

Honorables Magistrados y Magistradas (Reparto)
Sección Primera
Sala de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado
E. S. D.

Ref. Demanda de nulidad simple contra el Decreto 1844 de 2018 *"Por medio del cual se adiciona el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, "Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa": para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas."*

Accionantes: Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo – Cajar, Temblores ONG y ciudadanos/as

"No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada."

Carlos Gaviria Díaz, 1994.

Estimados magistrados y magistradas,

La Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" (Cajar), organización de derechos humanos representada legalmente por su Presidenta **SORAYA GUTIÉRREZ ARGÜELLO**, ciudadana colombiana identificada como aparece al pie de su firma; **JOMARY ORTEGÓN OSORIO**, **JOSE JANS CARRETERO PARDO**, abogada y abogado de la misma organización; **CAMILA GUTIÉRREZ ROLÓN**, **CARLOS PERDOMO GUERRERO** y **VERÓNICA BERSH MEJÍA** y Temblores ONG, representada por su director ejecutivo, **ALEJANDRO LANZ SÁNCHEZ**; **EMILIA MÁRQUEZ PIZANO**, directora del Área de Sexo y Género, **SILVIA CATALINA QUINTERO TORRES**, directora del Área de Drogas y Prisiones, **DANIELA ROMERO SOTO**, Gestora de Proyectos; por **SEBASTIÁN LANZ SÁNCHEZ**, director del Área de Incidencia y Litigio y **JUAN NICOLÁS AUGUSTO PINEDA DAZA**, **LUIS MIGUEL JARABA ANDRADE**, **JUAN PABLO MADRID-MALO** Y **LUCÍA CARBONELL LÓPEZ**, investigadores del Área de Incidencia y Litigio, integrantes de **TEMBLORES ONG**, ciudadanos y ciudadanas colombianos, defensores de derechos humanos

identificados/as tal como aparece al pie de nuestras firmas, en ejercicio de la acción de nulidad establecida en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante “CPACA”), respetuosamente solicitamos que se declare la nulidad del Decreto 1844 de 2018.

A continuación, se desarrollarán los siguientes aspectos con relación al Decreto 1844 de 2018:

I. DESIGNACIÓN DE PARTES Y REPRESENTANTES	3
I.1. Demandantes:	3
I.2. Demandadas:	4
II. PRETENSIONES	5
II.1. Primera:	5
II.2. Primera subsidiaria:	5
II.3. Segunda:	5
III. HECHOS	5
IV. PRESUPUESTOS PROCESALES	12
IV.1. Legitimidad	12
IV.2. Oportunidad	12
IV.3. Competencia	12
V. ANTECEDENTES	13
V.1. Despenalización de la dosis mínima	14
V.2. Consumo problemático de estupefacientes como un problema de salud pública (de criminal a enfermo)	15
V.3. Los compromisos en las políticas públicas que deben adelantarse en temas de drogas	16
VI. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN	19
VI.1. Violación de las normas en que debería fundarse	20
VI.1.1. El Decreto 1844 de 2018 vulnera el artículo 4 de la Constitución Política, al desconocer el principio de supremacía constitucional	21
VI.1.2. El Decreto 1844 de 2018 vulnera derechos fundamentales	22
VI.1.3. El Decreto 1844 de 2018 vulnera el derecho a la salud consagrado en el Artículo 49 de la Constitución Política	38

VI.1.4. El decreto 1844 de 2018 afrenta a la independencia judicial y al precedente 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	39
VI.2. Falta de competencia	42
VI.2.1. La Reserva de ley estatutaria frente a derechos fundamentales	43
VI.2.2. Reserva de ley frente a un procedimiento policivo.	44
VI.2.2.1. Potestad reglamentaria	44
VI.2.2.2 El Decreto modifica el Código de Policía (Ley de superior jerarquía) .	47
VI.2.2.3. El Decreto 1844 de 2018 modifica el Código de Policía creando un nuevo procedimiento policial	48
VI.2.2.4. El Ministerio de defensa excede su potestad reglamentaria y viola el principio de Reserva legal	51
VI.3. Falsa motivación	52
VI.4. Conclusión general:	55
1. Por desconocer de las normas en que las que debería fundarse.	55
2. Expedición sin competencia	55
3. Falsa motivación	56
VII. MEDIDA CAUTELAR	56
VIII. PRUEBAS	57
IX. ANEXOS	57
X. NOTIFICACIONES	57
XI. FIRMAS	58

I. DESIGNACIÓN DE PARTES Y REPRESENTANTES

I.1. Demandantes:

CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS “JOSÉ ALVEAR RESTREPO” (CAJAR), entidad sin ánimo de lucro, identificada con NIT No. 860.063.142-8 representada legalmente por **SORAYA GUTIÉRREZ**

ARGÜELLO, ciudadana colombiana identificada como aparece al pie de su firma.

TEMBLORES ONG, organización no gubernamental, identificada con NIT 9019871111-9, representada legalmente por ALEJANDRO LANZ SÁNCHEZ, ciudadano colombiano identificado como aparece al pie de su firma.

JOMARY ORTEGÓN OSORIO, ALIRIO URIBE MUÑOZ, JOSE JANS CARRETERO PARDO, CAMILA GUTIÉRREZ ROLÓN, CARLOS PERDOMO GUERRERO y VERÓNICA BERSH MEJÍA, EMILIA MÁRQUEZ PIZANO, SILVIA CATALINA QUINTERO TORRES, DANIELA ROMERO SOTO, SEBASTIÁN LANZ SÁNCHEZ, JUAN NICOLÁS AUGUSTO PINEDA DAZA, LUIS MIGUEL JARABA ANDRADE, JUAN PABLO MADRID-MALO y LUCÍA CARBONELL LÓPEZ personas naturales, ciudadanos y ciudadanas colombianos, mayores de edad, identificados como obra al pie de nuestra firma.

I.2. Demandadas:

LA NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, representada legalmente por el Presidente de la República, Doctor IVÁN DUQUE MÁRQUEZ.

LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR, representado legalmente por la Ministra NANCY PATRICIA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, o quien haga sus veces.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, representado legalmente por la Ministra GLORIA MARÍA BORRERO RESTREPO, o por quien haga sus veces.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, representado legalmente por el Ministro **GUILLERMO BOTERO NIETO**, o por quien haga sus veces.

- El **MINISTERIO PÚBLICO** como parte que es en todos los procesos, de conformidad con el artículo 277 de la Constitución Política, a través del Procurador Delegado ante el Consejo de Estado.
- **LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA** podrá ser parte del proceso conforme lo establece el artículo 610 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en adelante CGP.

II. PRETENSIONES

II.1. Primera:

Solicito que se declare la nulidad del Decreto 1844 de 2018.

II.2. Segunda:

Que se condene en costas a la parte demandada.

III. HECHOS

1. El Decreto 1070 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Defensa, consagra las normas reglamentarias del sector Defensa.
2. Por medio de la Ley 1801 de 2016 se expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia (en adelante "**CNPC**" o "**Código de Policía**").
3. En ningún aparte del CNPC se encuentra la prohibición al porte de sustancias psicoactivas ilícitas, cuando éstas tengan como finalidad el uso personal.
4. Ningún aparte del CNPC tiene una prohibición de porte de sustancias psicoactivas ilícitas, cuando se trata de cantidades que constituyen una dosis personal.
5. El CNPC tampoco consagra un procedimiento específico aplicable para el decomiso o destrucción de bienes en caso del porte de sustancias psicoactivas ilícitas cuando la finalidad sea el uso personal.
6. El CNPC tampoco consagra una disposición que indique que se puede destruir sustancias psicoactivas ilícitas, cuando (i) éstas no estén siendo utilizadas en espacio público, (ii) estén destinadas para el uso personal o (iii) sean cantidades que constituyen dosis personal.

7. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha instado a las autoridades pertinentes para que no realicen “judicialización” de personas cuando el porte de sustancias psicoactivas ilícitas sea mayor a la dosis personal, siempre y cuando la sustancia sea para uso personal y la cantidad de la misma no sea un desborde significativo de la dosis mínima, es decir, que la cantidad de dosis responda a los criterios de razonabilidad.

8. A pesar de lo anterior, el Gobierno Nacional (en cabeza del Presidente de la República y de los Ministros del Interior, Defensa y de Justicia y del Derecho) expidió el Decreto 1844 de 2018, el cual literalmente consagra lo siguiente:

*“DECRETO 1844 DE 2018
(octubre 1°)
D.O. 50.733, octubre 1° 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.

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 número 02 de 2009, y en desarrollo de la Ley 1801 de 2016, y

CONSIDERANDO:

Que el Acto Legislativo número 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 número 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 proscribire 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 educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias”.

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 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 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, 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 número 1CS-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.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 1° de octubre de 2018.

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ

La Ministra del Interior,

Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda.

La Ministra de Justicia y del Derecho,

Gloria María Borrero Restrepo.

El Ministro de Defensa Nacional,

Guillermo Botero Nieto.”

8. Así las cosas, se puede apreciar lo siguiente sobre el Decreto 1884 de 2018:

- El Decreto es un acto administrativo de carácter general. El mismo no es un reglamento autónomo porque existe una ley previa que desarrolla directamente la Constitución y que el Decreto afirma reglamentar parcialmente: el CNPC (Ley 1801 de 2016).
- Consagra la infracción para la tenencia o porte de sustancias psicoactivas,

sin discriminación de si se trata de una dosis mínima o si la finalidad es el consumo personal.

- Prevé la aplicación de un procedimiento en causales diferentes de las establecidas en el CNPC.
- Regula los descargos de un procedimiento administrativo por fuera de lo previsto en el CNPC.
- Establece que se debe judicializar a las personas que porten cantidades superiores a la de la dosis mínima en cualquier caso, incluso si este exceso es menor y si tiene como finalidad el uso personal.
- Establece que se debe destruir la sustancia psicoactiva ilícita, de manera general, desconociendo los elementos que exige el CNPC.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

IV.1. Legitimidad

La presente demanda de nulidad simple se instaura con fundamento en el numeral 1° del Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), según el cual este medio de control es de naturaleza pública y, por lo tanto, todo ciudadano está facultado para solicitar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

IV.2. Oportunidad

Por ser la presente demanda un medio de control de nulidad simple, de conformidad con el literal a del art. 164 del CPACA la misma puede ejercitarse en cualquier tiempo.

IV.3. Competencia

De conformidad con el numeral 1 del artículo 149 del CPACA, es competencia del Consejo de Estado en única instancia conocer de las acciones de nulidad elevadas contra los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, al estudiar el artículo 135 de la Constitución Política, ha establecido que el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad tiene adscritos unos presupuestos propios¹. En este sentido,

¹ "Aunque una lectura ligera de la norma admite pensar que cualquier disposición administrativa que viole la Constitución se examina con este medio de control, lo cierto es que la filosofía que recoge el art. 135 no es esa; más bien establece un medio de control especial para aquellas normas que carecen de fuerza de ley, pero que desarrollan directamente la Constitución, y que expiden tanto el Gobierno Nacional como otras entidades u

los presupuestos de la acción de nulidad por inconstitucionalidad son:

- “1. Que la disposición acusada sea un decreto de carácter general dictado por el Gobierno Nacional, que no corresponda a la Corte Constitucional y desconozca de manera directa la constitución.*
- 2. Que se trate de un reglamento autónomo o constitucional, es decir, que desarrolle directamente la Constitución Política sin la existencia de ley previa;*
- 3. Que haya sido expedida por el Gobierno Nacional o por cualquier entidad u organismo, diferente al Gobierno Nacional, en ejercicio de una función o atribución derivada de la Constitución misma;*
- 4. Que el juicio de validez, o el reproche o infracción endilgada al acto enjuiciado, se realice de manera directa frente a la Constitución Política, no a la ley;*
- 5. Que la revisión de la disposición demandada no corresponda a las competencias de la Corte Constitucional en los términos del artículo 2419 de la Constitución Política.”²*

Frente al caso concreto, a pesar de que el Decreto 1844 de 2018 es un acto administrativo de carácter general, el mismo no es un reglamento autónomo porque existe una ley previa que desarrolla directamente la Constitución y que el Decreto demandado dice reglamentar parcialmente: el CNPC (Ley 1801 de 2016). El Consejo de Estado ha determinado que la vía para el control de normas de rango meramente legal sobre las que se predique una posible inconstitucionalidad es la acción de nulidad que se encuentra establecida en el artículo 137 del CPACA³. Al ser el Decreto 1844 de 2018 una norma de rango meramente legal que no cumple con las características de ser un reglamento autónomo en los términos del Consejo de Estado, la acción de nulidad es el medio de control idóneo para su examen.

