Estado.

Nótese, sin embargo, que se trata de una prerrogativa que si bien está ligada a la dignidad humana, a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, puede ser limitada por razones legítimas y justificadas constitucionalmente¹³².

De manera que, acogiendo los anteriores planteamientos, para la Sala, la libertad individual no es una garantía absoluta, en la medida en que el legislador puede fijar límites frente a ella que atiendan a los siguientes criterios jurisprudenciales:

“i) tener fundamento en bienes constitucionales, ii) contar con autorización en la ley, iii) su configuración concreta deberá ser razonable y proporcional, iv) sin que pueda “llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal (...)”¹³³, so pretexto de proteger cualesquiera intereses generales^{134”}¹³⁵.

Respecto de las fronteras permisibles fijadas por el legislador y en lo atinente a lo dispuesto en el acto acusado, la Sala observa que el Presidente de la República reglamentó las demarcaciones conductuales fijadas en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana y, en tal sentido, el acto demandado no tipificó, sancionó u ordenó la judicialización del aprovisionamiento o consumo, sino que, por el contrario, su contenido constituye un desarrollo en materia de medidas correctivas y comportamientos prohibidos relacionados con el **porte y tenencia** de psicotrópicos.

¹³² Sentencia T-414 de 1992.

¹³³ Sentencia C-309 de 1997.

¹³⁴ Sentencia C-542 de 1993.

¹³⁵ Sentencia T 909 de 2011

Además, en los apartes VII.3.3.2 y VII.3.3.4 de esta providencia, se explicó cómo, a través de las sentencias C-221 de 1994 y C-253 de 2019, la Corte Constitucional diferenció la facultad del legislador para restringir el ejercicio de las potestades aquí debatidas mediante sanciones penales y medidas correctivas policivas.

Respecto de las sanciones penales, en la sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional aclaró que resulta inconstitucional la penalización del consumo de SPA, pero encontró ajustado a la Constitución Política la potestad del legislador de señalar, **a través de normas de policía**, los eventos modales en que el consumo de los psicotrópicos **“resulta inadecuado o socialmente nocivo”**.

Ahora bien, en la sentencia C-253 de 2019 el alto Tribunal reconoció que el Congreso de la República estaba facultado para imponer límites al ejercicio de esta actividad a través del derecho policivo; fronteras que en la actualidad se encuentran plasmadas en el CNSCC, norma esta última reglamentada por el Decreto 1844 de 2018 en el componente de psicotrópicos.

Como puede observarse, la Corte Constitucional concluyó que al legislador le es dable establecer prohibiciones policivas a las libertades individuales, siempre que exista una clara relación fáctica entre el medio -cuya materialización implica una limitación al libre desarrollo de la personalidad- y el fin buscado. Esta situación, en el caso concreto, se encuentra justificada ante el deber de la autoridad administrativa de proteger el orden público afectado por la irregular tenencia, porte, entrega, distribución o comercialización de drogas ilícitas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 de la Constitución Política, 376 de la ley 599 de 2000 y 34 (numeral 1°), 38 (numerales 1°, 5° y 6°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numerales 8° y 9°), 93 (numeral 1°), 146 (numeral 6°) y 159 (numeral 4°) de la Ley 1801.

Tal normatividad, valga resaltarlo, protege los bienes jurídicos relacionados con: *i)* la integridad de los niños, niñas y adolescentes, *ii)* la convivencia en los establecimientos educativos, *iii)* el cumplimiento de la normatividad que afecta la actividad económica, *iv)* la seguridad y tranquilidad que afecta la actividad económica, *v)* la tranquilidad y a las relaciones respetuosas de las personas, *vi)* el cuidado e integridad del espacio público y *v)* la convivencia en los sistemas de transporte motorizados o servicio público de transporte masivo de pasajeros.

Así las cosas, es una realidad que los artículos 2.2.8.9.1., 2.2.8.9.2 y 2.2.8.9.4 adicionados por el decreto acusado, definen el procedimiento aplicable para **evaluar las condiciones de modo, tiempo y lugar que habilitan el hecho de tener y portar sustancias psicoactivas**, con miras a dilucidar si hay lugar o no a imponer las limitaciones ya referidas, tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en la precitada sentencia.

En este punto, la **“necesidad de mantener el Estado de derecho en un clima de convivencia y armonía social, es lo que justifica que el ejercicio de las libertades de cada persona, o de un grupo de ellas, se encuentre limitado por parámetros normativos reguladores del comportamiento ciudadano”**, teniendo en cuenta que **“(…) las restricciones a las libertades ciudadanas encuentran fundamento en el concepto de orden público, el cual se entiende como las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad, y para que estas condiciones mínimas se cumplan, es necesario por parte del Estado, a través de las respectivas autoridades, adelantar una labor preventiva que las haga efectivas, garantizando así una convivencia pacífica”**¹³⁶.

Aunado a ello, la Sala comparte la postura que ha mantenido la Corte Constitucional en relación con la imposibilidad de invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad como mecanismo para limitar la capacidad punitiva del Estado en materia de lucha contra el narcotráfico¹³⁷.

Precisamente, en la sentencia C-420 de 2002, la Corte afirmó que los delitos asociados al narcotráfico afectan una amplia gama de derechos de los colombianos que no pueden ser simplemente desconocidos para hacer primar el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto señaló:

*“Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, **la salud pública**, postura esta que resultaba compatible con el deber que el constituyente impuso a toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunicad -Artículo 49, inciso final, de la Carta- y con el deber que le asiste a la persona y al ciudadano de obrar*

¹³⁶ Sentencia SU-476/97

¹³⁷ En la sentencia C-010 de 2003, la Corte explicó que los principios aplicables al derecho penal sirven de criterio interpretativo del derecho sancionatorio administrativo.

conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas -Artículo 95, numeral 2°-.

Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que **se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia.** Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, **capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.**

De allí que en el narcotráfico no sólo se advierta menoscabo de bienes jurídicos que remiten a derechos ajenos, sino que confluyan también, de un lado, una indiferencia total por el daño causado a los titulares de tales derechos y, por otro, una capacidad corruptora que ha permitido incluso el cuestionamiento de los ámbitos de poder político interferidos por ella” (negritas fuera de texto).

Adicionalmente, la misma Corte indicó que **la conducta asociada al porte y tenencia cuando su fin es el consumo, difiere de la acción de tenencia dirigida a fomentar su comercialización**, por la disponibilidad de los derechos que están bajo amenaza. Solo el titular de derechos individuales (con capacidad de consentir) puede decidir si asume o no la lesión o puesta en peligro de su derecho, mientras que los derechos colectivos son indisponibles por personas individualmente consideradas. Indica la providencia:

“(a)un admitiendo la existencia de derechos fundamentales disponibles, el carácter disponible de un derecho no se opone a la tipificación como delito de la conducta que lo vulnere o que lo ponga en peligro si el legislador estima que se trata de un bien jurídico fundamental que es preciso proteger de lesiones o puestas en peligro socialmente intolerables.

Mucho menos el carácter disponible de un derecho constituye argumento para afirmar la inexequibilidad de la norma que tipifique como punible la conducta de quien lo lesiona o pone en peligro pues la consideración legal del consentimiento como causal de exclusión de responsabilidad penal remite, en cada caso, al titular de un bien jurídico individual ya que es éste el que decide si consiente o no la lesión o puesta en peligro del derecho de que es titular.

Adviértase que, así como se presentarán eventos en que los titulares de derechos disponibles consientan su lesión o puesta en peligro, concurrirán otros en los que los titulares no brindarán su consentimiento. En relación con éstos es claro que se tipificaría el delito y, dado el caso, habría lugar a la imposición de las penas correspondientes. (...)