V. ANTECEDENTES

Antes de abordar las causales de nulidad del acto administrativo, es necesario hacer una contextualización de antecedentes relevantes que permitirán apreciar con

organismos, sin ley que trate previamente el tema. Se alude a los denominados reglamentos autónomos, o praeter legem, o constitucionales o independientes, cuya naturaleza es la de un reglamento no la de una ley.” Consejo de Estado. Auto del 10 de octubre de 2012. Expediente 11001032600020120005600. C.P.: Enrique Gil Botero.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto admisorio de Nulidad por Inconstitucionalidad del 19 de enero de 2016. Expediente No. 11001032500020150104200. C.P.: Dr. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 15 de noviembre de 2012. Radicado No. 11001-03-24-000-2005-00116-01. C.P.: María Elizabeth García González.

mayor claridad las normas violadas y su concepto de violación.

V.1. Despenalización de la dosis mínima

La Corte Constitucional mediante su Sentencia C-221 de 1994 despenalizó el porte y consumo de dosis personal al declarar inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986. En esta sentencia, la Corte fue muy clara en determinar que lo que caracteriza al derecho es que su objeto de regulación es el comportamiento interferido. Lo anterior, en otras palabras, se refiere a “las acciones de una persona en la medida en que interfieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren.” En esta medida, cuando no se presenta un comportamiento interferido, “es la norma moral la que evalúa la conducta del sujeto actuante.” Las anteriores consideraciones de la Corte fueron útiles para que la misma soportara su argumento de que, frente al consumo de estupefacientes, el legislador se encuentra limitado por cuanto tiene la facultad de prescribir la forma en cómo los sujetos se deben comportar con los demás, mas no cómo los sujetos deben comportarse consigo mismos, siempre y cuando la conducta del sujeto actuante no interfiera con la órbita de acción de nadie.

Al ser el consumo de sustancias psicoactivas un comportamiento personal y al asumirse la libertad como un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, la Corte concluyó que la tipificación como delictiva de una conducta que sólo incumbe al individuo, como lo es el consumir estupefacientes, no estaba acorde con los postulados constitucionales. Por esta razón y dándole primacía al derecho al libre desarrollo de la personalidad del cual todos gozamos, la Corte declaró inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986.

A partir de este fallo ya no todas las conductas de porte de estupefacientes son delictivas, ya que si la cantidad corresponde a la dosis personal conforme al literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, el comportamiento se convierte en atípico. A pesar de esto, la sentencia reiteró que el legislador cuenta con la facultad para:

Sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y libertad... la facultad que tiene el legislador para 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 actualmente con el alcohol y el tabaco.

Con lo cual, sí reconoció la posibilidad de reglamentar el ejercicio de este derecho, pero aclarando que dicha facultad le corresponde al legislador.

V.2. Consumo problemático de estupefacientes como un problema de salud pública (de criminal a enfermo)

Por medio de la Ley 1566 de 2012 se expidieron normas tendientes a garantizar la atención integral a personas consumidoras de sustancias psicoactivas. En esta Ley se reconoció que la drogadicción debe ser tratada como una enfermedad y que el Estado debe garantizar la atención integral a aquellas personas que abusen de los estupefacientes. A pesar de que esta norma fuera expedida en el año 2012, el deber de no tildar al consumidor o adicto a las drogas como delincuente sino como un enfermo se encuentra presente en el ámbito internacional desde el año 1961, ya que en la Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU de 1961, enmendada por los artículos 36 y 38 del Protocolo de 1972, así como en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de la ONU de 1971, se establece como obligación de los Estados Partes adoptar medidas encaminadas a prevenir el uso indebido de estas sustancias y el de identificar oportunamente los tratamientos, medidas educativas, de rehabilitación y de re-adaptación social para las personas afectadas.⁴

Esta postura confirma lo establecido por el artículo 1º de la Ley 1566 de 2012, en el sentido de que el consumo de estupefacientes es un asunto de salud pública que debe ser tratado como una enfermedad y por lo tanto, que requiere por parte del Estado la garantía, hacia quienes tienen problemas de drogadicción, de recibir una atención integral en salud. Lo anterior se relaciona con la posición de la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-221/, en el sentido de que la forma de materializar el derecho al libre desarrollo de la personalidad es respetar la libertad de las personas de decidir si quieren o no consumir estupefacientes, sin que por eso deban ser consideradas criminales y para lo cual las únicas medidas que debe adoptar el Estado son las encaminadas a prevenir el consumo mediante la educación y la rehabilitar el adicto.

La Corte Constitucional en su sentencia C-176 de 1994, en la cual revisó la constitucionalidad de la Ley 67 de 1993 por medio de la cual se adoptó el Instrumento Internacional de la Convención Única sobre estupefacientes, resaltó la distinción que se hace en la normatividad internacional entre consumo y narcotráfico. Esta diferencia condiciona el compromiso adquirido por cada Estado y frente al cual, los Estados Parte cuentan con la obligación de penalizar el narcotráfico y con la libertad de penalizar o no el consumo.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de marzo de 2016. M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

En ese sentido, el numeral 2º del artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, establece que:

“A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de los dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”. (ONU, 1988).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte en su sentencia consideró que la obligación de tipificar los delitos señalados en el Instrumento Internacional de la Convención Única sobre Estupefacientes, “no es automática ni se desprende mecánicamente de la Convención puesto que ella está sujeta, al tenor de la propia Convención, ‘a reserva de nuestros principios constitucionales y los conceptos jurídicos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico’” (Sentencia C 174 de 1994).

Ahora bien, con la despenalización del porte y consumo de la dosis personal por parte de la Corte Constitucional en el año 1994, con el tiempo empezó a preguntarse qué tratamiento se le debía dar al consumidor que fuera encontrado portando más de la cantidad de estupefacientes que la establecida por la dosis personal y la cual fuera a ser destinada para su propio consumo. Por esta razón, la Corte Suprema de Justicia empezó a desarrollar una jurisprudencia aplicable a estos casos.

V.3. Los compromisos en las políticas públicas que deben adelantarse en temas de drogas

Para agregar, los demás compromisos adquiridos por Colombia en el marco de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS, 2016) van por una línea de prevención a partir de la educación. Asimismo, en dicha reunión los Estados no concertaron adoptar políticas de represión para combatir este problema de salud pública. Además, se debe hacer especial énfasis en el siguiente compromiso que contempla el documento final del UNGASS (2016):

“d) Promover el bienestar de la sociedad en su conjunto mediante la elaboración de estrategias de prevención eficaces basadas en datos científicos y centradas en las necesidades de las personas, las familias y las comunidades”

y adaptadas a ellas, en el marco de políticas nacionales en materia de drogas amplias y equilibradas, sin discriminación (subrayado propio)”.

De esta manera, se muestra cómo las políticas públicas de prevención deben estar fundamentadas en estudios científicos que validen su eficacia y que aquella no pueden suponer medidas desequilibradas que resulten discriminatorias; como sustentamos en esta acción, los apartados de los artículos demandados suponen medidas discriminatorias en torno a los consumidores de sustancias psicoactivas, en especial, a las personas que se encuentran en circunstancias de habitación en el espacio público.

Lo anterior puede evidenciarse en el informe de Políticas de Control de Drogas y Derechos Humanos del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP):

“La evidencia muestra que muchas políticas de control de drogas han impulsado la marginación y exclusión de las personas y comunidades vinculadas al uso de drogas o a los mercados de drogas ilícitas. Un creciente conjunto de evidencia también ilustra la forma en que el marco legal prevaleciente y las prácticas para su aplicación que lo acompañan, afianzan y exacerban la discriminación sistémica en contra de las personas que usan drogas y, como resultado, resultan en violaciones a los derechos humanos en forma generalizada. En consecuencia, las personas que usan drogas frecuentemente se encuentran entre las más marginadas y estigmatizadas de la sociedad; y son vulnerables a un conjunto amplio de violaciones a los derechos humanos” (UNDP, 2015, p.10).

Así las cosas, las medidas adoptadas en el decreto 1844 de 2018 violan los compromisos internacionales adquiridos por Colombia relativos a la forma en que se deben implementar sus políticas de drogas, puesto que, no solo supone un trato discriminatorio a los habitantes de calle que eligen libremente consumir sustancias psicoactivas, sino que estigmatiza en general al consumidor haciéndolo susceptible a la violación de sus derechos humanos.

En cambio, eliminar la censura del consumo y mostrarlo como una elección posible que conlleva efectos negativos tanto para la salud física como mental, fomenta la existencia de un escenario en donde nos liberemos de los estigmas sociales y podamos charlar abiertamente sobre las consecuencias del consumo, previniéndolo no desde la represión, sino desde la educación.

Además, el enfoque educativo, mencionado anteriormente, ha mostrado su efectividad en el caso del consumo de tabaco, siendo ésta una sustancia que también genera efectos altamente negativos en la salud de las personas, pero que, a partir de campañas pedagógicas, su consumo ha disminuido, tal como lo muestra el *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas del 2013*. Los adultos consumen tabaco, tanto en el espacio público como en su ámbito familiar privado, sin embargo, aquello no ha generado mayor consumo por parte de la población menor de edad. Lo mismo ocurre con el consumo de alcohol. Entonces, ¿por qué el consumo de otras sustancias debe ser distinto?

En adición, las políticas educativas deben ir acompañadas de la adopción de políticas de reducción de daños que tendrían por consecuencia la mitigación del riesgo del bien tutelado de la salud pública. Aquellas se refieren a:

“...las políticas, programas y prácticas que pretenden primordialmente reducir las consecuencias adversas para la salud y en los ámbitos social y económico, derivadas del uso de drogas psicoactivas legales e ilegales. El intercambio de agujas y jeringas, la terapia de sustitución con opiáceos (TSO) y otros tratamientos de la dependencia de drogas, las pruebas de VIH, la consejería y el tratamiento, así como los condones gratuitos son componentes esenciales del paquete integral de intervenciones para reducir los daños asociados con el uso de drogas inyectables tal y como lo definen ONUSIDA, ONUDD y OMS”(UNDP, 2015, p. 5).

Asimismo, aquellas son producto de un reconocimiento de la existencia de un factor relevante a la hora de elaborar políticas públicas de salud pública en este tema, es decir, que muchas personas que usan drogas no son capaces o carecen de la voluntad de dejarlas y que muchas personas que usan drogas no necesitan tratamiento (UNDP, 2015, p. 5).

Así las cosas, la declaración de la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto bajo estudio, acompañada de la adopción de políticas públicas educativas y no represivas, supondría una medida encaminada a cumplir, tanto con el deber del estado de proteger la dignidad humana de las personas al garantizar su ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y los compromisos internacionales adquiridos en el marco del UNGASS del 2016.

Además, no resta decir que resulta paradójico que se tolere, por ejemplo, el consumo de bebidas alcohólicas o el consumo de tabaco, ambos perjudiciales para la salud, en los ámbitos privados, en presencia de los niños, pero que exista un trato diferencial cuando se trate del espacio público.

En conclusión, políticas como las que promueve el Decreto en cuestión generan, a través de la prohibición y no a través de la reducción de riesgos, un 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. Es decir, y como muestra a continuación, mediante la aplicación de dicho Decreto se está atentando contra la dignidad humana de distintos sectores de la población y, especialmente, aquellos que se han visto segregados y violentados de manera histórica y sistemática.

VI. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En el presente caso, se vulneraron las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia:
 1. Artículo 1.
 2. Artículo 6.
 3. Artículo 13.
 4. Artículo 16.
 5. Artículo 20.
 6. Artículo 29.
 7. Artículo 37.
 8. Artículo 49.
 9. Artículo 83.
 10. Artículo 189.
 11. Artículo 209.
- Ley 489 de 1998:
 12. Artículo 3º: Principios de la función administrativa.
 13. Supremacía de la constitución y reserva de Ley
 14. Leyes pendientes. Presunción de inocencia.
- Ley 1566 de 2012.
- Ley 1801 de 2016:
 15. Artículos 164, 192 y 222.

A continuación, se desarrollan los conceptos de la violación. Vale la pena indicar que

en el presente caso se han configurado las siguientes causales de nulidad: i) desconocimiento en las normas en que debería fundarse el acto administrativo; ii) falta de competencia por violación al principio de reserva de ley estatutaria y exceso en la facultad reglamentaria y; iii) falsa motivación por errores de derecho.

VI.1. Violación de las normas en que debería fundarse

La causal de nulidad consistente en que el acto administrativo desconoce las normas en que debe fundarse se encuentra contemplada en el artículo 137 del CPACA. Esta causal genérica, que consagra la protección general del ordenamiento jurídico, ha sido profundamente estudiada por la Sección Primera del Consejo de Estado. En reciente providencia, la Sección Quinta, cumpliendo funciones de descongestión de la Sección Primera, resumió el alcance de dicha causal, así:

*"La causal hace referencia a una violación directa de la norma y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: **i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea.***

*Según la doctrina judicial del Consejo de Estado⁵, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador **ignora su existencia**, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, **no la aplica a la solución del caso**. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso.*

Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión.

El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis

⁵ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 15 de marzo de 2012. No. expediente: 16660. C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

del caso concreto.

Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea, esto es, cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde”⁶.

En el presente caso se han violado diferentes normas: en primer lugar, el Decreto desconoce la supremacía de la Constitución Política; en segundo lugar, se han desconocido normas relativas a derechos fundamentales; en tercer lugar, se desconoce el artículo 49 de la Constitución Política; y por último, es una afrenta a la independencia judicial y al precedente 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.

VI.1.1. El Decreto 1844 de 2018 vulnera el artículo 4 de la Constitución Política, al desconocer el principio de supremacía constitucional

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha hecho referencia a la noción de supremacía constitucional como un “principio estructurante del orden jurídico.”⁷ Este principio se encuentra consagrado en el artículo 4° de la Constitución que establece lo siguiente: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. La supremacía constitucional cumple una función jerárquica dentro de nuestro ordenamiento que genera dos consecuencias. La primera de ellas consiste en la imposibilidad de predicar dentro del ordenamiento jurídico normas que se encuentren a un nivel superior de la Constitución. La segunda consecuencia radica en que la Constitución ha de servir como “parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico.”⁸

De acuerdo con la Corte Constitucional, la compatibilidad de las normas de inferior jerarquía con la norma constitucional no sólo se predica respecto de las previsiones constitucionales comprendidas como reglas, sino que también se debe presentar frente a los principios, valores y postulados de moralidad política que dan sentido a

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta (asumiendo funciones de Sección Primera en descongestión). Sentencia del 3 de mayo de 2018. No. Radicación: 05001-23-31-000-2007-02617-01. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 2012. M.P.: Mauricio González Cuervo.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

la Constitución.⁹ Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que todas las normas del ordenamiento jurídico deben tener como parámetro para su creación los postulados constitucionales y que, en caso de que el contenido de una norma jurídica de inferior jerarquía entre en contradicción con la Constitución, *“debe preferirse la vigencia sustantiva de la Constitución.”*¹⁰

Ahora bien, en el caso concreto la norma que se demanda corresponde a un decreto reglamentario expedido por el Ministerio de Defensa Nacional en uso de sus facultades reglamentarias. En concordancia con el principio de supremacía constitucional, el Decreto 1844 de 2018 debe ser compatible con los postulados constitucionales entendidos en un sentido amplio. Sin embargo, además de que el Ministerio de Defensa Nacional traspasó los límites de su potestad reglamentaria, lo hizo con desconocimiento de las normas y principios constitucionales que fungen como parámetro de creación y validez formal y material de las demás normas del ordenamiento. Por esta razón, en adelante el análisis se concentrará en demostrar la incompatibilidad del Decreto demandado con la Constitución Política, que atendiendo al principio de supremacía constitucional, debe ser observada necesariamente por las demás normas de jerarquía inferior para su creación.

VI.1.2. El Decreto 1844 de 2018 vulnera derechos fundamentales

El Decreto 1844 de 2018 desarrolla principios y derechos fundamentales de nuestra Constitución, a saber: el derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), el derecho a la igualdad (Artículo 13) el derecho a la intimidad (Artículo 15), el libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16), el derecho al debido proceso y presunción de inocencia (Artículo 29), el derecho a la salud (Artículo 49), y el principio de presunción de buena fe (Artículo 83).

Ahora bien, realizaremos a continuación un desglose de cómo estos derechos fundamentales mencionados anteriormente, son violados por el decreto objeto de esta demanda.

El decreto vulnera el derecho a la Igualdad (artículo 13 de la CP) de sectores específicos de la población

El artículo 13 de la Constitución Política contempla el derecho a la Igualdad. De esta manera, la disposición que lo contempla versa de la siguiente manera:

⁹ Ibid.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

“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.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Respecto a lo anterior, merece una protección de rango de derecho fundamental la garantía de un trato igualitario por parte de las autoridades a cualquier colombiano, sin la presencia ningún tipo de discriminación. Incluso, sobre el Estado recae la carga de adoptar medidas en favor de los grupos que son discriminados o marginados en nuestra sociedad. Asimismo, aquel debe proteger, especialmente, a las personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, entre otras cosas, por su condición económica. Lo anterior incluye a la población habitante de calle.

De esta manera, la Corte Constitucional, en la sentencia T-043/15, con ponencia de Jorge Iván Palacio Palacio, ha reconocido a los habitantes de la calle como sujetos que han sido marginados y discriminados históricamente. Incluso, se ha llegado hasta el punto en que se han emitido actos administrativos cuyo propósito ha sido criminalizar la mendicidad, por ejemplo, el Decreto 522 de 1971 contemplaba una sanción de relegación a una colonia agrícola a quienes:

“(…)teniendo medios de subsistencia (art. 23), fingiendo enfermedad o defecto físico (art. 24), o explotando enfermedad cierta o lacra o defecto físico verdaderos que no lo inhabiliten para trabajar (art. 25), ejerciesen la mendicidad” (Corte Constitucional, sentencia T-043/15, M.P. Jorge Iván Palacio).

Asimismo, anteriormente, en la sentencia C-309 de 1997, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, se aclaró que el Estado no puede adoptar políticas perfeccionistas, ya que, *“no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana”.*

Por lo tanto, resulta violatorio de los derechos fundamentales que la administración emita decretos en los que se imponga un modelo de virtud y que sancione a aquellos cuyo modelo de vida consideren reprochable.

Además, en la sentencia C-044 de 2004, con ponencia de Jaime Araujo Rentería, dicha corporación se refirió a que la garantía de igualdad debe extenderse a un plano material, es decir, que debe ser real y efectiva; no meramente formal:

“Una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano (Art. 1º de la Constitución) y un orden político, económico y social justo”.

Lo anterior conduce a que el Estado debe evitar incurrir en actuaciones o desempeñar funciones que tengan por consecuencia práctica la edificación de escenarios propicios para que se den condiciones de inequidad y/o marginalidad.

De esta manera, dicha corporación, llegó a la conclusión de que:

“...las autoridades deben valorar las condiciones de marginalidad, alienación, ignorancia o pobreza extrema de los habitantes de la calle para erigir acciones afirmativas focalizadas en sectores poblaciones especialmente vulnerables. De ahí que en aras de privilegiar los intereses constitucionales de aquellos sujetos manifiestamente débiles, en razón de sus limitaciones (físicas, psicológicas, económicas, sociales, cultural, etc.), para el operador jurídico es imperativo inaplicar incluso, según el caso concreto, aquellas normas jurídicas que contravengan los postulados del Estatuto Superior” (Corte Constitucional, sentencia T-043/15, M.P. Jorge Iván Palacio).

Teniendo como punto de guía la evidenciación de que el acto administrativo aquí demandado supone una vulneración al derecho a la igualdad, se hará un desarrollo del trato diferencial que reciben los habitantes de calle en su aplicación:

El Decreto 1844 de 2018 se enfoca en la persecución de los usuarios y/o portadores en el espacio público, lo que quiere decir que las personas siguen teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado. Sin embargo, aquella posibilidad no existe para la totalidad de la población. Lo anterior, en tanto que en el país hay muchas personas que se encuentran en situación de habitantes de la calle (9.538 personas sólo en la ciudad de Bogotá según cifras del DANE del 2017) lo que implica que 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 dosis mínima. De esta manera, lo que en un principio se podría creer que es una restricción que permite un margen de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, para una parte muy amplia de la población, resulta ser una restricción absoluta. En consecuencia, el Estado, en garantía del derecho a la igualdad (**art. 13 de la Constitución Política**) no puede pretender que se le restrinja su derecho al consumo a algunas personas y a otras no.

Para proseguir, debido a que los habitantes de la calle no cuentan con aquellos espacios privados en donde poder ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, que conlleva un derecho al consumo, aquellas no tienen otra alternativa que ejercerlo en el espacio público. De lo contrario, no podrían ejercerlo en ninguna ocasión. De esta manera, por medio de la aplicación del decreto, se

coloca a la persona en condición de habitante de la calle que ejerce sus derechos fundamentales como la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad en una situación de contravención constante y de susceptibilidad a recibir sanciones por parte de la fuerza pública. De esta manera, se ejerce el castigo, sin la existencia de una lesión a un bien jurídico, por el mero hecho de ejercer los derechos que garantizan la protección de la dignidad humana de las personas. Aquello supone, a su vez, que el habitante de calle que ejerce su derecho al libre desarrollo de la personalidad, se encuentra 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.

Las consecuencias de la marginalización que resulta de la criminalización del consumidor pueden tener un efecto mucho mayor cuando se trata de poblaciones vulnerables como lo es un habitante de calle. Lo anterior en tanto que se perpetúa una imagen del habitante de calle como criminal al ser usuario de drogas lo que trae consecuencias para esa población como la segregación y discriminación en espacios públicos, dificultad para hacer parte del mercado laboral y la propensión frente a violencias psicológicas, físicas y homicidas, prácticas de “limpieza social”, entre otras consecuencias.

Para ilustrar la condición de vulnerabilidad que ya de por sí recae en la población habitante de calle se hace referencia a la investigación realizada por Temblores ONG llamada *Los Nunca Nadie: Informe sobre la situación de derechos humanos de las personas habitantes de calle en Colombia* en el que presentamos alarmantes cifras sobre violencia homicida, violencia física, actos de perfilamiento y criminalización de sus identidades, un alto grado de impunidad y falta de acceso a justicia en los casos en los que se presentan estas violencias. Según dicho informe, en los últimos 10 años, los homicidios hacia personas habitantes de calle han venido en aumento de acuerdo a fuentes de la policía y la fiscalía:

Según dichas fuentes, en los últimos 10 años han asesinado a 4.176 habitantes de calle. La gran mayoría de los homicidios (80%) se producen en las vías públicas que, en la mayoría de los casos, representan su lugar de vivienda.

Adicionalmente, encontramos que las instituciones que registran estas violencias se contradicen en sus registros pues según cifras de Medicina Legal, el total de homicidios contra habitantes de calle en los últimos 10 años es diferente:

A pesar de esta diferencia en los datos, los patrones de la violencia se mantienen en ambas fuentes salvo por la forma como son asesinados. La gran diferencia que encontramos es que mientras Medicina Legal reporta que más de la mitad de estos crímenes se producen con arma de fuego (54%), las otras dos fuentes solo reportan un que estos cubren un poco más de una quinta parte (27%). Resulta muy preocupante la diferencia tan grande frente al reporte de las muertes, ya que, quienes portan armas en Colombia son o autoridades públicas con el legítimo derecho del Estado a portar armas (como la Policía y agentes de la Fiscalía) o

agentes al margen de la ley. A pesar de esto, Medicina Legal, que es la entidad que finalmente reporta los hechos basándose en la evidencia de cadáver, presenta una cifra que nos alarma en tanto que nos da a entender que quienes están matando a los habitantes de calle tienen acceso al porte de armas y eso puede incluir a agentes del Estado. (Escuchar análisis completo en <https://www.spreaker.com/user/tembloresong/los-nunca-nadie-primera-parte-homicidios>)

Si observamos los datos de violencia física nos encontramos con una cifra muy alarmante en la ciudad de Bogotá en donde se presentan el 70% de las violencias contra habitantes de calle. En las actividades de trabajo de campo que realizó el equipo del informe de *Los Nunca Nadie*, encontramos además que: i) uno de los grandes perpetradores de estas violencias están en cabeza de los agentes de la fuerza pública, ii) las personas habitantes de calle no denuncian a sus agresores por temor a represalias posteriores en espacio público y en múltiples casos son extorsionados por la Policía con ser judicializados de manera ilegal con la amenaza de ser cargados con droga y, iii) son muy bajos los niveles de acceso a justicia lo que indica que estos crímenes permanecen impunes en nuestro ordenamiento jurídico. Consultar análisis completo en <https://www.spreaker.com/user/tembloresong/podcast-3>

De esta manera, consideramos con base en la evidencia presentada en este informe, que la medida resulta extremadamente discriminatoria contra esta población. Lo anterior se debe a que dicha prohibición pone al habitante de calle en una situación de contravención constante y continua, y le expone a situaciones de vulnerabilidad, segregación y violencias. Además, la aplicación del decreto da herramientas a la policía para que pueda ejercer prácticas de perfilamiento y criminalización hacia esta población vulnerable.