*Por otra parte, el actor pierde de vista que **el consentimiento procede en relación con bienes jurídicos individuales y no en relación con bienes jurídicos colectivos, naturaleza que tienen precisamente los bienes jurídicos que se protegen con la penalización del tráfico de estupefacientes: Salud pública, seguridad pública y orden económico y social.** Esto es así porque en el caso de los bienes jurídicos colectivos su titular es la comunidad en general y no las personas aisladamente consideradas y, ante esta circunstancia, es claro que el bien jurídico no está a disposición de quien individualmente consienta la lesión por no ser éste su titular.*

Luego, es claro que los bienes jurídicos protegidos por el tráfico de estupefacientes son de naturaleza colectiva, indisponibles por personas individualmente consideradas y, en consecuencia, no susceptibles de exonerar de responsabilidad penal por el consentimiento de la víctima” (negritas fuera de texto).

Este mismo discernimiento se plasma en la sentencia C-689 de 2002, providencia a través de la cual la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382 y 385 de la Ley 599 de 2000, en el sentido de declarar su exequibilidad¹³⁸, luego de advertir que “*el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como cualquier derecho fundamental, no es un derecho absoluto y tampoco puede ser invocado para desconocer los derechos de otros, ni los derechos colectivos, ni mucho menos para limitar la capacidad punitiva del Estado frente a comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico, o el ejercicio de los demás derechos de los ciudadanos*”.

Todo lo anterior quiere decir que los bienes jurídicos protegidos por el CNSCC tampoco pueden ser objeto de disposición por personas individualmente consideradas.

En otras palabras, la Sala reconoce que las personas cuentan con la posibilidad de elegir si consumen o no sustancias psicoactivas, como una variante de las distintas manifestaciones de su personalidad. Sin embargo, es claro que para el ejercicio de tal prerrogativa los consumidores deben respetar las normas policivas que señalan

¹³⁸ Ver sentencia C-689 de 2002.

las circunstancias modales no habilitadas para el ejercicio de tal actividad, contenidas y descritas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º), 34 (numeral 1º), 38 (numerales 1º, 5º y 6º), 39 (numeral 1º), 59 (numeral 9º), 92 (numerales 8º y 9º), 93 (numeral 1º), 140 (numeral 7º), 146 (numeral 6º) y 159 (numeral 4º) de la Ley 1801.

Por otra parte, y respecto de la afirmación del demandante según la cual el decreto demandado desconoce lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, a través de la cual fueron declaradas inexecutable las expresiones “*alcohólicas*” y “*psicoactivas*”, previstas en los artículos 33 (literal c, numeral 2) y 140 (numeral 7) del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, la Sala encuentra lo siguiente:

Sea lo primero aclarar que, **al momento de la expedición del acto acusado**, ninguna expresión contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2) y 140 (numeral 7) del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana había sido declarada inexecutable y, en tal sentido, el Gobierno Nacional contaba con la competencia para su reglamentación, así como para desarrollar el contenido de los artículos 34, 38, 39, 59, 92, 93 y 146 de la misma Ley 1801 de 2016.

Por otra parte, la Sala advierte nuevamente que es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación que ha considerado que el juicio de legalidad se lleva a cabo teniendo en cuenta los supuestos fácticos y jurídicos vigentes al momento de la expedición del acto acusado, razón por la que la modificación normativa ocasionada en virtud de lo resuelto en la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, no debe tenerse en cuenta para resolver los cargos de nulidad, tal y como se puso de presente en el auto que decidió la medida cautelar de suspensión provisional.

Aun así, conforme a la explicación contenida en el acápite VII.3.1.4. de esta providencia, es una realidad que el alto Tribunal, en la sentencia C-253 de 2019, reconoció la potestad con la que cuenta el legislador para fijar las circunstancias modales del consumo de psicotrópicos de manera proporcional y justificada, así como los mecanismos normativos fijados en la Ley 1801 y, específicamente, los señalados en los artículos 33 (literal c, numeral 2) y 140 (numeral 7) de la misma codificación, a través de los cuales la Policía Nacional puede garantizar el orden público y la protección de los derechos de los terceros en materia de SPA.

Se resalta que la Corte Constitucional explicó en su providencia que la decisión de inconstitucionalidad recaía “sobre algunas de las expresiones de las normas legales acusadas **y no sobre la totalidad de los textos normativos en que se encontraban**. Así, el artículo 33 establece ahora la prohibición de “c) **Consumir sustancias prohibidas, no autorizados para su consumo**” y el Artículo 140 la prohibición de “7. **Consumir sustancias prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente, (...) previsiones legales que se encuentran vigentes y, a su vez, corresponderá a las autoridades competentes, ejerciendo sus funciones dentro del marco constitucional vigente, **precisar esas prohibiciones, de manera razonable y proporcionada**, dentro de los límites que impone el orden constitucional vigente**” (negrillas fuera de texto), razón por la que la restricción allí contenida deberá ser desarrollada por el poder policivo derivado (ya sea del nivel nacional, departamental o local).

Es por lo anterior que, en el presente caso, no se presentó una pérdida de fundamentos del acto demandado en virtud de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019. Sumado a ello, se tiene que dicho argumento tampoco se acompasa con las causales previstas en el CPACA para la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

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 [...].”¹³⁹ (negrillas y subrayado fuera de texto).*

¹³⁹ 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.

Por último, la parte actora sostiene que la medida de destrucción de la dosis personal es excesiva, desproporcionada e innecesaria, dado que, en su criterio, el fin de portar el estupefaciente se relaciona exclusivamente con el consumo propio.

Sin embargo, este reproche tampoco resulta admisible, dado que: i) la medida correctiva establecida en el decreto 1844 encuentra correspondencia con las conductas prohibidas regladas en los artículos 34 (numeral 1°, 2°, 3° y 4°), 38 (numerales 1° y 5°), 92 (numerales 8°) y 93 (numeral 10°) (Ley 1801 de 2016); y, ii) la afirmación efectuada por la parte actora resulta sesgada dado que la autoridad de policía para su adopción debe efectuar un procedimiento previo en cuyo marco valora la necesidad y procedencia de la misma.

Nótese que el artículo 192 *ibídem*, especifica cuáles son los propósitos que nutren la labor policial al momento de corregir un comportamiento prohibido a través de la medida de destrucción de un bien, al señalar que tal procedimiento:

*“consiste en destruir **por motivos de interés general** un bien mueble cuando **implique un riesgo o amenaza a la convivencia o al ambiente, o sea utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros**”* (negrillas fuera de texto).

Como se observa, antes de su adopción, el agente de policía efectúa un análisis previo de proporcionalidad tendiente a salvaguardar el interés general ya sea porque: i) se **previene un riesgo o una amenaza a la convivencia o al ambiente**, o en razón a que: ii) **el bien esta siendo utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros**.

Ambas circunstancias difieren claramente del supuesto de hecho señalado por la parte demandante conforme al cual el porte del estupefaciente “*solo afecta a quien la consume, en tanto que es para sí misma*”, en la medida en que el procedimiento policivo contemplado en el decreto 1844 sirve de escenario para verificar la salvaguarda del interés general por la comisión de conductas **ligadas al narcomenudeo o que trasciendan a la órbita de derechos ajenos**, con plenas garantías del derecho fundamental al debido proceso del presunto infractor.

Aunado a ello, como se verá más adelante, **el concepto de dosis personal, implica, per se, un contexto de no comercialización**, en virtud del cual la presunción prevista en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, está

acompañada de un juicio de verificación, al disponer 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**”*.

Por todo lo anterior, en el evento en que se verifique la comisión del comportamiento de porte contrario a la convivencia, la medida resultaría proporcional, necesaria y adecuada, toda vez que con ella se protege el interés general luego de culminar un procedimiento reglado por el CNSCC, que será documentado e informado a las autoridades competentes, **tendiente a diferenciar el escenario lícito del ilícito**, según lo estipulado en su artículo 1°, a través del cual se adiciona el Capítulo 9° del Título 8° de la parte 2ª del Libro 2° del Decreto 1070 de 2015 *“Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”*.