Además, incluso si las personas que habitan en la calle estuvieran dispuestas a restringir su consumo en el espacio público, debe recordarse que existe una diferencia entre el consumo recreativo, la adicción y el uso medicinal. Mientras que en el primer caso, la persona podrá renunciar fácilmente a su consumo si así lo desea. El segundo caso, contempla un problema de salud pública que supone una dependencia a la sustancia cuyo consumo se prohíbe. Por lo tanto, por más que intente evitar su consumo, la persona es muy propensa a caer, por afectaciones físicas, al consumo de las sustancias prohibidas. De esta manera, a través de políticas como aquellas que promueve el decreto, el Estado, en lugar de prestar ayuda al adicto, lo sitúa en una situación de vulnerabilidad donde, en razón de una enfermedad, recibe sanciones administrativas y se fomenta la reclusión temporal y el uso de la fuerza sobre aquel. En el tercer caso, el consumidor requiere de alguna de estas sustancias para superar una dolencia o enfermedad (por ejemplo en el caso del cannabis), por lo tanto, las personas que habitan en la calle se verían limitadas en los tratamientos médicos a los cuales pueden acudir para llevar una vida más digna en caso de presentar determinados cuadros clínicos.

El decreto vulnera el postulado constitucional de la Buena Fe (artículo 83 de la CP)

Asimismo, 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, cuya protección tiene rango constitucional**. A continuación se profundizará en este tema.

Las políticas como el Decreto 1844 de 2018 parten del supuesto de que el consumo o porte de drogas a pequeña escala está asociado a conductas que atentan con la seguridad pública. Estos supuestos están basados en una lógica de sospecha que no parte de hechos objetivos y concretos, sino de perfilamientos construidos socialmente que responden a las creencias y principios morales de un sector de la población.

De esta manera, cuando una persona hace uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad mediante el consumo o porte de sustancias psicoactivas se le está imponiendo una sanción, dado que, se encuentra cometiendo un acto que supuestamente va en contra de la convivencia, la tranquilidad y las relaciones respetuosas, que se desprenden del orden público (Sentencia C-720/07, M.P. Catalina Botero Marino); o contra la integridad del espacio público. Es decir, se le está asociando con acciones contrarias a las normas cívicas que van en detrimento de los derechos de terceros o de los bienes jurídicos que protege el Estado. Sin embargo, aquello no es necesariamente cierto y el asumirlo, como ya se ha mencionado anteriormente, supone una actitud discriminatoria que va en contra del postulado constitucional de la buena fe.

Partir del hecho de que el consumidor de dichas sustancias cometerá actos que vayan en contra de la integridad del espacio público o en contra de terceros supone una contravención al principio y la presunción de la buena fe que se encuentra contemplada en el **artículo 83** de la Carta Política, según el cual:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Asimismo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1194 de 2008, con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, ha reconocido el status de la buena fe como un postulado constitucional:

“La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen”.

De acuerdo a lo anterior, la buena fe debe presumirse en todas las gestiones que adelanten los particulares individualmente, con respecto a otros individuos y con respecto a los agentes del Estado. Es decir, se debe presumir que las personas adecuan sus *“comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”* (Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil). Por lo tanto, resulta una conducta contraria a los postulados constitucionales el asumir *a priori* que una persona no actuará de aquella manera. Además, la buena fe como presunción legal puede ser desvirtuada *a posteriori* (Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil) pero no puede descartarse en un juicio *a priori*.

En consecuencia, este tipo de medidas, como lo son las contempladas Decreto 1844 de 2018, resultan discriminatorias en tanto que pueden llevar a la estigmatización y criminalización de un sector de la población, concretamente los consumidores de sustancias psicoactivas.

Asimismo, más allá de las consecuencias prácticas de la medida, esta también tiene efectos simbólicos en la percepción del resto de la población y, por tanto, tiene efectos sociales. Lo anterior ocurre puesto que se está difundiendo la idea de que ser consumidor o portador de sustancias psicoactivas en el espacio público está asociado a actividades criminales, tiene un grado de *“peligrosidad”* o puede atentar contra la seguridad pública. Esto último no es más que un juicio valorativo que se le hace al consumidor en el que imperan los prejuicios de una moral que no puede imponerse a la totalidad de la población en aras del orden público.

Además, es pertinente agregar al análisis previo, la implicaciones que tiene la medida sobre el derecho a la libertad de expresión respaldado por el **artículo 20** de la Constitución Política de Colombia por medio del cual *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones [...]”* y el derecho a la manifestación pública amparado por el **artículo 37** de la Constitución Política de Colombia que proclama que: *“Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente [...]”*. Este último derecho también se encuentra amparado por el **artículo 20** de la Declaración Universal de Derechos Humanos contemplada dentro del bloque de constitucionalidad que declara que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”*.

A manera exclusiva de ilustrar la violación a estos derechos que supone la aplicación del decreto, **y sin la intencionalidad de pedir un restablecimiento del derecho en esta ocasión**, se utilizará un caso concreto ocurrido recientemente en el que se evidenció que la fuerza pública restringe los derechos fundamentales de las personas que han decidido manifestarse políticamente a través del consumo pacífico de sustancias en el espacio público. El ejemplo consiste en lo ocurrido en el llamado *“Fumatón”* que se llevó a cabo el día 6 de Septiembre en el Parque de la Independencia en la ciudad de Bogotá. Aquel evento tenía como finalidad el ser una manifestación pública y pacífica para mostrar su inconformismo en contra del

Código de Policía y el decreto 1844 que el presidente de la República había anunciado para esa fecha que expediría en contra del porte de la dosis mínima. La medida que habían escogido como medio de expresión y protesta pacífica fue el consumo de marihuana en espacio público.

En aquella ocasión:

“...sobre las 11:45 de la mañana llegó el Escuadrón Móvil Antidisturbios, Esmad, que con gases lacrimógenos y bolillos hizo que los manifestantes se dispersaran en cuestión de cinco minutos” (El Tiempo, 2018). De esta manera, se realizaron acciones violentas, invasivas y desproporcionadas en contra de una parte de la población que se encontraba en el pacífico ejercicio de sus derechos constitucionales, sin lesionar ningún bien jurídico tutelado por el Estado, ni a terceros. Entre los asistentes de la manifestación política se podían escuchar las siguientes frases: *“Nosotros estamos luchando por ejercer nuestro derecho ciudadano de protestar; el Distrito en lugar de apoyar ejerce represión”* y *“Sí a la dosis personal porque nosotros no somos un peligro para la sociedad y no le hacemos daño a nadie” (El Tiempo, 2018).*

De esta manera, en aquellas dos frases queda explícita la situación acaecida y la vulneración de los derechos fundamentales de los asistentes. En primer lugar, no les permiten ejercer su libre expresión ni su derecho a manifestarse políticamente. En segundo lugar, las acciones ejercidas por la fuerza pública no se justifican ni el uso de la fuerza fue proporcional, dado que los asistentes no se encontraban alterando el orden público al no estar haciéndole daño a nadie. Aquellos no suponían un peligro para nadie y pensar de forma contraria supone, como ya se ha mencionado, una estigmatización producto de una política criminal que discrimina al consumidor, asociándolo, solo por el hecho de consumir, a actividades criminales.

Asimismo, se recuerda nuevamente que, el **numeral 2 del artículo 13** de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), que también hace parte del *bloque de constitucionalidad*, establece que la libertad de pensamiento y de expresión, no podrá ser objeto de censura previa, sino de responsabilidades ulteriores, y sólo en los casos en que sean necesarios para: *“a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública”*.

Respecto al caso examinado se puede evidenciar cómo esta medida da pie para el ejercicio de abusos por parte de la fuerza pública. Además, teniendo presente, que la responsabilidad ulterior por parte de los ciudadanos que deciden manifestarse libremente sólo puede aplicarse en casos de afectación a derechos de terceros o cuando se requiera para la protección de la seguridad, el orden público, la salud pública y la moral pública. Respecto a la primera limitante, en el caso del uso de drogas como expresión y protesta pacífica no se presenta, dado que una manifestación pacífica no tiene la virtualidad de suponer un detrimento a los derechos de un tercero. Precisamente, se entiende como una manifestación pacífica puesto que no supone una lesión a los derechos del otro, sino que sus efectos se

limitan a la esfera personal del consumidor. Así, sus efectos sólo atañen al cuerpo y la reputación del agente que despliega la acción.

Este ejemplo evidencia que, efectivamente, el consumo en el espacio público es una actividad política escogida por parte de la comunidad diversa de nuestra nación. Además, mediante dicha ilustración es claro que la fuerza pública está marginalizando, perfilando y agrediendo a los consumidores de estas sustancias aún cuando sus acciones no están afectando el orden público encontrando justificación para hacerlo a través de medidas como el Decreto 1844 de 2018.

A continuación, procederemos a demostrar cuales son **las condiciones prácticas, que llevan al perfilamiento de los consumidores y la represión del consumo.**

Respecto a lo anterior, Uprimny et al. (2014) realizaron una descripción de las condiciones prácticas mediante las cuales el consumo de drogas es reprimido policiva y penalmente a pesar de la jurisprudencia constitucional que ha despenalizado el mismo y lo ha entendido como una libertad atada al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

En primer lugar, en dicho documento se explica que la policía suele planear anticipadamente actividades dirigidas al decomiso/incautación de sustancias psicoactivos. Asimismo, suelen establecer metas en dicha actividad. Para ello se fijan una cantidad mínima que deben incautar los uniformados en las llamadas *Tablas de Acciones Mínimas Requeridas*. Por lo tanto, los agentes de policía encuentran estímulos para decomisar cualquier cantidad de sustancias psicoactivas que le encuentren a los ciudadanos requisados. De esta manera, los uniformados incluso se ven fomentados a incautar ciertas cantidades determinadas de sustancias sin tener en cuenta cambios en las dinámicas de consumo en la zona. Así las cosas, se tiene preferencias por:

“cumplir con objetivos institucionales, y se presta para abusos por parte de la policía. De esta manera, en lugar de perseguir casos graves de tráfico de grandes cantidades de droga, los agentes de policía pueden preferir perseguir a los consumidores que lejos de ser violentos y amenazar el orden público, representan una oportunidad para cumplir eficientemente con los objetivos institucionales definidos” (2014, p. 11).

Respecto a lo anterior, se evidencia cómo las medidas institucionales tienen por consecuencia práctica el perfilamiento del consumidor de sustancias a raíz de la existencia de las metas semanales de incautación y se dejan, en un segundo plano, las acciones encaminadas a combatir el tráfico, dado que, aquellas suponen un costo de riesgo mayor. Asimismo, al desplegar estas acciones, los agentes de policía desatienden sus funciones al reprimir a quien ejerce sus derechos constitucionales pacíficamente y no a quienes realmente afectan el orden público por la comisión de un delito que genera un daño en el bien jurídico tutelado de la salud pública.

Adicionalmente, otro incentivo que tienen los agentes policiales para entrar en contacto con los consumidores suelen ser las peticiones de la ciudadanía, que también son influenciados por los prejuicios que suelen tener sobre los consumidores de drogas, asociando el consumo de drogas con la criminalidad, y, por ende, con la inseguridad. A manera de ilustración de los criterios de discriminación y perfilamiento, Uprimny et al. (2014) transcriben las siguientes declaraciones de un subteniente de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá (Medellín) del 18 de junio de 2013:

"¿Cómo se viste el que trabaja en la construcción? Usted cómo identifica quién puede ser un potencial riesgo para usted en la calle? Usted cómo lo identifica primero? Por la forma de vestir. Exacto. Entonces esa gente que está asociada a la construcción, son los que viven en las zonas marginales, entonces el estilo de vestir de ellos son de jeans anchos (...) pero si usted ve al estudiante, lo ve con las gafitas, todo intelectual y consumiendo, entonces la gente dice: ay qué pecado, ese pobre muchacho vea, matándose ahí en la drogadicción. No lo ven como un potencial delincuente. Pero si ven ese tipo que salió de trabajar de la construcción, que lo ven con su jean, con su bombacho, sus zapatos, de los que usted: este man me va a robar, este man me va a robar... Eso es lo que pasa. En ese aspecto sí lo pueden asociar con la percepción de seguridad" (p. 11).

De esta manera, el aspecto físico de las personas suelen ser un factor determinante a la hora de que el funcionario policial decida a cuál ciudadano realizará una requisa. Como bien dice Uprimny et al.:

"Los mismos agentes de policía en ocasiones ejercen su autoridad de forma más severa sobre algunas personas que sobre otras; por ejemplo, sometiendo a ciertas personas a una requisa y no a otras. Así las cosas, coincidimos con Lemaitre y Albarracín en que el ejercicio del derecho a consumir sustancias psicoactivas termina estando condicionado por factores como el sexo, la edad, la clase socioeconómica y la apariencia física" (2014, p. 11).

Además, en los casos en que la policía procede a adelantar la medida de retención administrativa, es decir, cuando traslada a las personas que consideran que se encuentran en "estado de excitación" a la Unidad Permanentes de Justicia (en Bogotá) ahora llamados CTP (Centros de traslados por protección), las estaciones de policía o los Centros de Atención Inmediata (CAI) se suelen violar los derechos de los retenidos al someterlos a detenciones prolongadas, actos de violencia o tratos denigrantes (Uprimny et al., 2014, p. 12).

Asimismo, dicha medida, en la práctica, suele implicar conferir una libertad muy amplia al oficial de policía. Aquellos puede decidir "a quiénes afectarles sus derechos a consumir y a la libertad, por qué razones, por cuánto tiempo (en cualquier caso, siempre menos de 24 horas) y bajo qué condiciones, lo cual se presta para abusos" (Uprimny et al., 2014, p. 13).

Además, dicha medida suele ser instrumental a las intenciones corruptas de ciertos agentes. Aquella suele usarse como un mecanismo para obtener sobornos por parte de los retenidos (Uprimny et al., 2014, p. 14).

Para profundizar más en el análisis, nos referiremos a las **consecuencias sociales a raíz de la criminalización del uso y porte de drogas**

A través de estudios en distintos contextos se ha demostrado que las políticas prohibicionistas que penalizan el consumo y porte a pequeña escala tienen como objetivo la criminalización de los segmentos más pobres o vulnerables de la sociedad. Como lo muestra el estudio de Khenti (2014) en Canadá estas políticas, que pretenden supuestamente atacar al narcotráfico a gran escala, terminan afectando poblaciones que son estigmatizadas y vulnerables.

En el caso de Canadá en los años 80, década en la que se llevó a cabo una política de *"guerra contra las drogas"* (WOD-War on drugs) tuvo un efecto particular y acentuado en la población negra (población que en dicho país es estructuralmente más vulnerable por las condiciones socio-económicas en las que se encuentra una gran parte dicho grupo poblacional) y especialmente en los jóvenes. Esto se debe al fenómeno de perfilamiento criminal basado en estereotipos (en este caso raciales y etarios) que son llevados a cabo por funcionarios de la policía. Lo anterior, tenía como consecuencia, en el caso canadiense, un mayor porcentaje de requisas, arrestos y encarcelamiento a personas afrodescendientes frente a un porcentaje muy reducido de población no racializada.

Además, como bien lo dicen Borrowman y Costa (2004), las políticas en contra de las drogas hacen que el objetivo de criminalización de la población también vaya dirigido a poblaciones que, generalmente, no serían criminalizadas de ninguna manera de no ser por dichas políticas. Según estos autores, en el caso de Estados Unidos entre finales de la década de los 80 y finales de los 90 hubo un crecimiento exponencial de las mujeres en la prisión.

Esto se debía a que las mujeres, que generalmente no se veían involucradas en delitos violentos en contra de terceros, se empezaron a ver perseguidas judicialmente debido a las políticas de criminalización de uso y porte de drogas. La misma situación sucede en Ecuador tras la puesta en marcha de una política anti-drogas (la cual fue reforzada con la Ley 108 de 1991) que tuvo como consecuencia que para comienzos de la década de los 80 la principal causa de criminalización a mujeres fueran delitos relacionados a estupefacientes. Asimismo, estas políticas generaron entre 1980 y 1986 se dio un crecimiento del 4% de mujeres en las cárceles (Pontón y Torres, 2007).

Además, como bien dicen Uprimny, Guzmán, Parra y Bernal (2014) citando a Lemaitre y Albarracín (2011), las políticas que promueven la persecución a los usuarios de drogas en espacio público afectan de manera diferencial a personas que son perfiladas por los funcionarios como aquellas asociadas a problemas de

seguridad. Entre estas poblaciones pueden estar por ejemplo jóvenes, personas de estratos socioeconómicos bajos y habitantes de calle. Según estos autores, y como ya se mencionó anteriormente, el perfilamiento de usuarios de drogas fomenta la reproducción de “*estereotipos culturales asociados al uso de sustancias controladas que generalizaron la estigmatización y marginalización de los consumidores*” (p.4) en tanto que se asocia un acto que sólo afecta al sujeto individualmente a un perfil criminal.

Prosiguiendo se analizarán las consecuencias que tiene el Decreto 1844 de 2018 en cuanto a la **represión, corrupción y el malgasto de los recursos públicos**.

Fomentar una política represiva frente a las drogas, como ocurre con el Decreto 1844 de 2018, es ineficaz para combatir el tráfico e incita a que aumente la represión y la corrupción por parte de la Policía Nacional. Asimismo, malgasta recursos policiales en perseguir consumidores en lugar de alocar tales recursos a problemáticas reales de seguridad ciudadana.

Bien han dicho Lemaitre & Albarracín (2011) que:

“la vida de las normas no estriba en su promulgación, sino en su aplicación cotidiana. (...) los operadores del derecho pueden o no aplicar las normas, o aplicar solo parte de ellas, hacerlo solo en algunas circunstancias, o tener interpretaciones divergentes sobre cómo deben hacerlo. Por otra parte, la aplicación de las normas puede ser distinta a lo planteado sobre el papel, al tener efectos secundarios poco previsibles en su promulgación, sea al conjugarse con otras, o al afectar a unos grupos poblacionales más que a otros. Tanto el comportamiento de los ciudadanos y el Estado como las consecuencias secundarias del derecho son parte de la llamada brecha entre “el derecho en los libros” y “el derecho en acción.”

Justamente tal brecha entre el derecho en los libros y el derecho en acción se hace patente con la aplicación de multas por porte de dosis mínima y el ahora consecuente decomiso que introduce el Decreto. No es dable ignorar que las actuaciones policiales en Colombia están constantemente permeadas por la arbitrariedad, el abuso y la corrupción. La autoridad policial, por el hecho de ser autoridad y estar en contacto directo con los ciudadanos, tiene un alto nivel de discrecionalidad en cómo aplica las normas e incluso en decidir si las aplica o no. Hay innumerables casos en los que para evitar ser multado la autoridad policial pide y/o recibe dinero de la persona que comete la infracción, otros en los que además de recibir la multa la persona es transportada al Centro de Traslado por Protección (CTP) bajo el artículo 147 del Código de Policía y la categoría de “alto estado de excitación”, categoría que los uniformados pueden justificar a su discreción. Asimismo, existen incentivos para que los policías incauten cierta cantidad de sustancias y, por ende, centren sus esfuerzos en la persecución a consumidores que no representan un peligro real pero que les permiten cumplir su cuota. (Uprimny, 2014).

Todo lo anterior, además y como ya se ha dicho, tiende a desfavorecer a sectores específicos de la sociedad que han sido perfilados como potencialmente peligrosos:

“Los mismos agentes de policía en ocasiones ejercen su autoridad de forma más severa sobre algunas personas que sobre otras; por ejemplo, sometiendo a ciertas personas a una requisa y no a otras. Así las cosas (...) el ejercicio del derecho a consumir sustancias psicoactivas termina estando condicionado por factores como el sexo, la edad, la clase socioeconómica y la apariencia física”. (Uprimny, Guzmán, Parra & Bernal, 2014)

De esta manera, resulta ejemplificante la conclusión a la que llegan Lemaitre & Albarracín (2011) según la cual cuando los patrulleros descubrían – en esos tiempos, donde todavía no existía la multa por porte – a habitantes de calle y hombres jóvenes pobres tendían a recurrir a la retención transitoria en la entonces Unidad Preventiva de Justicia (UPJ), ahora CTP.

Por lo tanto, lo cierto acá es que lejos de combatir el tráfico y el consumo el Decreto incentivará el aumento en la demanda y, como consecuencia de ello, muy probablemente el aumento del precio de la misma; es decir, mejor negocio para los traficantes. La lógica es simple: un consumidor no va a dejar de ser consumidor porque le impongan una multa y le decomisen la sustancia que porte, al contrario, tras el decomiso y la multa el consumidor buscará abastecerse de nuevo y evitará ser descubierto por la policía. La situación se agrava con poblaciones vulnerables como los habitantes de calle, en la que el consumo problemático de sustancias es una realidad. En tal contexto, el decomiso de sustancias y la imposición de una inocua multa abre las puertas a que se someta a los habitantes de calle a una persecución aún más violenta y generalizada por parte de las autoridades y, por otra parte, también abre las puertas a que las personas busquen formas violentas de reabastecerse ante su necesidad de consumir la sustancia que le fue decomisada. Atendiendo a todo lo anterior, es necesario recalcar que una consecuencia necesaria del tratamiento represivo frente a la dosis mínima, aunado a las irregularidades en los procedimientos policiales, es la profundización de la desconfianza existente entre policía y ciudadanía, y derivado de ello, la generación de aún más dificultades a la hora de afrontar problemas reales de seguridad.

Ahora bien, los recursos policiales deben ser utilizados para garantizar la seguridad y convivencia ciudadana, no hay argumento que justifique que el porte de una dosis mínima de droga atente contra ésta más allá del prejuicio existente hacia los consumidores. En casos como el de Portugal, en donde se abandonó la persecución hacia el consumidor:

“tanto la policía como la sociedad se han percatado que las fuerzas policiales tienen tareas más importantes y difíciles que detener a consumidores de drogas. En vez de ello, su principal objetivo debería ser interceptar grandes cargamentos de drogas así como

descubrir redes internacionales de tráfico ilícito y, de hecho, el nuevo enfoque de las políticas sobre drogas les ha permitido tal cosa". (Domostawski, 2012)

Derivado de la utilización de los recursos de policía para incautar pequeñas dosis de sustancias surge una preocupación adicional debido a las declaraciones del Coronel Raúl Verá, de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional, que afirmó: *"Vamos a incautar esas pomadas y expediremos comparendos, por lo que los elementos incautados podrán ser destruidos. Los controles van a quienes los comercializan y no para quienes los compran"* (El Espectador, 2018) en referencia a las pomadas de marihuana y coca que se comercializan tanto formal como informalmente en el país. Ello es ejemplo de la arbitrariedad con la que las fuerzas policiales afrontan este tipo de situaciones y un claro desperdicio de recursos policiales. ¿Cómo determinar que una pomada (o cualquier derivado, para estos efectos) con una cantidad muchas veces indeterminada de concentración de alguna de las sustancias que tienen la marihuana y la coca corresponde a una dosis mínima de droga? Ello dejando de lado lo absurdo de considerar que derivados como las pomadas son equivalentes a los elementos con los que se fabrican y que producen efectos psicoactivos. Raya en lo absurdo que la policía concentre sus esfuerzos en multar ilegítimamente a comerciantes informales, pero es una posibilidad que se abre en vista de la discrecionalidad de las fuerzas policiales para hacer cumplir la ley y, en gran medida, debido a la ignorancia existente alrededor del tema.

En suma, el Decreto 1844 de 2018 lejos de introducir una estrategia constructiva que por lo menos intente resolver la problemática de las drogas logra todo lo contrario al darle mayor potestades a la Policía Nacional para perseguir consumidores que no representan necesariamente una amenaza a la seguridad y la convivencia, aumentando la legitimidad con la que actúan incluso si lo hacen de manera irregular. Cosa que se presta para que abusos que han sido denunciados en repetidas ocasiones sean reproducidos aún más. A su vez, el Decreto tiene como consecuencia que los recursos de policía sean malgastados, mostrando como resultados la incautación de cantidades irrelevantes de sustancias (el primer día de vigencia del Decreto se mostró a los medios como una victoria la incautación de 571 gramos de sustancias; 571 gramos que para el próximo día, si no las próximas horas, vuelven a ser adquiridos) y la imposición de multas sin que ello se vea reflejado en una disminución del narcotráfico ni en una disminución en el consumo. El Estado debe entender que el porte y consumo de drogas no es una situación que deba tratarse mediante métodos policivos que son por naturaleza represivos.

La Corte Constitucional ha determinado que la dosis mínima mínima es un desarrollo de derechos fundamentales como el de la autonomía y el de libre desarrollo de la personalidad. En la sentencia C -221 de 1994, la Corte analizó la íntima conexión entre la sanción al porte de drogas y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía individual. Dijo al respecto:

Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna

(artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena¹¹.