Por todo lo anterior, no resulta procedente acceder a la pretensión de nulidad con base en el cargo aquí esbozado, pues no se advierte la transgresión de los artículos 1°, 2°, 5°, 12, 15 y 16 de la Constitución Política.

VII.4.5. De la vulneración de los artículos 6°, 28 y 29 de la Constitución Política y de la Ley 1801 de 2016

El demandante cuestiona el Decreto 1844 de 2018 por considerar que desconoce los principios de tipicidad, legalidad y reserva de ley en materia sancionatoria, dado que solo el legislador puede establecer tipologías y sanciones administrativas para los particulares respecto de las conductas que considera reprochables.

Para resolver, la Sala estima pertinente empezar por señalar que las autoridades públicas pueden aplicar medidas correctivas a los particulares (administrados) y a los servidores públicos que afectan y/o amenazan el ordenamiento jurídico, manifestación del *ius puniendi* del Estado que se encuentra limitada por los principios a los que alude el demandante.

Precisamente, 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. Es así como el principio de subordinación conlleva el

cumplimiento del deber de correlación y dependencia entre el acto administrativo y la ley que reglamenta, “*de modo que **no se pueden modificar las disposiciones contenidas en ella***”, puesto que, “*si el ejecutivo desborda la facultad reglamentaria y se arroga una competencia de la que carece, termina por invadir la órbita del legislador, al punto de colegislar conjuntamente con él*”¹⁴⁰(negritas fuera de texto).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional, al referirse a los límites en el ejercicio de la potestad reglamentaria, ha definido esta como:

*“...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”*¹⁴¹ (negritas fuera de texto).

Con base en lo expuesto, “[...] **la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338) [...]**”¹⁴², a tal grado que “[...] **las materias objeto de reserva de ley no pueden ser ‘deslegalizadas’**, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución [...]”¹⁴³. (Negritas fuera del texto)

¹⁴⁰ Sentencia de 23 de noviembre de 2005, expediente 14501; M.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en auto proferido el 12 de diciembre de 2007, expediente 34.144. En el mismo sentido fue reiterada en auto de mayo 27 de 2009, radicación 110010326000200900035-00, expediente 36601. Magistrado ponente: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Martín Bermudez Muñoz, demandado: Presidencia de la República y otros.

¹⁴¹ Al respecto, ver sentencia de la Corte Constitucional C-805-01.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

De acuerdo con las anteriores precisiones, es del caso verificar si el acto demandado contiene instrucciones sujetas a reserva de ley policiva que permitan admitir la existencia de un vicio regulatorio que dé lugar a su nulidad.

VII.4.5.1. Del comportamiento contrario a la convivencia referido al porte y tenencia de sustancias psicoactivas y de la medida correctiva de destrucción del bien

Como se anotó anteriormente, la parte actora considera que el decreto 1844 instituyó el tipo de porte de dosis personal y su respectiva sanción, en los siguientes apartes:

“ARTÍCULO 1. Adiciónese el capítulo 9º del título 8º de la parte 2 del libro 2º del Decreto 1070 de 2015, "Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa", el cual quedará así:

CAPÍTULO IX

Comportamientos contrarios a la convivencia relacionados con el porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas

ARTÍCULO 2.2.8.9.1. Verificación de la infracción. En el marco del Proceso Único de Policía, ***cuando la autoridad advierta la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas (...)***

ARTÍCULO 2.2.8.9.3. Consecuencia de la infracción. En el evento en que el presunto infractor, una vez surtido el trámite del proceso verbal inmediato de que trata el 222 del Código Nacional de Policía y Convivencia, sea encontrado como responsable de un comportamiento contrario a la convivencia relacionado con el porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, ***procederá a imponer, en todo caso la medida correctiva de destrucción del bien, sin perjuicio de las demás a las que hubiere lugar”.***

ARTÍCULO 2.2.8.9.4. Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien. Para la aplicación del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción de las sustancias de que trata el artículo 2.2.8.9.1 del presente Decreto, el personal uniformado se sujetará al protocolo establecido en los apartes 3.9 y 4.7 de la Guía de Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional, frente al Código Nacional de Policía y Convivencia, identificada con el No.1 CS-GU-0005, expedida el 27 de junio de 2018 por la Dirección General de la Policía Nacional, o el acto administrativo que lo modifique”.

Ahora bien, luego de analizar el alcance del comportamiento contrario a la convivencia y de la medida correctiva que se cita en la parte motiva del acto

demandado, esto es: el porte de estupefacientes y la destrucción del bien, la Sala encuentra que a la parte actora no le asiste la razón por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la norma demandada hace referencia al verbo **portar**, vocablo que en las dos primeras acepciones descritas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “**tener algo consigo o sobre sí**” y “**llevar, conducir algo de una parte a otra**”¹⁴⁴. Es decir que tal expresión es sinónima del vocablo **tener**. Por su parte, el verbo **tener** corresponde a la acción de “**mantener asido algo**”, “**poseer (tener en su poder)**”, “**mantener (sostener)**” y “**contener o comprender en sí**”¹⁴⁵; mientras que el significado de la acción de **poseer** comporta “**tener en su poder algo**”¹⁴⁶.

Con fundamento en las anteriores premisas, la Sala advierte la innegable relación entre las conductas humanas referidas a portar, tener y poseer; y, además, pone de relieve que el mismo legislador validó la sinonimia existente entre los verbos **tener** y **poseer**, según lo evidencia el texto del artículo 93, numeral 10, del CNSCC, norma del siguiente tenor: “*Comportamientos relacionados con la seguridad y tranquilidad que afectan la actividad económica (...) 10. Comercializar, facilitar, almacenar, prestar, empeñar, guardar, **tener o poseer elementos, sustancias o bienes de procedencia ilícita***”.

Por ende, el acto acusado no desconoció ni transgredió los principios de legalidad y tipicidad, pues el ejecutivo reglamentó las conductas previstas en el CNSCC que tienen aparejada la acción de **portar -tener o poseer-** la sustancia psicoactiva, tal y como se observa en los artículos 34 (numeral 1°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numeral 8°) y 93 (numeral 1°) de la Ley 1801, así:

Comportamiento contrario a la convivencia contenido en el CNSCC	
Título artículo	contenido de la disposición
ARTÍCULO 93. Comportamientos relacionados con la seguridad y tranquilidad que afectan la actividad	10. Comercializar, facilitar, almacenar, prestar, empeñar, guardar, tener o poseer elementos, sustancias o bienes de procedencia ilícita.

¹⁴⁴ La definición de la RAE del verbo portar se puede consultar en: <https://dle.rae.es/portar>
¹⁴⁵ La definición de la RAE del verbo tener se puede consultar en: <https://dle.rae.es/tener>
¹⁴⁶ La definición de la RAE del verbo poseer se puede consultar en: <https://dle.rae.es/poseer>

económica.	
ARTÍCULO 34. Comportamientos que afectan la convivencia en los establecimientos educativos relacionados con consumo de sustancias.	1. Tener, consumir bebidas alcohólicas, drogas o sustancias prohibidas, dentro de la institución o centro educativo.
ARTÍCULO 39. Prohibiciones a niños, niñas y adolescentes.	1. 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.
ARTÍCULO 59. Comportamientos que ponen en riesgo la vida e integridad de las personas en las actividades que involucran aglomeraciones de público no complejas.	9. Quienes, al desplazarse a un acto o evento, o durante el desarrollo del mismo, en el recinto o en sus alrededores, porten, consuman, o estén bajo los efectos de sustancias psicoactivas, alcohólicas o sustancias combinadas química o físicamente, que produzcan estados irregulares en el cuerpo humano y estén prohibidas por las normas vigentes, o por la reglamentación expedida de conformidad con el artículo 47 del presente Código.
ARTÍCULO 92. Comportamientos relacionados con el cumplimiento de la normatividad que afectan la actividad económica.	8. Almacenar, elaborar, poseer, tener, facilitar, entregar, distribuir o comercializar, bienes ilícitos, drogas o sustancias prohibidas por la normatividad vigente o las autoridades competentes.

Además, en aquellos eventos en los que el presunto infractor incurra en otras conductas prohibidas y que sean conexas al porte de SPA **-específicamente las señaladas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º), 34 (numeral 1º), 38 (numerales 1º, 5º y 6º), 39 (numeral 1º), 59 (numeral 9º), 92 (numeral 8º y 9º), 93 (numeral 1º), 140 (numeral 7º) y 146 (numeral 6º) de la Ley 1801-**, igualmente resultará dable aplicar el procedimiento verbal inmediato de que trata el decreto 1844 y al que hemos venido haciendo alusión, por cuanto el **acto de porte –o de tenencia o de posesión- de SPA**, es requisito previo para el desarrollo de las acciones también proscritas de **comercialización, distribución, inducción, almacenamiento, préstamo, empeño, guarda o consumo de SPA**.

En segundo lugar, es pertinente desestimar el cargo asociado a que el acto acusado creó una sanción en desconocimiento del principio de reserva legal, por cuanto: i) la medida correctiva establecida en el decreto 1844 encuentra correspondencia con el mecanismo correccional contemplado en los artículos 34 (numeral 1°, 2°, 3° y 4°), 38 (numerales 1° y 5°), 92 (numerales 8°) y 93 (numeral 10°) de Ley 1801 de 2016; ii) la destrucción del bien se encuentra taxativamente contemplada en el artículo 192 del CNSCC; y, iii) la actuación asociada a la destrucción no constituye en sí misma una sanción, procedimiento que se ajusta a los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, ya que cumple un propósito pedagógico que no trasciende a la órbita penal.

En estos términos, la Sala comparte lo afirmado a este respecto por el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien acertadamente señaló que **el decreto acusado no tiene relación alguna con las conductas permitidas a los adictos o consumidores (cuando estas no afectan derechos de terceros o colectivos)** sino con el mantenimiento del orden público, la tranquilidad ciudadana, la seguridad, la convivencia y el control del micro tráfico de estupefacientes.

Por todo lo dicho, la Sala considera que el decreto 1844 no instituyó ni un tipo ni alguna sanción y tampoco desconoció los artículos 6°, 28 y 29 de la Constitución, o dejó de considerar el contenido de la jurisprudencia de las altas Cortes sobre esta materia, razón por la que el cargo relacionado con el eventual desconocimiento de los principios de tipicidad, legalidad y reserva legal en materia sancionatoria, carece de vocación de prosperidad.

VII.4.5.2. Del procedimiento verbal inmediato

Finalmente, luego de revisar lo dispuesto en el decreto 1844 sobre la presunta creación de un procedimiento administrativo, se tiene que la norma acusada remite a la actuación prevista en el artículo 222 de Ley 1801 de 2016.

Concretamente, el acto demandado señala:

“ARTÍCULO 1. *Adiciónese 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", el cual quedará así:*

CAPÍTULO IX

Comportamientos contrarios a la convivencia relacionados con el porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas

ARTÍCULO 2.2.8.9.1. Verificación de la infracción. En el marco del Proceso Único de Policía, cuando la autoridad advierta la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas (...) **se aplicará 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".**

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente capítulo se aplicará únicamente a las presuntas infracciones derivadas del porte y tenencia de las cantidades de dichas sustancias que las normas vigentes determinan como dosis personal.

El porte y tenencia de cantidades que excedan la dosis personal será judicializado de conformidad con la normatividad vigente.

ARTÍCULO 2.2.8.9.2. Descargos. En los casos previstos en el artículo anterior, la autoridad competente procederá a oír en descargos al presunto infractor. (...)

ARTÍCULO 2.2.8.9.4. Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien (negrillas fuera de texto).

Así, según los artículos 2.2.8.9.1 y 2.2.8.9.2 del Decreto 1070 de 2015, en el marco del procedimiento único de Policía (cuyos principios rectores son la oralidad, la gratuidad, la inmediatez, la oportunidad, la celeridad, la eficacia, la **transparencia** y la **buena fe**), en el evento en que la tenencia de sustancias psicoactivas¹⁴⁷, haga incurrir al presunto infractor en la conducta prohibida de porte de estupefacientes, prevista en los artículos 34 (numeral 1°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numeral 8°) y 93 (numeral 1°) de la ley 1801, resulta necesario aplicar el proceso verbal inmediato de que trata su artículo 222. Este procedimiento policivo cobija a todas las personas que porten, posean y tengan ese tipo de sustancias y atiende a la siguiente regulación:

¹⁴⁷ “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 la 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”.

“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” (negrillas fuera de texto).

Así, de la lectura de la norma 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”**¹⁴⁸.

Sumado a lo anterior, y al tenor del parágrafo 1° 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 de los artículos 34 (numeral 1°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numeral 8°) y 93 (numeral 1°) de la ley 1801, 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”*¹⁴⁹.

Ahora bien, con plenas garantías del derecho fundamental al debido proceso, desde los componentes de defensa y 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

¹⁴⁸ CNPC, art. 5.

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-282 de 2017.

una orden de policía frente a la cual procede el recurso de apelación; 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”*** al que alude el artículo 2.2.8.9.4 del acto acusado.

Finalmente, en cuanto a la afirmación de la parte actora consistente en que el decreto 1844 ordena la judicialización de la dosis personal, la Sala aclara que el segundo inciso del párrafo del artículo 2.2.8.9.1 del decreto 1070, según el cual ***“el porte y tenencia de cantidades que excedan la dosis personal será judicializado de conformidad con la normatividad vigente”***, constituye un desarrollo del párrafo 2° del artículo 214 de la Ley 1801 y, en consecuencia, tampoco transgrede la norma que reglamenta.

En efecto, dicho párrafo únicamente reconoce el deber del Estado de judicializar la conducta punible prevista en el artículo 376 del Código Penal y asociada al porte de estupefacientes, cuando el sujeto es capturado en flagrancia con cantidades superiores a las regladas dentro del margen de dosis mínima.

Es pertinente resaltar que el CNSCC, en el párrafo 2° del artículo 213, establece que las autoridades de policía están obligadas a poner *“en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación todos los hechos que constituyan conductas tipificadas en el Código Penal, sin perjuicio de las medidas correctivas a imponer de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de este Código”*.

Por lo anterior, el acto acusado respeta el deber de la policía de articular su actuar con el de la Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta que el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, mediante la cual se establece el Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, señala la prohibición de ***“llevar consigo, almacenar, conservar (...) 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”***.

Ello no significa, que la autoridad judicial, al momento de evaluar la punibilidad de la conducta, pueda eximirse de su deber de verificar la antijuricidad de ese delito.

Con base en lo dicho, y luego de analizar los verbos rectores de los comportamientos juzgados por el legislador como contrarios a la convivencia y evaluar si la medida correctiva y el procedimiento ordenado en el acto acusado modificaba el trámite legal previsto para garantizar la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, con los bienes, y con el ambiente, la Sala encuentra que el cargo de desconocimiento de los artículos 6º, 28 y 29 de la Constitución Política y de la Ley 1801 de 2016, también carece de vocación de prosperidad.

Adicionalmente, debe recordarse que en la sentencia C-595 de 2010 la Corte Constitucional explicó que el **principio de legalidad de las sanciones administrativas** *“sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador”*.

Así pues, el decreto 1844 guarda coherencia con las disposiciones legales antes citadas y resulta armónico 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 psicotrópicas prohibidas cuando afectan el orden público y concretamente la tranquilidad, la convivencia, la seguridad y el respeto de los derechos ajenos.