Del análisis que expone la Corte, desprende que la respuesta que debe dar el Estado hacia el consumidor es una respuesta en la órbita de la salud y no desde la política de criminalización. Al respecto, señaló la Corte:

A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles¹².

Esta sentencia despenalizó el porte y consumo de drogas, e introdujo la idea de que la drogadicción es un asunto que debe ser tratado desde la órbita del derecho a la salud y no desde la criminalización del consumidor, como mencionamos en los antecedentes de esta demanda. Luego de esta sentencia, el Congreso intentó reformar la constitución por vía del artículo 49 (que garantiza el derecho a la salud). Fue presentado el acto legislativo 02 de 2009 en el que se prohibió el porte de sustancias psicoactivas excepto bajo prescripción médica. La Corte, al estudiar una demanda en contra del Acto Legislativo encontró 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 artículo¹³.

En efecto, en el artículo 49 de la Constitución se garantiza a todas las personas la promoción, la protección y recuperación en salud y por ello, las personas adictas

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C -221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria

¹² Corte Constitucional. Sentencia C- 221 de 1994.M.P.: Carlos Gaviria.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011. M.P.: Juan Carlos Henao.

deben ser tratadas con la protección de este derecho. Por lo cual, respecto de las personas que presentan adicción al consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, expresa la Corte que el Estado prestará especial atención y desarrollará campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos¹⁴.

En suma, el precedente de la Corte se inclina por establecer que la persona drogadicta tiene una enfermedad psiquiátrica y por lo tanto, su tratamiento está enfocado a la órbita de la salud. Concluye la Corte:

“la drogadicción crónica es una enfermedad 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”¹⁵

Como señala la Corte, la respuesta que debe dar el Estado se enfoca en la órbita de la salud y la atención psicosocial de la persona adicta. En igual sentido, se expidió la Ley 1566 de 2012 en la que el Legislador reconoció como un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos, el consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas (lícitas o ilícitas). Por lo tanto, esta norma determinó que el abuso y la adicción deberán ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado. En ese sentido, dispone que toda persona que sufra trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas, tendrá derecho a ser atendida en forma integral por 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.

Para concluir, el Decreto 1844 de 2018 viola derechos fundamentales de nuestra Constitución:

1. Afecta el derecho fundamental a la dignidad humana porque trata al consumidor desde la órbita de la criminalización, no desde un enfoque de salud.
2. Vulnere 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.
3. Viola el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia porque parte

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-684 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-814 de 2008. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

de la idea que el portador de drogas debe ser penalizado. Contraria con ello la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reglamenta que la respuesta por parte del Estado hacia el consumidor de dichas sustancias debe estar encaminada a la atención en salud.

4. Debido a lo anterior, también se vulnera el derecho a la salud, ya que no garantiza y no regula un tratamiento para las personas adictas. Por el contrario, establece un procedimiento sancionatorio.

VI.1.3. El Decreto 1844 de 2018 vulnera el derecho a la salud consagrado en el Artículo 49 de la Constitución Política

El artículo 49 de la Constitución que consagra el derecho a la salud y el saneamiento ambiental, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, establece que:

“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.”

Este artículo fue examinado por la Corte Constitucional en su sentencia C-574 de 2011. En dicha providencia la Corte analizó la constitucionalidad del apartado que prohíbe el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, salvo prescripción médica, a partir de una interpretación sistemática, teleológica y literal. A partir de dicha interpretación la Corte concluyó que la prohibición, si bien en un primer momento parece de carácter absoluto, se encuentra limitada o restringida ya que el artículo contempla el establecimiento de medidas de carácter administrativo de orden terapéutico, pedagógico o profiláctico, las cuales solo deben establecerse con fines preventivos y rehabilitadores y que el sometimiento a las mismas solo podría darse con el consentimiento informado del adicto.

Para referirse a la naturaleza pedagógica, terapéutica y profiláctica de las medidas,

la Corte tuvo en cuenta las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua. En este sentido, dijo la Corte:

"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 diarias".

La medida que contempla el Decreto demandado según el artículo 2.2.8.9.3. es *"la medida correctiva de destrucción del bien, sin perjuicio de las demás a las que hubiere lugar"*. Es suma, esta medida contraría directamente el artículo 49 de la Constitución ya que no es una medida administrativa de orden pedagógico, terapéutico o profiláctico.

VI.1.4. El decreto 1844 de 2018 afrenta a la independencia judicial y al precedente 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

Como se ha venido señalando, el porte y uso de sustancias en Colombia dejó de ser considerado como un delito punible desde el año 1994 en el que la Corte Constitucional consideró que el Estado Colombiano debía respetar la libertad de expresión, la autonomía y la intimidad de las personas que usan drogas. Desde ese entonces, más de 20 decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reiterado esta protección y han ampliado el rango de protección de los derechos de estas ciudadanías. Así, estas autoridades judiciales vieron la necesidad de ampliar el espectro de la dosis mínima introduciendo en el ordenamiento jurídico colombiano el concepto de aprovisionamiento, el cual pretende diferenciar dos sujetos: las personas que usan drogas y las que las trafican. Después de estudiar varios casos en el marco de la jurisdicción penal, ambas Cortes rectificaron decisiones judiciales que habían incurrido en la criminalizaciones de personas usuarias de drogas al confundirlas como traficantes por el solo hecho de exceder la cantidad de dosis personal.

En este sentido, partir de la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 17 de agosto de 2011, que estudió el caso de un sujeto que fue capturado en flagrancia portando 79.9 gramos de marihuana (39.9 gramos más de la dosis personal contemplada para esta sustancia en la Ley 30 de 1986) y al cual le fue imputado el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 del Código Penal, se empezó a desarrollar la línea jurisprudencial de la dosis de aprovisionamiento. En este caso, el problema jurídico que debía resolver la Corte era el siguiente: si estando probada la farmacodependencia del sujeto sorprendido portando una dosis superior a la dosis mínima y cuando no hubiera prueba de que los estupefacientes fueran destinados a un fin distinto al consumo, ¿el comportamiento desplegado por el sujeto merecía ser reprochado penalmente?

De acuerdo con la Corte en esta sentencia, cuando se sorprende a alguien portando o conservando cantidades de estupefacientes ilegales, comprendidas incluso dentro del concepto de dosis personal pero destinadas no a su propio consumo sino a su comercialización o a su distribución gratuita, la conducta será antijurídica ya que afecta el bien jurídico de la salud pública que la norma penal protege. Por el contrario, cuando el sujeto es sorprendido portando una dosis superior a la dosis mínima (“atendiendo obviamente a cantidades insignificantes o no desproporcionadas” (Corte Suprema de Justicia 2011), la cual está destinada de forma exclusiva al propio consumo de la persona, “adicta o sin problemas de dependencia”, no existe una afectación al bien jurídico protegido por este delito y, en ese sentido, el sujeto no merece una sanción penal.

En palabras de la Corte, “es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al 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” (Corte Suprema de Justicia, 2011). A pesar de lo anterior, la Corte fue clara en determinar que la cantidad de dosis que supere la dosis personal no puede ser un desborde significativo del régimen, es decir, la cantidad de dosis que la supere en cada caso concreto debe responder a los criterios de razonabilidad. En el caso concreto, a pesar de que se probó la condición de adicto del sujeto, la Corte no casó la sentencia al considerar que la dosis que portaba sobrepasaba la dosis personal de forma significativa y sin que se cumpliera con el criterio de la razonabilidad.

Siguiendo esta línea, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estudió, en su sentencia del 9 de marzo de 2016, el caso de un soldado que fue sorprendido portando una dosis de 50.2 gramos de marihuana, sobrepasando en 30.2 gramos la dosis personal establecida para dicha sustancia. En este caso, había

prueba de que el soldado era adicto a la marihuana y que el mismo se encontraba acuartelado, por lo que se encontraba imposibilitado para comprar de manera continua. Por otra parte, no había prueba de que el soldado fuera a destinar la marihuana para venderla. Mostrar en el análisis como este hecho si bien busca materializa el derecho del consumidor al libre desarrollo de su personalidad. En este caso, la Corte decidió casar la sentencia por considerar que la conducta del soldado carecía de antijuridicidad material, debido a que no se demostró que la intención del mismo fuera comercializar los estupefacientes y además, que debido a que el mismo se encontraba en una guarnición militar, se le dificulta adquirir la marihuana a la cual era adicto, por lo cual se trataba de un aprovisionamiento de la dosis que él mismo necesitaba.

Por último, en su sentencia del 6 de abril de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte analizó el caso de un sujeto que fue sorprendido conservando en su casa 31.7 gramos de marihuana. En este caso concreto, a pesar de que se probó la calidad de adicto del sujeto, se demostró que las sustancias estaban dirigidas a ser comercializadas y no a su propio consumo. Lo anterior se probó teniendo en cuenta la forma en cómo la sustancia se encontraba empacada, pues de acuerdo con el informe de la policía, la totalidad de la marihuana se encontraba guardada por partes y en pequeñas dosis en bolsas plásticas, lo que generaba un indicio de que las mismas iban a ser comercializadas. Por otra parte, la actitud sospechosa del sujeto, que al llegar la policía al domicilio decidió esconderse en su interior, además de los testimonios de vecinos que lo vinculan con el tráfico de estupefacientes, llevaron al juez a condenar penalmente su conducta.¹⁶

A pesar de los desarrollos jurisprudenciales y normativos respecto a este tema, lo cierto es que, aún existen muchos elementos que se encuentran abiertos a interpretaciones y discrecionalidad por parte de los funcionarios que conocen de cada situación en concreto. Igualmente, es problemático el hecho de que el verbo rector *adquirir estupefacientes* continúe siendo un delito según el artículo 376 del Código Penal. En este sentido, el asunto sigue estando lejos de aclararse por vía de regulación. Lo anterior se observa en el caso de Camilo, quien fue enviado a la UPJ por consumir en el espacio público, cuando de acuerdo al parágrafo 2º del artículo 140º del Código Nacional de Policía y Convivencia a quien incurra en este comportamiento se le debe aplicar la medida de multarlo con ocho (8) salarios mínimos diarios vigentes, destruir el bien (los estupefacientes) y remitir a los CAD y Servicios de Farmacodependencia, medidas que no son adoptadas por los policías.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de abril de 2016. M.P.: Dr. Eugenio Fernández Carlier.

En reiteradas ocasiones la jurisprudencia y la sala Penal han hecho mención de la no interpretación judicial a la farmacodependencia y de la necesidad de examinar las circunstancias en las que se desarrolle cada tipo de conducta de aprovisionamiento, ya que en cada situación se debe diferenciar si el sujeto activo de la conducta, “tiene la condición de consumidor de estupefacientes o si se enfrenta una conducta dirigida al tráfico de sustancias ilícitas” acciones que buscan obtener un lucro.

Este examen deberá ser probado por quien se encuentre en una situación de favorabilidad en virtud de su cercanía con el material probatorio concretamente por el órgano de persecución penal, examen que en términos de responsabilidad se encuentra en cabeza del estado quien deberá probar la ocurrencia del delito y que la persona acusada es penalmente responsable. Esto por cuanto y como se ha referido jurisprudencialmente las presunciones en materia penal constituyen reglas probatorias y no reglas sobre la carga de la prueba.

Acorde a lo anterior en ningún evento la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, es decir no podrá invertirse la carga de la prueba, ni deberá ser éste quien presente las pruebas de su inocencia. Por consiguiente, es deber imperativo de la fiscalía demostrar los elementos del tipo penal que hagan relación al porte de estupefacientes, distribución o tráfico de estos y así se compruebe la afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos.

En conclusión, se tiene que se configuró la causal de desconocimiento de las normas en que debería fundarse por cuatro casos:

- Violación de derechos fundamentales, con lo cual se desconocen los artículos 1,13, 16, 20, 29, 37, 83 de la Constitución.
- Violación de la supremacía constitucional, con lo que se desconoce el artículo 4º de la Carta Política.
- Violación del artículo 49 de la Constitución Política.
- 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.

VI.2. Falta de competencia

El artículo 137 del CPACA determina que la expedición de actos administrativos sin competencia es otra de las causales para que se configure la nulidad de los actos administrativos. En el caso bajo estudio también se configura esta causal.

Sobre esta causal de nulidad, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*“La falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión **sin estar legalmente facultada para ello** y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)”¹⁷ (Destacado fuera del texto).*

En el presente caso, se configura la falta de competencia material por tres asuntos: primero, el Decreto regula asuntos relativos a derechos fundamentales, violando con ello la reserva de ley estatutaria; segundo, desarrolla un asunto que tiene reserva de ley, pues crea un nuevo procedimiento policivo, excediendo la potestad reglamentaria del Ministerio de Defensa.