VII.4.6. De la vulneración de la Ley 1801 de 2016

El ciudadano Andrés Felipe Yepes Guzmán alega que el Decreto 1844 de 2018 consagró la figura de la confiscación de un bien mueble cuya tenencia es legítima. Por su parte, los coadyuvantes de la parte demandante sostienen que el decreto 1844 desconoce lo reglado en materia de incautación por el artículo 164 del CNSCC¹⁵⁰ y lo dispuesto en el artículo 192 de la norma *ibídem* sobre la medida correctiva de destrucción del bien.

¹⁵⁰ “ARTÍCULO 164. INCAUTACIÓN. Es la aprehensión material transitoria de bienes muebles, semovientes, flora y fauna silvestre que efectúa el personal uniformado de la Policía Nacional, cuya

A efectos de resolver, es necesario aclarar que la confiscación se diferencia de la medida correctiva de destrucción del bien en su naturaleza y en su finalidad, según lo dispuesto en el artículo 34 superior y en los artículos 164 y 192 del CNSCC. Así, la confiscación se refiere a un apoderamiento arbitrario de la propiedad expresamente prohibido por el artículo 34 superior, mientras que la destrucción del bien, comprende una forma legítima y justificada de afectación de la propiedad, sin indemnización, **propia del derecho policivo**, según lo ratifica el numeral 14 del artículo 173 del CNSCC¹⁵¹, norma del siguiente tenor: ***“Las medidas correctivas a aplicar en el marco de este Código por las autoridades de policía, son las siguientes: (...) 14. Destrucción de bien”.***

Nótese que la medida correctiva prevista por el Decreto 1844 de 2018 -de destrucción de los estupefacientes objeto de la incautación-, no es una sanción penal y en ningún momento comparte los elementos de la figura de la confiscación, dado que aquella restricción de la libertad solo procede *“por motivos de interés general (...) cuando implique un riesgo o amenaza a la convivencia o al ambiente, o sea utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros”*, en los términos del artículo 192 del CNSCC.

En efecto, la destrucción del bien es una medida cuyo origen no está en la infracción del estatuto penal, sino en la comisión de una contravención de tipo policivo, por lo que no se puede equiparar a la confiscación, definida por la Corte Constitucional, en las sentencias C-677 de 1998 y C-459 de 2011, como *“el apoderamiento arbitrario de todos los bienes de una persona por el Estado, sin compensación alguna y bajo la apariencia de una sanción, cuando en la realidad se trata de una represalia generalmente por parte de quienes detentan el poder”*.

tenencia, venta, oferta, suministro, distribución, transporte, almacenamiento, importación, exportación, porte, conservación, elaboración o utilización, constituya comportamiento contrario a la convivencia y a la ley. El personal uniformado de la Policía Nacional documentará en un acta el inventario de los bienes incautados, las razones de orden legal que fundamentan la incautación, entregará copia a la persona a quien se le incauten y serán puestos a disposición de las autoridades competentes en el término de la distancia y conforme al procedimiento que para tal fin establezca la Policía Nacional o las autoridades pertinentes de conformidad con la normatividad vigente”.

¹⁵¹ “ARTÍCULO 173. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS. <Artículo corregido por el artículo 12 del Decreto 555 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Las medidas correctivas a aplicar en el marco de este Código por las autoridades de policía, son las siguientes: (...)

6. Decomiso. (...)

14. Destrucción de bien”.

Por todo lo dicho, no se advierte una contradicción directa entre la ley 1801 y el decreto 1844, en tanto las figuras cuya equiparación se pretende son de naturaleza disímil y las directrices señaladas en el Decreto 1844 de 2018, desarrollan lo dispuesto en los artículos 164 y 192 del CNSCC; resaltando la Sala que la parte actora no esgrimió argumentos adicionales para sustentar este cargo que, como corolario de lo anterior, carece de vocación de prosperidad.

VII.4.7. De la vulneración del artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986

El señor Andrés Felipe Yepes Guzmán manifiesta que el decreto 1844 desconoce la figura de “*dosis personal*”, contemplada en la norma arriba citada, para lo cual sostiene que la misma ampara el derecho a portar las cantidades allí establecidas de estupefacientes para uso propio.

Como ya se mencionó, el artículo 2º de la Ley 30 de 1986, también conocida como “*Estatuto Nacional de Estupefacientes*”, en su literal j) define qué se considera por “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, esta figura contempla “***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***”.

De manera 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 ende, el supuesto allí contemplado debe ser demostrado y, en consecuencia, el proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 del CNSCC, es el escenario idóneo para evaluar el fin que será dado a la droga y garantizar con esto la no afectación de la convivencia, la tranquilidad y el orden público.

Lo anteriormente expuesto guarda coherencia con lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, decisión en la que se diferenció la

“actividad lícita (de consumo personal de SPA), de la conducta ilícita asociada al “narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables”. En este mismo sentido, el alto Tribunal, en la sentencia C-491 del 28 de junio de 2012¹⁵², se refirió al deber de la autoridad judicial de efectuar un análisis de antijuricidad material sobre el porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación¹⁵³, en los siguientes términos:

“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).

¹⁵² En esa oportunidad, la Corte decidió 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.

¹⁵³ Sobre este punto, se dijo: “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 2º 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 antijuricidad 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 antijuricidad 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 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, previa valoración del criterio de lesividad o antijuricidad material”.

Todo lo anterior significa que la presunción prevista en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, es el sustento y sirve como límite del procedimiento policivo a que alude el acto acusado, pues se reitera que en tal escenario se evaluará la configuración del supuesto normativo según el cual: *“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**”*. Se destaca, además, que en el mismo procedimiento se deberá analizar si el presunto infractor trasgredió el orden público, la tranquilidad, la convivencia o los derechos de terceros o colectivos protegidos por la Ley 1801 de 2016, ello con miras a la imposición de la correlativa medida correctiva.

En tal orden de ideas, la Sala concluye que, a través del procedimiento policivo acusado, se busca corroborar, en el marco de los derechos de defensa y contradicción, la situación descrita en el artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986 y en las sentencias C-221 de 1994, C-491 2012 y C-491 de 28 de diciembre de 2009, proferidas por la Corte Constitucional.



VII.4.8. La falta de competencia

En este punto, el ciudadano Andrés Felipe Yepes Guzmán sostiene que el Gobierno Nacional, a través el Decreto 1844 de 2018, reglamentó el ejercicio de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de elección de un proyecto de vida; y, además, creó un *“tipo administrativo sancionatorio”*, una *“sanción”* y un *“procedimiento administrativo”* para su aplicación, con lo que excedió su competencia reglamentaria, para abrogarse funciones exclusivas del Legislador, toda vez que dichos asuntos gozan de reserva legal.

Pues bien, dado que el cargo de falta de competencia atiende a dos premisas, la Sala resolverá cada uno de los juicios de reproche en apartes específicos.

VII.4.8.1. Del cargo atinente a la reglamentación de los derechos fundamentales de las personas.

El artículo 150 de la Constitución Política asigna al Congreso de la República la función de hacer leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas. Dicha potestad legislativa atiende a un sistema normativo piramidal integrado por códigos y leyes marco, ordinarias, orgánicas, de facultad extraordinaria y estatutarias¹⁵⁴. Sobre esta última categoría, el artículo 152 superior consagra un procedimiento legislativo cualificado para las materias consideradas por el Constituyente de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, ante la generalidad del mandato dispuesto en el literal a) del artículo *ibídem*, referido a la regulación de los “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”, la Corte Constitucional jurisprudencialmente ha delimitado tal contenido en el sentido de aclarar que no toda ley relacionada con derechos fundamentales goza de trámite estatutario¹⁵⁵, pues dicho procedimiento cualificado se circunscribe solamente a los “elementos estructurales esenciales”¹⁵⁶ y a los “mecanismos para su protección”¹⁵⁷, cuyos demás aspectos normativos siguen la competencia legislativa ordinaria¹⁵⁸.

Por ello, al legislador estatutario le corresponde desarrollar los aspectos principales del núcleo esencial de los derechos fundamentales, relacionados con:

¹⁵⁴ La jurisprudencia constitucional ha señalado que la introducción de las leyes estatutarias en el derecho colombiano tiene como fundamento: “i) la naturaleza superior de este tipo de normas requiere superior grado de permanencia en el ordenamiento y seguridad jurídica para su aplicación; ii) por la importancia que para el Estado tienen los temas regulados mediante leyes estatutarias, es necesario garantizar mayor consenso ideológico con la intervención de minorías, de tal manera que las reformas legales más importantes sean ajenas a las mayorías ocasionales y, iii) es necesario que los temas claves para la democracia tengan mayor debate y consciencia de su aprobación, por lo que deben corresponder a una mayor participación política.”

¹⁵⁵ Ver sentencia C-013 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵⁶ Ver sentencia C-226 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero y sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵⁷ Ver sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁵⁸ En la sentencia C-145 de 1994 se afirmó que: “(...) la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales. En materia de derechos fundamentales debe efectuarse ‘una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías cualificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución’. Esto significa que las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico”.

(i) la regulación de manera integral, estructural y completa del derecho¹⁵⁹; (ii) la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones¹⁶⁰ (iii) los principios básicos previstos para su ejercicio¹⁶¹; (iv) el desarrollo de los procedimientos y recursos para la protección directa de los derechos¹⁶² de naturaleza judicial y administrativa¹⁶³; y, (v) las prerrogativas que se derivan del derecho y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos¹⁶⁴.

En orden a resolver si lo dispuesto en el decreto 1844 transgrede o no el principio de reserva de ley estatutaria, es menester referirse a la exposición de motivos que sirve de sustento a su contenido normativo.

En tal sentido, el decreto demandado se justificó en la *“necesidad inaplazable”* de reglamentar el CNSCC, *“teniendo en cuenta (...) que muchos distribuidores de sustancias psicoactivas (marihuana, cocaína, bazuco, éxtasis, anfetaminas etc.) portan y comercializan dosis mínimas, bajo el amparo de la dosis personal o de aprovisionamiento, en el espacio público y se muestran como enfermos consumidores, para evadir la justicia”*.

Además, a nivel normativo, el acto demandado adiciona cuatro preceptos al capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, que imparten dos instrucciones dirigidas a los miembros de la Policía Nacional, las cuales son del siguiente tenor:

PRIMERA: En el marco del Proceso Único de Policía se debe aplicar el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016, cuando la autoridad advierta que con

¹⁵⁹ Sobre este punto, en sentencia C-053/19, se precisó que *“el legislador asume de manera integral, estructural o completa la regulación de un tema de aquellos que menciona el artículo 152 superior, debe hacerlo mediante ley estatutaria, aunque dentro de esta regulación general haya disposiciones particulares que por su contenido material no tengan el significado de comprometer el núcleo esencial de derechos cuya regulación se defiende a este especial proceso de expedición legal. Es decir, conforme con el aforismo latino que indica que quien puede lo más, puede lo menos, una ley estatutaria que de manera integral pretende regular un asunto de los que enumera la precitada norma constitucional, puede contener normas cuya expedición no estaba reservada a este trámite, pero en cambio, a la inversa, una ley ordinaria no puede contener normas particulares reservadas por la Constitución a las leyes estatutarias”*.

¹⁶⁰ Ver sentencias C-425 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-251 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1338 de 2000, M.P.(E) Cristina Pardo Schilesinger, C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶¹ Ver sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶² Ver sentencia C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶³ Sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁶⁴ Ver sentencia C-818 de 2011.

ocasión de la tenencia o porte de sustancias psicoactivas se puede incurrir en alguna de las infracciones previstas en el numeral 8° del artículo 92 y en el numeral 1° del artículo 93 de la Ley 1801 de 2016.

Para tal efecto, se entiende por sustancias psicoactivas: (i) 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 la 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.

En tal procedimiento la autoridad competente oír en descargos al presunto infractor.

SEGUNDA: En tratándose de esta tipología de comportamientos contrarios a la convivencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2.8.9.3 del Decreto 1070 de 2015, adicionado por el acto demandado, una vez agotado el citado trámite, procede la *“medida correctiva de destrucción del bien, sin perjuicio de las demás a las que hubiere lugar”*.

Para la aplicación del medio de policía de incautación y del subsiguiente procedimiento de destrucción de la SPA, el personal uniformado se sujetará al *Protocolo establecido en los apartes 3.9 y 4. 7 de la Guía de Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional, frente al Código Nacional de Policía y Convivencia, identificada con el No.1 CS-GU-0005, expedida el 27 de junio de 2018 por la Dirección General de la Policía Nacional, o el acto administrativo que lo modifique*.

Con base en lo dicho, la Sala advierte que no se cumple en este caso la condición principal de la reserva de ley estatutaria, consistente en que efectivamente se trate de la regulación de derechos y de deberes de carácter fundamental, pues el decreto acusado reglamenta los artículos 34 (numeral 1°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numeral 8°) y 93 (numeral 1°) de la ley 1801 de 2016; sin limitar

los derechos a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad de los usuarios de dichas sustancias, más allá de lo establecido por el legislador.

Desde la anterior perspectiva, no cabe duda que las disposiciones que parecerían relacionadas con los derechos fundamentales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de los usuarios del mercado de drogas ilegales, están circunscritas a un grupo poblacional que ejecuta una actividad transgrediendo intereses y derechos ajenos sin que la Constitución Política les haya reconocido esa potestad, que ciertamente se encuentra proscrita por el artículo 49 superior.

Indudablemente el acto acusado atiende a la finalidad de controlar los efectos nocivos que genera dicho negocio ilícito en las costumbres, en los esquemas valorativos y en las relaciones de poder, sin que se quisiera regular con el mismo un derecho fundamental, en tanto fue expedido con el objetivo de reglamentar parcialmente la Ley 1801 de 2016 en lo relativo a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas.

Es de resaltar, entonces, que los derechos relacionados con el uso y consumo de la llamada dosis mínima de SPA, no fueron regulados ni afectados por el Gobierno Nacional en el decreto 1844.

Así, entonces, del análisis del contenido del decreto 1844 no se observa que haya abordado temáticas concernientes al núcleo esencial de los derechos fundamentales¹⁶⁵, comoquiera que las instrucciones allí contenidas son directrices sobre la forma cómo se debe materializar lo normado por el CNSCC en cuanto a la infracción relativa al porte y tenencia de SPA, razón por la que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

VII.4.8.2. Del cargo referente a la trasgresión del principio de reserva legal por la creación de un “*tipo administrativo sancionatorio*”, una “*sanción*” y un “*procedimiento administrativo*” a través del decreto 1844.

En la medida en que este cargo versa sobre los mismos argumentos resueltos en el **numeral VII.4.5. de esta providencia**, la Sala se remite a las consideraciones

¹⁶⁵ La parte actora citó el principio de dignidad humana y los derechos fundamentales a la intimidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a primacía de los derechos inalienables de la persona, a la igualdad, a la salud, al debido proceso y a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

allí efectuadas y reitera que no se vulneró el principio de reserva legal y tampoco el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

VII.4.9. De la falsa motivación

El accionante afirma que el decreto 1844 *“se sustenta en disposiciones legales y constitucionales a las que se les ha dado un alcance interpretativo que no tienen”,* por cuanto *“se motiva a partir de una interpretación aislada del Acto Legislativo 02 de 2009”* que desconoce *“la sentencia C-574 de 2011, en cuanto al entendimiento sistemático, teleológico y literal que debe dársele al artículo 49 de la Constitución”,* específicamente, en lo atinente a *“las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico para las personas que consuman dichas sustancias”*¹⁶⁶.

Sin embargo, en los **acápites VII.3.3, VII.4.2 y VII.4.3 de esta providencia**, se explicó detalladamente que las afirmaciones expuestas en la demanda respecto de la hermenéutica del artículo 49 superior y su relación con el decreto 1844, carecen de sustento, pues el acto demandado respeta los fines y límites constitucionales allí previstos.