VI.2.1. La Reserva de ley estatutaria frente a derechos fundamentales

El Decreto 1844 de 2018 no está reglamentando el Código de Policía, sino reglamentando derechos fundamentales estipulados en la Constitución Política. En ese sentido, la corresponde al legislador tramitar la regulación de las libertades individuales y la regulación de derechos fundamentales. En el caso en particular, el Decreto sanciona el decomiso y porte de estupefacientes, por lo cual está regulando varios derechos fundamentales.

Según el artículo 153 de la Constitución Política, cuando se regulan o modifican derechos fundamentales, es competente el Congreso por medio de una ley estatutaria. Las leyes estatutarias tienen un mayor rango en la pirámide normativa por referirse al alcance o condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. El artículo 153 de la Constitución Política establece que para la aprobación, modificación o derogación de una ley estatutaria se requiere la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y que se tramite en una sola legislatura.

Dada la poca claridad existente sobre qué significa la expresión “*asuntos relativos a derechos fundamentales*”, la Corte Constitucional ha precisado algunas reglas sobre la interpretación de esta expresión. La sentencia C- 818 de 2011¹⁸ dejó claridad

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2008. No. Radicado: 25000232500020000281401(0315-05). C.P.: Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2011. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.

sobre algunas de estas:

1. Cuando se hace una regulación *integral* de un derecho fundamental, el tratamiento debe ser el de una Ley estatutaria.
2. Cuando el *objeto directo* de la ley es la regulación de un derecho fundamental, el trámite a seguir es la ley estatutaria.
3. Cuando se regulen los *mecanismos de protección* de derechos fundamentales, el trámite es la ley estatutaria.
4. Cuando se regulen *los elementos estructurales esenciales* debe procederse mediante ley estatutaria mientras que, la regulación de la especificidad y el detalle le corresponde al legislador ordinario.

Para el caso en particular nos centraremos en la regla 1 de interpretación. Según dicha regla, si se regula de manera integral un derecho fundamental, el tratamiento debe ser el de una ley estatutaria. En el caso concreto, el Decreto regula de manera integral varios derechos fundamentales como el del libre desarrollo de la personalidad, la autonomía, la dignidad humana y la salud. En el Decreto se regula un tratamiento policivo hacia quienes portan estupefacientes, sin tener en cuenta si los mismos son para uso personal, lo que desconoce el desarrollo jurisprudencial que existe en torno a la despenalización de la dosis para uso personal. En pocas palabras, la Corte Constitucional ha reconocido que una de las formas por las que los individuos pueden materializar sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad, es a través del consumo y porte de estupefacientes para uso personal. En consecuencia, en este caso existe una reserva de ley estatutaria ya que es por medio de una ley estatutaria que se regula lo concerniente a derechos fundamentales y por lo tanto, no es el Ministerio de Defensa quien debe regular estos derechos por medio de un Decreto reglamentario.

VI.2.2. Reserva de ley frente a un procedimiento policivo.

VI.2.2.1. Potestad reglamentaria

El artículo 189, numeral 11 de la Constitución dispone que corresponde al presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, órdenes o resoluciones.

La Corte Constitucional ha insistido en que la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 ha de ejercerse de acuerdo con los preceptos legales y constitucionales. También ha mencionado que los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el

contenido de la ley¹⁹. En pocas palabras, la potestad reglamentaria es un procedimiento que complementa la ley, más no la modifica.

Sobre el mismo punto, se ha pronunciado el Consejo de Estado mencionando que:

“el decreto que se expida en ejercicio de [la potestad prevista en el artículo 189 numeral 11] debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. De lo contrario, se estaría frente a una extralimitación de funciones por cuanto se invadiría el ámbito de competencia asignado por la Constitución al Legislador²⁰.

En concordancia con lo estipulado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha determinado que la potestad reglamentaria es una facultad para el desarrollo de la ley. Sobre esta potestad reglamentaria se ha reiterado que esta facultad no es exclusiva del Presidente sino que los Ministerios y otros órganos del ejecutivo tienen una potestad reglamentaria residual. Cuando se delega esta potestad reglamentaria a estos entes, no deben usar su poder para expedir normas que atenten contra normas de superior jerarquía. Al respecto dice la Corte:

La tarea de los Ministerios consiste en desarrollar funciones previamente determinadas en la Legislación y en el Reglamento por lo que en relación con la posibilidad de regulación que les asiste, su competencia es de orden residual y sus atribuciones de regulación ostentan un carácter subordinado a la potestad reglamentaria del Presidente de la República así como atañen únicamente al ámbito de su respectiva especialidad. A la luz de la jurisprudencia constitucional no resulta inconstitucional que una ley le confiera de manera directa a los/las ministros (as) del despacho atribuciones para expedir regulaciones de carácter general sobre las materias contenidas en la legislación, cuando estas tengan un carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la facultad de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria²¹.

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, mencionando que es el presidente quien encabeza la potestad reglamentaria pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa,

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-917 de 2002. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰ Consejo de Estado, Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo. Auto de 14 de junio de 1963. M.P.: Alejandro Domínguez Molina.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C -1005 de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra.

las demás autoridades administrativas no puedan adoptar medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria²².

Finalmente, es importante tener presente, una reciente providencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que condensó los elementos centrales de la potestad reglamentaria, así:

b) La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. (c) Se incurre en exceso de la potestad reglamentaria cuando quiera que se amplía el ámbito de aplicación de la ley, lo que ocurre cuando el acto reglamentario no se limita a aportar los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley para hacer explícito lo implícito en ella y para facilitar su entendimiento y comprensión, sino que se adiciona o se cambia su sentido; también se trasgreden los límites de dicha potestad cuando quiera que se reglamenten asuntos sometidos a reserva legal. (d) Se quebranta la facultad reglamentaria por omisión relativa en la medida en que el acto reglamentado restrinja la ley o la recorte en su esencia o sustancia, de manera que para evidenciar dicha infracción la jurisprudencia de esta Corporación, teniendo en cuenta los precedentes constitucionales en materia de omisión legislativa, ha adoptado, mutatis mutandis, unos requisitos para determinar si es procedente emprender el análisis de una norma por omisión reglamentaria y ha identificado que la omisión reglamentaria relativa se configura en aquellos casos en que la Autoridad Administrativa al reglamentar una disposición omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución y/o la Ley, sería exigencia esencial para armonizar con ella²³.

Como se puede apreciar, en materia de un acto administrativo de carácter general expedido por el Presidente de la República o alguna autoridad administrativa delegada, las potestades reglamentarias no pueden modificar leyes de superior jerarquía. La potestad reglamentaria sólo puede desarrollar una ley previamente

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Bogotá D. C., 24 de agosto de 2000. Radicación número 6096.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia 11 de mayo de 2017. Radicación No.:11001032500020140021200. C.P.: César Palomino Cortés.

existente. Corresponde analizar, si la expedición del Decreto 1844 de 2018 se desarrolla el código de policía o si se modifica.

VI.2.2.2 El Decreto modifica el Código de Policía (Ley de superior jerarquía)

El Decreto 1844 de 2018 reglamenta y desarrolla un nuevo procedimiento policivo. La potestad sancionadora del Estado hace parte del *ius puniendi* del Estado para aplicar medidas represivas en contra de particulares. Toda operancia del poder punitivo del Estado, aunque tiene como finalidad la protección de unos bienes jurídicos este se encuentra sometido a ciertos límites que son:

el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley que la regule; es decir, que corresponde sólo al legislador ordinario o extraordinario su definición. (ii) El principio de tipicidad que, si bien no es igual de riguroso al penal, sí obliga al legislador a hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y a determinar expresamente la sanción. (iii) El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento, así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. (iv) El principio de proporcionalidad que se traduce en que la sanción debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar. (v) La independencia de la sanción penal; esto significa que la sanción se puede imponer independientemente de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal²⁴.

Como se observa, el debido proceso es un principio que opera como límite y garantía para los ciudadanos que enfrentan una sanción administrativa. El artículo 29 de la Constitución Política establece que este principio es un límite al poder estatal. Una consecuencia de este principio es que es el legislador quien debe establecer previamente las infracciones, las sanciones y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar las investigaciones y, consecuentemente, imponer las sanciones²⁵. A este principio se le conoce como reserva de ley. Corresponde ahora analizar si el Decreto expedido viola la reserva legal al exceder su potestad reglamentaria.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C -748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Cabrera.

²⁵ Sentencia C - 713 de 2012

VI.2.2.3. El Decreto 1844 de 2018 modifica el Código de Policía creando un nuevo procedimiento policial

El Decreto introduce un nuevo proceso de judicialización que no estaba previsto en el Código de Policía. El párrafo del artículo 2.2.8.9.1 dice: *“El porte y tenencia de cantidades que excedan la dosis personal será judicializado de conformidad con la normatividad vigente”*.

En efecto, con la judicialización de cualquier persona que tuviera algo más que la dosis personal se sanciona a la persona sin importar si la cantidad de droga que tenga sea para consumo personal o para tráfico y comercialización de estupefacientes. Crea un procedimiento policial que debe sancionar y judicializar a la persona solo por hecho de portar una determinada cantidad.

Por otro lado, el artículo 2.2.8.9.3, establece sobre las potestades de destrucción de los bienes que:

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.

Aunque el Código de Policía (Ley 1801 de 2016) sanciona el porte de sustancia prohibidas en el espacio público, dicha sanción es distinta a la judicialización contenida en el decreto 1844 de 2018. En este sentido, el Decreto pretende judicializar a cualquier persona que porte una cantidad mayor a la de la dosis mínima es una medida diferente a la dispuesta por el código. En pocas palabras, el Código sí sanciona el porte de estupefacientes pero no judicializa a las personas por el solo hecho de tener cierta cantidad de estas sustancias, por esta razón, el Decreto introduce un procedimiento nuevo y diferente al que estaba previsto en el Código de Policía.

Sobre las facultades de destrucción de las sustancias prohibidas, el Código de Policía trae unas causales específicas para proceder. Establece que la destrucción se da 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 tercero.

El artículo 164 del CNPC consagra lo siguiente:

“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 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”.

Como se puede ver, el artículo 164 consagra la posibilidad de incautar bienes muebles, con un límite legal claro: cuando el porte del bien constituya un comportamiento contrario a la ley y convivencia. Como se ha establecido previamente, el porte con fines para el consumo personal no es una conducta que contravenga la ley o la convivencia. Caso distinto, por ejemplo, sería el porte que tenga como finalidad expender y ofrecer la sustancia psicoactiva ilícita.

A diferencia del código, el decreto menciona que en todo caso se impondrá, la medida de destrucción del bien. Este es un nuevo procedimiento que el código no preveía, pues en el código se establecen unas causales específicas para la destrucción del bien, mientras que con el decreto se autoriza en cualquier caso la destrucción del bien, así no se pruebe que sea por motivos ilegales. Se concluye que el decreto 1844 crea unos procedimientos policiales distintos a los previstos en el Código de Policía.

Como se expuso en apartes anteriores, es absolutamente claro que desde 1994, el porte de cantidades de dosis mínima es un aspecto que en nada contraviene la convivencia y la ley; todo lo contrario, se trata de una actividad que se encuentra dentro de los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y la salud. Y esto por una sencilla razón: si es válido el consumo de estupefacientes, es con natural que el porte para ese consumo, por razones de hecho es también válida. En efecto, para poder realizar el consumo en espacios privados, la persona deberá poder portar la sustancia.

Nótese que, contrario a lo que ha expresado el Gobierno Nacional en espacios públicos, el Decreto demandado no se trata sobre el porte para expender las sustancias psicoactivas ilícitas. Eso, sin tener en cuenta la cantidad, es una conducta delictiva.

El acto administrativo tampoco se trata del consumo personal de sustancias psicoactivas ilícitas en espacios públicos, aspecto que, en gracia de discusión, podría considerarse contrario a la convivencia. El Decreto tiene un ámbito particular y concreto: el porte de sustancias psicoactivas.

Así las cosas, al establecer que el porte de sustancias psicoactivas, en cantidades constituyentes de dosis personal o para fines de consumo personal, es claramente un exceso del poder reglamentario, pues ese aspecto no se encuentra en el CNPC.

Lo mismo ocurre frente al artículo 192 del CNPC, norma que determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 192. DESTRUCCIÓN DE BIEN. 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. El personal uniformado de la Policía Nacional, definirá si la destrucción de bien deberá ser inmediata, en el sitio o si debe ser llevado a un lugar especial para tal fin.

Para la aplicación de esta medida se documentará la actuación policial y después de la destrucción, se informará a las autoridades competentes”.

En relación con lo anterior, debe tenerse en cuenta que el exceso del poder reglamentario se basa en dos aspectos: primero, ordenar la destrucción de las sustancias psicoactivas ilícitas incautadas desconoce el artículo 164, norma que establece que la consecuencia del decomiso es la custodia del bien incautado.

Segundo, desconoce claramente el artículo 192 que, nuevamente, establece unos límites específicos para que se pueda destruir el bien, a saber: uno, que el bien implique un riesgo o amenaza para la convivencia o al ambiente; dos, que sea utilizado por material ilegal con perjuicio a terceros.

Frente a la segunda causa, es claro que el porte no constituye un uso de la sustancia psicoactiva ilícita, por sustracción de materia. Al ser un bien consumible, el mero porte no puede constituir su utilización.

Frente a la primera causa, es claro que tampoco se constituye por dos motivos: primero, el mero porte no constituye una amenaza a la convivencia o al ambiente. Caso contrario ocurriría, por ejemplo, en gracia de discusión si hay consumo en un espacio público.

Segundo, más grave aún, como se sabe la amenaza debe ser real, cierta y actual, como se ha determinado por la Corte Constitucional, frente al ejercicio de las

potestades policivas, so pena de resultar inconstitucional el ejercicio. El Decreto 1844 de 2018 determina ex ante, sin que se pueda evaluar que sea una amenaza real, cierta y actual, que el mero porte constituya una afronta a la convivencia y al medio ambiente.

Así las cosas, es claro que existe falta de competencia por (i) regular integralmente los derechos fundamentales, lo que es propio de reserva de ley estatutaria. (ii) crear un procedimiento policivo, lo que es reserva legal.

VI.2.2.4. El Ministerio de defensa excede su potestad reglamentaria y viola el principio de Reserva legal

Dado que el Decreto modifica el Código de Policía, es menester hacer referencia al principio de reserva legal. Este principio según la Corte Constitucional es una manifestación del principio de democracia y separación de poderes.²⁶ En este sentido, el principio de reserva legal exige que ciertas materias sean reguladas por el legislador y no a través de instituciones menor jerarquía.²⁷ Dice la Corte al respecto:

La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos²⁸. (...)

Siguiendo con lo anterior, la Corte ha manifestado que existe una reserva de ley formal en los que el Congreso es el único que puede tratar dichos asuntos, pues es el órgano que representa la voluntad popular. Estos casos son: las leyes orgánicas, estatutarias y marco o cuando se decretan impuestos o expiden códigos²⁹. La reserva ley limita la potestad reglamentaria porque exige que ciertos asuntos sean regulados por normas de rango legal. Únicamente la potestad reglamentaria puede recaer sobre asuntos puntuales y no modificaciones de normas legales.

Como señalamos anteriormente, el decreto no es un desarrollo del código de policía

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C -619 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C - 412 de 2015. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

²⁸ Ibid.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C - 810 de 2014. M.P.: Mauricio González Cuervo.

sino que hace una modificación a este. En efecto, el procedimiento de modificación de una norma de carácter legal tiene que ser una norma de igual rango legal, expedida por el Congreso. En el caso en particular, se hizo una modificación que viola la reserva de ley, pues asuntos de código, deben ser modificados por el legislador. En consecuencia, aunque el ministerio está facultado para la expedición de decretos reglamentarios, excedió sus facultades regulando una materia que le corresponde al legislador. En consecuencia, desvió las atribuciones propias de su cargo.

Así las cosas, es claro que existe falta de competencia por parte del ministerio dado que (i) regula integralmente los derechos fundamentales, lo que es propio de reserva de ley estatutaria (ii) crear un procedimiento policivo, lo que es reserva legal.

VI.3. Falsa motivación

El artículo 137 también consagra que otra causal de nulidad es la falsa motivación de los actos administrativos. Sobre el alcance de dicho concepto, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha interpretado la falsa motivación de la siguiente manera:

*“(...) De manera generalizada se acepta que los motivos de un acto administrativo corresponden a los antecedentes de hecho y **de derecho** que conducen a la expedición del mismo, es decir, las circunstancias que llevan a la administración a expresar su voluntad en el sentido manifestado en el acto administrativo de que se trate. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como **fuerza del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados**, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación. En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad”³⁰.*

Adicionalmente, el profesor Carlos Betancur Jaramillo, ex Consejero de Estado, reitera cómo se constituyó la falsa motivación, como causal autónoma de nulidad, en el Código Contencioso Administrativo, así:

“La falsa motivación, que no era considerada como causal autónoma de

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. No. Radicación: 2003-01806 -01 (3644). M.P.: Darío Quiñones Pinilla.

impugnación en el sistema anterior, obtuvo consagración expresa en el inciso 2º. Del art. 84 del nuevo estatuto (...)

*Con su inclusión se le dio así entrada al control de los motivos, sin el cual, como lo han venido sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia, no puede hablarse de plena sumisión de la actividad administrativa a la ley, ya que él permite detectar cuándo la administración, olvidándose de los fines que se le han encomendado y del contenido que debe dar a sus actos, los expide sin que exista un motivo legal que los respalde, **o los profiere con fundamento en motivos falsos o inexactos o con base en la defectuosa calificación que se haya invocado como motivos**³¹.*

Igualmente, el profesor Luis Berrocal Guerrero, en su Manual sobre el Acto Administrativo, explica el alcance de la falsa motivación, en materia de derecho, en los siguientes términos:

*"Este vicio se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir **no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica, de allí que se dé en las siguientes situaciones:***

(...)

*-Por apreciación errónea de los hechos, de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo o **no corresponden a los supuestos descritos en las normas que se invocan** (...)"³².*

En el presente caso, hay falsa motivación por motivos de derecho porque en el presente caso el porte de sustancias psicoactivas ilícitas, para 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 CNPC, a diferencia de lo que establece la motivación del Decreto 1844 de 2018.

En efecto, el Decreto mencionado estableció lo siguiente en su motivación:

"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,

³¹ Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Señal Editora Ltda., 2009, pp. 269 y 270.

³² Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional Ltda., 2004.

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 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”.

Como se puede ver, la norma demandada establece que el porte y tenencia de sustancias estupefacientes se encuentra dentro de los supuestos del artículo 164 y 192 del CNPC. Esas normas, sin embargo, no consagra expresamente el porte y tenencia de sustancias como causales para ejercer las facultades allí previstas, tal como se pudo apreciar en el capítulo anterior.

Es más, es tan grosero el asunto que establece que el supuesto de hecho de los artículos 164 y 192 del CNPC se presentan en el porte de dosis personal, pues el párrafo del artículo 2.2.8.9.1. de la norma demandada determina lo siguiente:

*“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**”.*

Así las cosas, es claro que (i) es falso que se establezca que el porte de dosis personales comportamiento contrario a la convivencia y a la ley, como establece el supuesto de hecho del artículo 164 del CNPC, porque, como se expresó previamente, la jurisprudencia ha establecido que se trata de una conducta constitucionalmente válida porque es un desarrollo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad.

Igualmente, es falso (ii) que se considere que el porte de dosis personal es un

“riesgo o amenaza a la convivencia o al ambiente, o sea utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros”, como determina el supuesto de hecho del artículo 192 del CNPC. En efecto, como ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el mero porte (aún en cantidades superiores a la dosis personal) con fines de consumo personal no constituye una conducta antijurídica que ponga en riesgo ningún bien jurídicamente tutelado por el sistema jurídico. Todo lo contrario, es un aspecto que meramente es relevante para el consumidor.

Así las cosas, existe falsa motivación por una errónea de los hechos, dado que, como se pudo apreciar, el porte de la dosis personal no corresponde a los supuestos de hechos invocados en el Decreto 1844 de 2018. Particularmente, no corresponde ni los supuestos de hecho del artículo 164 del CNPC, ni del artículo 192 del CNPC, norma aducidas por el mismo Gobierno Nacional, como fundamento de su ilegal acto administrativo.

VI.4. Conclusión general:

Teniendo en cuenta lo anterior, es dable concluir que el Decreto 1844 de 2018 adolece nulidad por tres (3) causas:

1. Por desconocer de las normas en que las que debería fundarse.

Particularmente, en cuatro escenarios:

- a. Violación de derechos fundamentales, con lo cual se desconocen los artículos 1,13, 16, 20, 29, 37, 83 de la Constitución.
- b. Violación de la supremacía constitucional, con lo que se desconoce el artículo 4º de la Carta Política.
- c. Violación del artículo 49 de la Constitución Política.
- d. 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.

2. Expedición sin competencia

Esto se causa por tres motivos:

- a. Por regular un derecho fundamental, con lo cual es un asunto de ley estatutaria. De nuevo, el competente sería el Congreso de la República.
- b. Por establecer un procedimiento policivo, asunto de reserva legal. El ministerio excede los alcances de la potestad reglamentaria, pues no está

regulando una materia sino creando un nuevo procedimiento policivo.

3. Falsa motivación

Existe falsa motivación porque el porte de dosis mínima (e incluso de aprovisionamiento) no se encuentra en los supuestos de hecho contemplados en los artículos 164 y 194 del CNPC.

VII. MEDIDA CAUTELAR

En el presente caso, como se pudo apreciar en el capítulo segundo (pretensiones), se pretende la nulidad del acto demanda. Como consecuencia, el artículo 231 del CPACA establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

Como se puede ver, la norma establece tres (3) posibles exigencias: la primera, es que procederá la suspensión cuando se aprecie la violación de las disposiciones invocadas en la demanda. En el presente caso, como se apreció, la nulidad surge porque el acto desconoce las normas en que debería fundarse, se expidió sin competencia y adolece de falsa motivación.

La segunda podría ser una posible exigencia de acreditar pruebas en la solicitud de medida cautelar. Esto no aplica en el presente caso, dado que la nulidad está fundamentada en asuntos de derecho, es decir, no exige la acreditación de hechos.

La tercera, es probar sumariamente la existencia de perjuicios. No obstante, el presente caso no es una nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una nulidad simple.

Como consecuencia de lo anterior, teniendo en cuenta que es clara la violación de las disposiciones invocadas en el capítulo anterior, solicito la suspensión provisional del Decreto 1844 de 2018.

VIII. PRUEBAS

Solicito de manera respetuosa al Despacho que se tengan como pruebas, la siguiente:

1. Copia del Decreto 1844 de 2018.
2. Certificados de Existencia y Representación de CCAJAR y de TEMBLORES ONG.

IX. ANEXOS

1. Lo anunciado en el acápite de pruebas
2. Copias demanda para traslado, archivo y Ministerio Público

X. NOTIFICACIONES

Dirección: Calle 16 #6-66 Piso 25 Edificio Avianca, Bogotá. Correo electrónico: accionespublicas@cajar.org y a los teléfonos: 3043368733 y 7421313

Dirección: Calle 64 # 4 - 65. Apto 502. Edificio Sayval II, Bogotá. Correo electrónico: info@temblores.org y al teléfono 3114525101.



TEMBLORES.

XI. FIRMAS

SORAYA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
CC. 46.363.125
Representante legal de la Corporación Colectivo
De Abogados "José Alvear Restrepo" (CAJAR)

ALEJANDRO LANZ SÁNCHEZ
C.C 1032392647 de Bogotá
Director Ejecutivo y Representante legal
TEMBLORES ONG

JOMARY ORTEGÓN OSORIO
CC. 52.537.603

LUIS MIGUEL JARABA ANDRADE
C.C. 1045717940 de Barranquilla

ALIRIO URIBE MUÑOZ
C.C.: 19.418.812

JUAN PABLO MADRID-MALO BOHÓRQUEZ
C.C. 1019115813 de Bogotá

JOSE JANS CARRETERO PARDO
C.C.: 1.010.194.876 de Bogotá

EMILIA MÁRQUEZ PIZANO
C.C. 1020780813 de Bogotá

SEBASTIÁN LANZ SÁNCHEZ
C.C.: 1.032.467.473 de Bogotá

DANIELA ROMERO SOTO
C.C.:

JUAN NICOLAS AUGUSTO PINEDA DAZA
C.C 1015448996 de Bogotá

SILVIA CATALINA QUINTERO TORRES
C.C.:1049623288

CAMILA GUTIÉRREZ ROLÓN
C.C. 1.020.809.187 de Bogotá

LUCÍA CARBONELL LÓPEZ
C.C.:1019105463

CARLOS PERDOMO GUERRERO
C.C. 1.010.189.201 de Bogotá

VERÓNICA BERSH MEJÍA
C.C. 1.094.958.373 de Armenia



TEMBLORES.