Recuérdese que la medida correctiva reglamentada por el decreto 1844 atiende a la finalidad preventiva y pedagógica prevista en el artículo 49 de la Carta Política, en los términos de los artículos 1º¹⁶⁷ y 172¹⁶⁸ del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

Además, en los apartados VII.3.3 y VII.4.3 de esta decisión, se estudió el alcance hermenéutico fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-574 de 2011

¹⁶⁶ Folio 33, *ibídem*.

¹⁶⁷ “ARTÍCULO 10. OBJETO. Las disposiciones previstas en este Código **son de carácter preventivo** y buscan establecer las condiciones para la convivencia en el territorio nacional al propiciar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, así como determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía, de conformidad con la Constitución Política y el ordenamiento jurídico vigente.”

¹⁶⁸ “ARTÍCULO 172. OBJETO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS. Las medidas correctivas, son acciones impuestas por las autoridades de Policía a toda persona que incurra en comportamientos contrarios a la convivencia o el incumplimiento de los deberes específicos de convivencia. Las medidas correctivas tienen por objeto **disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia.**

PARÁGRAFO 10. Las medidas correctivas no tienen carácter sancionatorio. Por tal razón, deberán aplicarse al comportamiento contrario a la convivencia las medidas correctivas establecidas en este código y demás normas que regulen la materia”.

respecto del artículo 49 superior. En dicha oportunidad se abordó cómo la medida de corrección respeta los parámetros gramaticales y teleológicos considerados en la sentencia C-574 y, además, se explicó que la lectura del artículo 49 superior debe hacerse integral y sistemáticamente con las demás disposiciones de la Carta Política relacionadas ***“con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (inciso tercero del artículo 44), con la protección y la formación integral del adolescente (artículo 45), con la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47); con el mismo derecho a la salud y saneamiento ambiental (art. 49) y con el numeral primero de los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.***

Allí también se precisó que el decreto reglamentario en nada afecta el derecho de los consumidores de acudir a las demás estrategias, programas o políticas que en materia de salud los benefician -las cuales se encuentran a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud o por las instituciones públicas o privadas especializadas para el tratamiento de dichos trastornos-, dado que la norma demandada no reglamenta esa materia y únicamente señala el procedimiento que ha de seguir la autoridad policiva en el evento en que deba verificar si una persona incurrió en un comportamiento contrario a la convivencia.

Por ende, y en razón a que la fundamentación del decreto 1844 resulta cierta y real, se negará este cargo.

VII.5. Conclusiones

Una vez efectuadas las anteriores consideraciones, la Sala precisará las premisas que sirven de sustento a la decisión que habrá de proferirse, a saber:

VI.5.1. En un Estado Social de Derecho las autoridades públicas deben equilibrar el ejercicio de las libertades ciudadanas con las garantías asociadas al orden público, a la convivencia, a la tranquilidad, a la seguridad, a la integridad del espacio público y al respeto de los derechos ajenos.

VII.5.2. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es un principio de medular del Estado Social de Derecho que debe materializarse al momento de tomar decisiones públicas que afecten a este grupo poblacional.

VII.5.3. Las acciones que despliegue el Estado en materia de SPA, a través de los servidores que hagan parte de la Policía Nacional, deben partir de la premisa consistente en que la decisión de utilizar tales sustancias psicoactivas en sí mismo, pertenece a la esfera privada del consumidor -como un componente del libre desarrollo de su personalidad-, quien también debe respetar con su conducta los derechos ajenos y el orden jurídico.

VII.5.4. El Decreto 1844 de 2018 no desconoce lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 13 de la Constitución Política, dado que: *i)* el abordaje del problema público de las drogas ilícitas requiere tanto de la participación pedagógica-correctiva de la Policía Nacional -en el marco de las competencias fijadas en el artículo 218 de la Constitución Política-, como de la interlocución de las instituciones de naturaleza pública y privada aludidas en la Ley 1566 de 2012 -encargadas de adoptar acciones preventivas y terapéuticas-; *ii)* en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, el artículo 25 del CNSCC reconoce que las autoridades de policía ejercerán sus competencias, “*sin perjuicio de las demás acciones que en derecho correspondan*” en materia educativa y profiláctica, y, *iii)* los reproches sobre la *inexistente capacidad de la autoridad de policía* y el presunto *riesgo de abusos y maltratos*, comprenden juicios de valor ajenos a la legalidad del acto administrativo demandado, y desconocen los principios y deberes que guían el procedimiento de verificación policivo contenido en el Decreto 1844 de 2018 (proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, no discriminación y respeto de los derechos humanos).

VII.5.5. El Decreto 1844 de 2018 también respeta lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, según la hermenéutica fijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-574 de 2011, dado que la medida correctiva allí reglamentada “*no tiene carácter sancionatorio*”, su objeto es “*disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia*” y, por lo tanto, en los términos de los artículos 1º y 172 de la Ley 1881, no desconoce los fines y medios que deben direccionar el actuar del Estado en materia de SPA, dado que el consumidor debe respetar los derechos ajenos y, además, el consentimiento

informado del adicto se extiende solo a los procedimientos médicos mas no a los pedagógicos.

VII.5.6. El acto demandado tampoco contraria lo reglado en los artículos 1º, 2º, 12, 15 y 16 de la Constitución Política, toda vez que los argumentos planteados por la parte actora parten de una lectura aislada e incompleta del criterio sostenido por la Corte Constitucional en las sentencias C-221 de 1994 y C-253 de 2019, dado que el legislador no está facultado para penalizar el consumo, pero si puede imponer límites modales para el ejercicio de tal comportamiento a través del derecho policivo.

VII.5.7. El acto acusado no contiene temáticas sujetas a reserva de ley, tampoco desconoce los artículos 6º, 28 y 29 de la Constitución Política, ni incurre en el vicio de falta de competencia, en la medida en que el decreto 1844 reglamentó el CNSCC en el componente de porte y tenencia de SPA, sin regular un derecho fundamental o sobrepasar con ello la potestad reglamentaria. Concretamente, el comportamiento prohibido, la medida correctiva y el procedimiento de aplicación fueron previamente consagrados por el legislador en los artículos 34 (numeral 1º), 39 (numeral 1º), 59 (numeral 9º), 92 (numeral 8º) y 93 (numeral 1º), 192 y 222 del CNSCC y, por ello, el Gobierno Nacional estaba facultado para desarrollar tales contenidos.

VII.5.8. La medida correctiva a que alude el Decreto 1844 de 2018 tampoco quebranta lo dispuesto por el artículo 34 superior o lo señalado en los artículos 173 y 192 de Ley 1801 de 2016, dado que la figura de destrucción del bien, a diferencia del concepto de confiscación, comprende una forma legítima y justificada de afectación de la propiedad, sin indemnización, propia del derecho policivo, la cual procede *“por motivos de interés general (...) cuando implique un riesgo o amenaza a la convivencia o al ambiente, o sea utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros”*.

VII.5.9. El instituto regulado en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, contiene una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, cuya verificación se demuestra a través del proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 del CNSCC, al cual alude el decreto 1844 y en el cual se deben garantizar cabalmente las reglas del debido proceso.

VII.5.10. En conclusión, la reglamentación contenida en el acto acusado no desconoce los principios que rigen el Estado Social de Derecho, ni los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 49, 150 y 189 (numerales 4º y 11) de la Constitución Política; 2º (literal j)) de la Ley 30 de 1986 y 2º, 33, 38, 39, 59, 92, 93, 140, 146, 159, 164, 192, 201 y 222 de la Ley 1801 de 2016, tampoco la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre esta materia ni incurre en los defectos de falta de competencia y falsa motivación.

VII.6. La modulación del Decreto 1844 de 2018

La accionante Luvi Katherine Miranda Peña y el agente del Ministerio Público que intervino en este proceso, elevaron solicitudes de modulación respecto de la aplicación del decreto acusado. La ciudadana Miranda Peña, en su pretensión subsidiaria, pero sin argumentar el alcance de su petición, adujo que, en el evento en que esta corporación judicial *“no encuentre motivos para declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, solicita (...) se declare nulo el artículo 1º del Decreto 1844 de 2018 de la norma, señalando la debida interpretación y aplicación que deberá realizarse de la misma”*¹⁶⁹.

Por su parte, el agente del Ministerio Público, en el concepto rendido el 5 de noviembre de 2019 en este proceso, solicitó que se denegaran los cargos pero deprecó que se modularan los efectos de la sentencia, en los siguientes términos:

“(...) respecto de los efectos derivados de la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019 de la Corte Constitucional, este Agente del Ministerio Público encuentra que la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones “alcohólicas” y “psicoactivas”, contenidas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y artículo 140 (numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016) conllevan a que el porte y tenencia de las sustancias descritas en el artículo 1º del Decreto 1844 de 2018, solo pueden entenderse ajustadas al ordenamiento si se aplican en concordancia con las conductas o comportamientos descritos en el Código Nacional de Policía y Convivencia y no de forma aislada y autónoma”. (...)

*Conforme a las anteriores consideraciones, el Delegado del Señor Procurador General de la Nación, considera que el Decreto 1844 de 2018 (...) debe ser considerado **LEGAL CONDICIONADO** a que el porte y tenencia de las sustancias psicoactivas que se consideran*

¹⁶⁹ Folio 9, *ibídem*.

prohibidas, enumeradas en el artículo 1° del Decreto 1844 de 2018, solo pueden entenderse ajustadas al ordenamiento si se aplican en concordancia con las conductas o comportamientos descritos en el Código Nacional de Policía y Convivencia y no de forma aislada y autónoma, además que dichas prohibiciones se deben precisar de manera razonable y proporcionada acorde a lo establecido por la sentencia C – 253 de 2009”.

En este contexto, la Sala resalta que, respecto de la facultad de la autoridad judicial de modular la interpretación o el alcance de una norma sometida a su estudio de legalidad, esta corporación ha sostenido que el *“acto administrativo, como todo acto jurídico, conforma un ensamble complejo, que no puede reducirse a una realidad unívoca, de manera que si el continente puede resultar forzosamente único, el contenido, al contrario, puede recubrir una realidad jurídica plural y múltiple¹⁷⁰”*.

En el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha denegado la nulidad pero condicionado la validez de actos administrativos sometidos a control de legalidad, siendo muestra de ello la sentencia proferida el 16 de junio de 2009¹⁷¹, providencia en la que se señaló lo siguiente:

“(…) la Sala considera, apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho –exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley –inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico-¹⁷².

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00003-00.

¹⁷¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C., diez y seis (16) de junio de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA). Actor: Presidencia de la República.

¹⁷² Un antecedente de esta técnica del control, anterior a la Corte Constitucional –quien emplea profusamente, y con buen criterio, esta técnica de control de constitucionalidad-, que debe contribuir a eliminar las prevenciones al interior de nuestra jurisdicción, se encuentra en el artículo 170 CCA., el cual contempla –para nuestro caso, incluso, en una norma positiva, y además muy antigua- la posibilidad de que el juez estatuya disposiciones en reemplazo de las acusadas, o la modificación o reforma de ellas. En tal sentido, dispone la norma que: “La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver

*Esta actitud también **conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna***¹⁷³ (negrilla fuera de texto).

Con base en lo anterior, la Sala encuentra que la aplicación de dicha figura al asunto *sub examine* resulta indispensable, dado que, como lo precisaron los demandados, las *“autoridades policiales necesitan contar con una herramienta jurídica apta e idónea 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”*; pero tal propósito no puede desconocer la órbita personal de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de los consumidores que con su actuar no lleguen a afectar a terceros o a otros bienes jurídicos indisponibles.

Por ello, y dadas las particularidades del caso, la Sala estima necesario determinar el alcance que se debe tener en cuenta para la aplicación del decreto 1844, de conformidad con las consideraciones plasmadas en esta providencia y con las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional en la jurisprudencia analizada en los acápites VII.3.1, VII.3.3 y VII.3.4 de esta decisión.

Con base en tal premisa, se dispondrá en la parte resolutive de este proveído que el decreto 1844, en relación con las conductas asociadas al porte, tenencia y posesión de SPA, debe aplicarse cuando tales comportamientos traspasen la esfera íntima del consumidor en los siguientes eventos: i) por la comercialización y distribución de SPA, o ii) porque se afecten los derechos de terceros o de la colectividad.

Finalmente, y en cuanto a la solicitud del agente del Ministerio Público relacionada con la modulación de la aplicación del decreto 1844 con ocasión de la sentencia

todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, **los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.**” (Negrillas fuera de texto)

¹⁷³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D. C., diez y seis (16) de junio de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA), Actor: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

C-253 de 2019 de la Corte Constitucional, en la que se declararon inexecutable las expresiones “alcohólicas” y “psicoactivas” contenidas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y artículo 140 (numeral 7º) de la Ley 1801 de 2016, la Sala estima procedente pronunciarse sobre este particular.

Al respecto, sea lo primero señalar que el juicio de legalidad del decreto 1844 se realizó a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho existentes al momento de su expedición, por lo que la decisión de inexecutable no tuvo incidencia en el juicio de validez realizado.

No obstante lo anterior, con miras a la eficacia del decreto en mención y para efectos de una correcta aplicación del mismo, tal y como lo solicitó el representante del Ministerio Público, resulta ineludible acoger lo dispuesto en la decisión de inconstitucionalidad, en tanto dicha providencia -como antes se indicó- guarda relación con lo previsto en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) de la ley 1801, preceptos que, de una parte, sirven de fundamento parcial del acto acusado; y de otra, comprenden comportamientos asociados al porte -tenencia o posesión- de SPA, asunto que ahora ocupa la atención de esta autoridad judicial.

En tal sentido, la Sala precisa que las conductas reguladas en los artículos antes mencionados y que están asociadas al consumo, únicamente podrán ser corregidas por la Policía Nacional cuando las autoridades competentes cumplan con los parámetros de reglamentación ordenados por la Corte Constitucional en la plurimencionada sentencia. Esto es, una vez las autoridades respectivas fijen, *“dentro de los límites que impone el orden constitucional”* y de manera **“razonable y proporcionada”**, las circunstancias de modo, tiempo, espacio y lugar, en virtud de las cuales el acto de consumo afecta el orden público, tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda respecto de la solicitud de nulidad del Decreto 1844 de 2018, *“Por medio del cual se adiciona el capítulo 9º del título 8º de la parte 2ª del libro 2º 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”, pero se condicionará y conservará su validez, en el entendido que:*

1. El acto demandado reglamenta el CNSCC respecto de los verbos de porte, tenencia y posesión de SPA, cuando esa conducta traspasa la esfera íntima del consumidor dado que se relaciona: **i)** con la comercialización y/o distribución de SPA, o **ii)** porque afecta los derechos de terceros y/o colectivos.
2. Los miembros de la Policía Nacional harán uso del proceso verbal inmediato al que hace referencia la norma acusada únicamente cuando se requiera verificar que la dosis personal está siendo utilizada para fines distintos al consumo de quien la tiene en su poder, ante la existencia de evidencias en torno a que se está atentando contra los derechos de terceros o de la colectividad.
3. Conforme con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 2019, los comportamientos previstos por los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) de la ley 1801, únicamente podrán ser corregidos por la Policía Nacional cuando las autoridades competentes fijen, *“dentro de los límites que impone el orden constitucional”* y de manera *“razonable y proporcionada”*, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en virtud de las cuales el acto de consumo de estupefacientes afecta el orden público.

SEGUNDO. En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON
Presidenta
Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Ausente con excusa

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

